

Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina

*Sergio Chaparro Hernández
Catalina Pérez Correa*

DOCUMENTOS 41

DOCUMENTOS 41

SERGIO CHAPARRO HERNÁNDEZ

Economista y filósofo, con maestría en Derecho, de la Universidad Nacional de Colombia. Ha trabajado como profesor de Economía Laboral, consultor en el Centro de Memoria Histórica, la Escuela Nacional Sindical y la Defensoría del Pueblo. También como asesor político en el Concejo de Bogotá y en el Congreso de la República. Su experiencia investigativa se ha concentrado en temas de trabajo decente, justicia transicional, desarrollo rural y construcción de indicadores con enfoque de derechos humanos. En Dejusticia fue investigador en las áreas de Política de Drogas y Justicia Económica.

CATALINA PÉREZ CORREA

Profesora e investigadora de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE, México). Maestra y doctora en Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford en California. Estudia temas como el acceso a la justicia en México, el funcionamiento del sistema de justicia penal, la política de drogas en América Latina, la observancia de normas sociales y legales, y el castigo penal y sus efectos. Ha sido investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, profesora en la Facultad de Derecho de la misma Universidad, e investigadora visitante en la Universidad de Georgetown.

Sobredosis carcelaria y política de drogas en América Latina

*Sergio Chaparro Hernández
Catalina Pérez Correa*

Documentos Dejusticia 41

SOBREDOSIS CARCELARIA Y POLÍTICA DE DROGAS EN AMÉRICA LATINA

ISBN: 978-958-5441-23-1 Versión digital
978-958-5441-22-4 Versión impresa

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá, D.C.
Teléfono: (57 1) 608 3605
Correo electrónico: info@dejusticia.org
<https://www.dejusticia.org>

Este texto puede ser descargado gratuitamente en <http://www.dejusticia.org>
Creative Commons Attribution-Non Commercial Share-Alike License 2.5.



Revisión de textos: María José Díaz Granados
Preprensa: Marta Rojas
Cubierta: Alejandro Ospina

Bogotá, noviembre de 2017

Contenido

Agradecimientos	9
Introducción	11
I. SOBREDOSIS CARCELARIA Y CRISIS PENITENCIARIA EN LAS AMÉRICAS.....	15
La cárcel como primera respuesta.....	16
La crisis de los sistemas penitenciarios en América Latina: una violación sistemática de los derechos de las personas privadas de la libertad.....	27
Los costos del encarcelamiento masivo y sus dudosos beneficios	40
Recapitulación: sobredosis carcelaria, crisis penitenciaria e irracionalidad del encarcelamiento masivo.....	46
II. LA CÁRCEL COMO RESPUESTA A LAS DROGAS: USOS Y ABUSOS DEL DERECHO PENAL.....	47
La evolución de la legislación en materia de drogas en los países de las Américas	47
Las distorsiones a los principios de la legislación penal en materia de drogas	57
El encarcelamiento por drogas: una de las principales causas de la crisis penitenciaria	70
La cárcel y la protección de la salud	79
III. ¿QUIÉNES SON LAS PERSONAS ENCARCELADAS POR DELITOS DE DROGAS?	87
Entre la pobreza y las oportunidades en la ilegalidad: persecución y encarcelamiento de eslabones débiles.....	87

Poblaciones específicas	105
IV. ALTERNATIVAS A LA RESPUESTA PENAL PARA LOS DELITOS RELACIONADOS CON DROGAS: TIPOS Y EFECTOS.....	125
Tipos de alternativas y sus efectos sobre el sistema penitenciario.....	131
Tribunales de tratamiento de drogas: ¿una alternativa al encarcelamiento?.....	136
CONCLUSIONES.....	141
REFERENCIAS	147

Agradecimientos

El presente informe es el resultado del trabajo realizado con el Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CEDD), para analizar a profundidad la situación carcelaria en los países de la región latinoamericana. Aquí se presentan debates y discusiones que se dan en el marco del CEDD, y además recogen sus recomendaciones y sugerencias. Agradecemos entonces a las y los investigadores que nos acompañaron en esta tarea: Alejandro Corda (Argentina), Rose Marie de Achá (Bolivia), Luciana Boiteux (Brasil), Rodrigo Uprimny (Colombia), Diego Piñol (Chile) Ernesto Cortés (Costa Rica), Ricardo Soberón (Perú), Jorge Paladines (Ecuador), Gianella Bardazano (Uruguay), Coletta Youngers (WOLA) y de Pien Metaal (TNI). También a Ariana Ángeles y Alonso Rodríguez Eternod por su apoyo a lo largo de las distintas fases del proyecto.

Por otra parte, desde sus orillas académicas y con gran generosidad, nuestros colegas Carolina Villadiego, Sebastián Lalinde, Margarita Martínez, Lucía Ramírez, Andrés Castro y Juan Sebastián Hernández, investigadores e investigadoras, en Dejusticia aportaron sus conocimientos y sugerencias al informe. Nuestra gratitud también va para el equipo administrativo de Dejusticia, que hace posibles las labores diarias y nos apoyaron en la elaboración de este libro. Particularmente, agradecemos a Carolina Reyes, Lucía Albarracín, Yanneth Vargas, William Morales, Alexander Rojas, Lisbeth Plazas, Jazmín Mejía, Néstor Benavides, Ady Luz Ruiz y Leby Pacheco. De manera especial agradecemos a Elvia Sáenz y Marta Rojas por cuidar los detalles del proceso editorial.

Por último, agradecemos a Open Society Foundations, cuyo apoyo a las investigaciones del CEDD ha sido fundamental para realizar nuestras labores académicas.

Introducción

La libertad es uno de los derechos más importantes para el ser humano. Por ello, el poder que tienen los Estados de privar a las personas de este derecho debe ejercerse de manera proporcional y solo como último recurso, una vez que otros han sido probados y han fallado. Dada la gravedad que implica la imposición de penas de prisión, es necesario asegurar un equilibrio entre el deber del Estado de garantizar la seguridad pública y sancionar ofensas graves, por un lado, y la obligación de respetar los principios básicos del derecho penal, así como los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, por otro. Los Estados deben, además, reconocer que no toda conducta reprochable necesita ser sancionada penalmente, y que no toda sanción penal es sinónimo de encarcelamiento.

La “guerra contra las drogas”, desplegada en las últimas décadas, sin embargo, ha generado una enorme distorsión en los sistemas penales, en el uso del poder punitivo de los Estados y de la cárcel en todo el mundo, particularmente en las Américas (esto es cierto para casi toda América Latina y Estados Unidos). Esto ha llevado a una escalada punitiva, en la que los sistemas penales imponen penas privativas de la libertad sumamente altas y desproporcionadas para sancionar toda clase de conductas relacionadas con drogas –desde la siembra hasta la posesión, e incluso el consumo–. A su vez, ello ha contribuido a agravar la crisis de los sistemas penitenciarios de la región. Aunque dicha crisis se explica, entre otros factores, por un uso excesivo e irracional del derecho penal en distintos campos, las políticas de drogas en América Latina explican una parte importante del abuso de este recurso.

De manera discursiva, los gobiernos en América Latina han aceptado los efectos negativos de las políticas de drogas basadas en respuestas netamente punitivas. En diversas declaraciones en instancias como la

Organización de los Estados Americanos (OEA), la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), o la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac), los países de la región han hecho un llamado a implementar respuestas menos punitivas, basadas en un enfoque de salud pública, de desarrollo y derechos humanos, y a buscar alternativas al encarcelamiento para delitos menores de drogas (Unasur, 2016; Celac, 2016). En relación con el consumo, en su informe sobre drogas en las Américas, la OEA (2013) ha subrayado la necesidad de entenderlo “como una cuestión de salud pública”, y de “alentar la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas”. No obstante, el presente estudio muestra que la implementación de alternativas al encarcelamiento para delitos menores de drogas ha sido incipiente, y las respuestas de los gobiernos latinoamericanos frente al consumo de sustancias ilícitas siguen siendo predominantemente punitivas y represivas, abordando el fenómeno del consumo de drogas de uso ilícito a través de instituciones penales. Incluso, el Colectivo de Estudios Drogas y Derechos (CEDD) (2014) mostró que aún en los países en los que el consumo no es un delito, la criminalización hacia las personas usuarias de drogas ilícitas persiste en la práctica.

El presente estudio es la continuación de un esfuerzo iniciado en 2010 por el CEDD, que buscaba documentar los impactos adversos de las políticas de drogas y, en particular, del uso excesivo del derecho penal y de sanciones privativas de libertad, sus costos, sus consecuencias sobre la vida de las personas y las alternativas al encarcelamiento. Este texto reúne los resultados de investigaciones sobre la relación entre las leyes de drogas y los sistemas penitenciarios en diez países de las Américas –Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay– realizadas por investigadores del CEDD.

Estas investigaciones se concentraron en analizar los siguientes temas: la evolución de las leyes de drogas y su impacto sobre los sistemas penitenciarios de la región, las poblaciones afectadas y las condiciones penitenciarias en las que viven; la situación socioeconómica de las personas privadas de la libertad por esos delitos, su grado de participación en las redes de narcotráfico y los impactos del encarcelamiento sobre poblaciones específicas. Para su realización, se buscó información estadística de autoridades penitenciarias y otros entes nacionales encontrando una notable falta de datos fidedignos e integrales. En la mayoría de países estudiados hay datos poco sistematizados sobre varios de estos aspectos, cuando no inexistentes. Nuestra labor, por tanto, subraya la necesidad de que los

gobiernos nacionales recopilen datos sistemáticos y de calidad. Para superar este obstáculo, cada uno de los investigadores recurrió también a fuentes complementarias, como estudios de académicos y organizaciones internacionales, análisis de expedientes judiciales, o entrevistas con funcionarios, expertos y personas privadas de la libertad. Las investigaciones de los países estudiados muestran no solo el peso que tiene la persecución de delitos de drogas en los sistemas penales y penitenciarios locales, sino también los enormes costos y las consecuencias adversas que el encarcelamiento ha producido, las cuales impactan de forma desmedida a sectores específicos de la población, como es el caso de las mujeres, los usuarios de drogas, los jóvenes, los afro, los campesinos y la población más pobre.

El libro se estructura de la siguiente manera. En el primer capítulo se expone la evidencia empírica que nos lleva a sostener que existe un uso excesivo del encarcelamiento en el continente americano. El capítulo presenta también un breve panorama de la crisis penitenciaria en los países estudiados.

El segundo capítulo expone las razones conceptuales y empíricas por las que consideramos que el uso prevalente del derecho penal para responder al fenómeno de las drogas, y en particular de la cárcel, constituye una política equivocada. Este capítulo aporta evidencia que sugiere que el encarcelamiento masivo por delitos de drogas es una de las principales causas que explica la crisis de los sistemas penitenciarios en América Latina (donde es pertinente, incluimos información sobre Estados Unidos).

El tercer capítulo presenta un panorama de lo sucedido con poblaciones específicas encarceladas por delitos de drogas: mujeres, jóvenes, extranjeros, cultivadores, personas pobres y usuarios de drogas que continúan siendo procesados y encarcelados injustamente, pese a que la posesión para consumo y el consumo de drogas han sido despenalizados en la mayoría de los países estudiados.

El cuarto capítulo se concentra en posibles soluciones, con énfasis en la adopción de alternativas al encarcelamiento para responder a distintas conductas relacionadas con drogas. Como se muestra a lo largo del texto, la prohibición ha tenido consecuencias devastadoras para los individuos, las comunidades y los sistemas de justicia penal. A pesar de que la prohibición se ha planteado como objetivo principal proteger la salud individual y pública, ha fracasado en este y otros frentes. Este estudio muestra que la prohibición no solo no ha logrado proteger la salud, sino que ha sido contraproducente para lograrlo y, adicionalmente, ha convertido

el asunto de las drogas en un grave problema de seguridad que amenaza la estabilidad de algunos Estados en la región. Aunque defendemos la necesidad de regular los mercados de drogas –de modo que se superen las consecuencias devastadoras que ha tenido la prohibición al tiempo que se reducen los daños que puede causar el abuso de drogas–, sabemos que esta opción enfrenta todavía resistencias políticas basadas en interpretaciones literales de las convenciones internacionales de drogas, conforme a las cuales los Estados tendrían límites para abandonar el derecho penal como herramienta de control. Nosotros consideramos estas interpretaciones erradas e inconvenientes, y defendemos la viabilidad y la necesidad de avanzar hacia modelos de regulación responsable, de conformidad con interpretaciones más sistemáticas y armónicas del derecho internacional, respetuosas de las obligaciones de los Estados en derechos humanos. Pero incluso en los países en los que esta opción enfrenta todavía resistencias políticas, mostramos que es indispensable y urgente adoptar al menos alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas, un objetivo del todo compatible, incluso, con las interpretaciones más ortodoxas y literales de las convenciones internacionales. Dado que no hay excusa válida para no adoptar estas alternativas como una medida de corto plazo para enfrentar la crisis de los sistemas penitenciarios de la región, el capítulo presenta una discusión más detallada de las opciones que los Estados tienen en este sentido.

Finalmente, el quinto capítulo presenta las conclusiones y una serie de recomendaciones de política pública en distintos escenarios probables de reforma a la política de drogas.

I. SOBREDOSIS CARCELARIA Y CRISIS PENITENCIARIA EN LAS AMÉRICAS

Existe abundante literatura (Aharonson, 2010; Urosa, 2009; Zaffaroni, 2006; Husak, 2008; Garland, 2001) que da cuenta de la tendencia a maximizar el uso del derecho penal y la cárcel para afrontar distintos problemas sociales en América Latina y Estados Unidos, entre ellos el crecimiento de los mercados ilegales de drogas. Esta tendencia ha llevado a un incremento sistemático de las penas, con la supuesta intención de prevenir delitos y comunicar un fuerte compromiso con la seguridad pública. Sin embargo, el uso excesivo del derecho penal va en contra de uno de sus principios básicos y de las penas privativas de la libertad, que señala que estos mecanismos deben ser utilizados como *última ratio*.¹ Además, sumado a otras fallas de la política penitenciaria, el actual uso del sistema penal ha ocasionado una grave crisis de derechos humanos que afecta a las personas privadas de la libertad. Este capítulo se orienta a mostrar la evidencia empírica que sustenta esta tesis.

En la primera sección se presentan algunos datos que muestran que los países de las Américas tienen unos índices crónicos de encarcelamiento y de uso de la detención preventiva, que suelen ser mucho más altos que los de otras regiones del mundo. Estos índices dan cuenta del abuso que se ha hecho del derecho penal y de la cárcel en la región. En la segunda

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

sección se muestran algunos aspectos negativos de los sistemas penitenciarios en América Latina, como los altos índices de sobrepoblación y las violaciones sistemáticas de derechos fundamentales. Para concluir este capítulo, se presentan algunos datos sobre el elevado costo que tiene la política de encarcelamiento masivo.

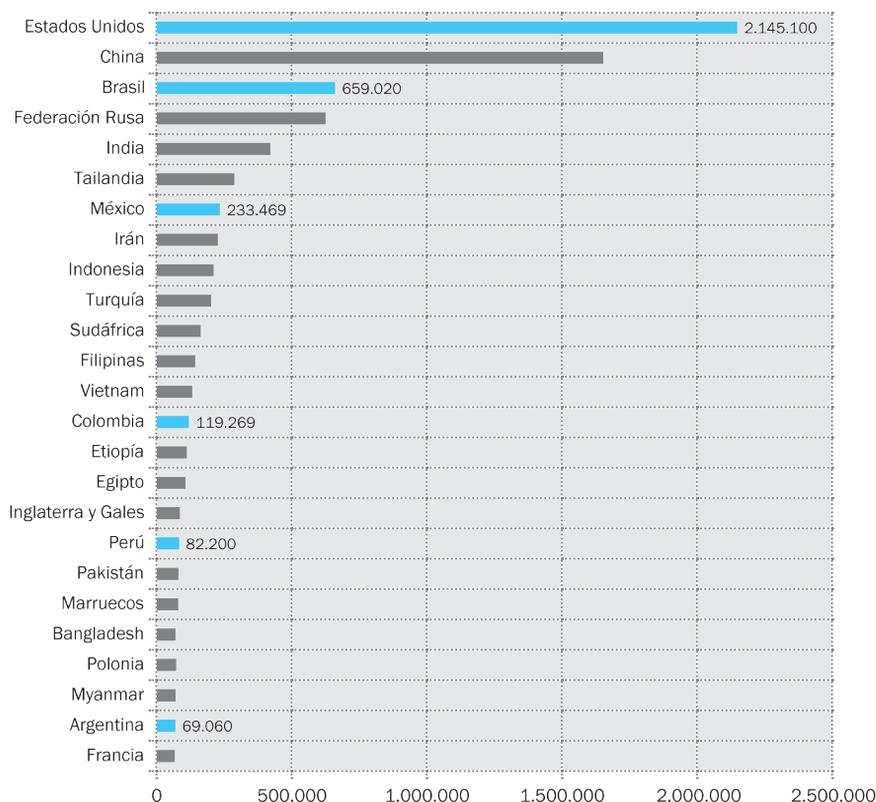
La cárcel como primera respuesta

El derecho penal en el continente americano es casi sinónimo de encarcelamiento, pues la mayoría de las conductas establecidas como delito terminan siendo sancionadas con penas de prisión (Uprimny, Guzmán y Parra, 2012). Una de las principales respuestas de los gobiernos de las Américas ante la inseguridad y la violencia en la región es recurrir al derecho penal, es decir, recurrir a la amenaza de cárcel como solución. En varios países, como México, Costa Rica y Perú, se han endurecido las restricciones a la libertad condicional o se han aumentado los casos que justifican el uso de la prisión preventiva (Riego y Duce, 2008). En México y Colombia se han implementado regímenes de excepción constitucional para el crimen organizado, incluido el relacionado con tráfico de sustancias ilícitas. Asimismo, es visible en casi todos los países un aumento en años de las penas de prisión para distintos delitos, el cual es particularmente notorio para el caso de los delitos de drogas. Un análisis del promedio del número de años de prisión impuesto para los delitos de violación y homicidio, por ejemplo, muestra un alza en varios países de América Latina entre 1970 y 2012 (Uprimny *et al.*, 2012). No obstante, en la mayoría de estos países las penas por delitos de drogas aumentaron mucho más rápido. En su texto *La adicción punitiva*, Rodrigo Uprimny, Diana Esther Guzmán y Jorge Parra muestran que en los países de la región ha habido una clara expansión en el uso del derecho penal en materia de drogas, al punto que en algunos de ellos ha llegado a sancionarse con una pena de cárcel mayor –y por ende considerarse más grave– el vender cocaína a alguien dispuesto a comprarla, que asesinar deliberadamente a un vecino o cometer una violación sexual. De acuerdo con el texto citado, desde 1970, América Latina muestra tanto un aumento en el número de artículos que tipifican conductas relacionadas con drogas, como del número de verbos rectores incluidos en cada artículo, así como de las penas con las que se sancionan (pp. 20-22).

Es así como esta inflación punitiva ha llevado a que de las más de 10,4 millones de personas privadas de la libertad en el mundo en la actualidad,

GRÁFICA 1

Países con el mayor número de personas en prisión en el mundo



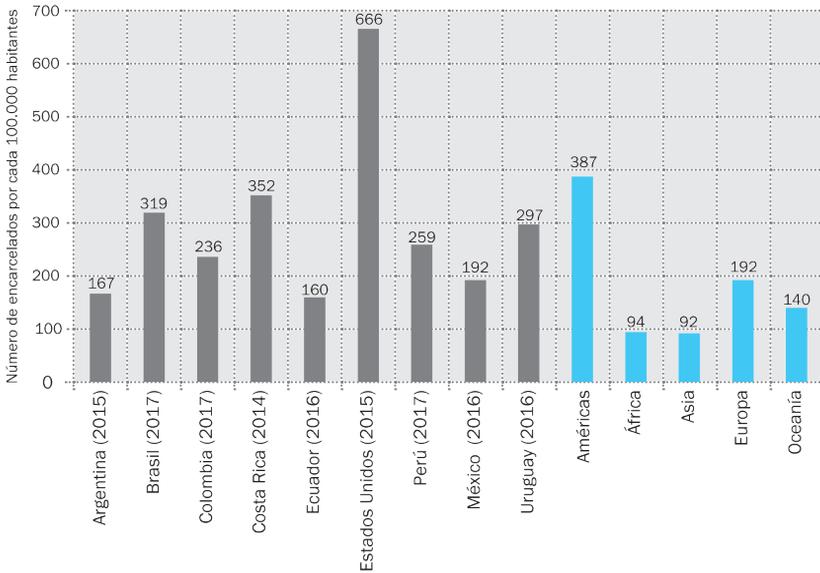
FUENTE: ICPS. World Prison Brief (2017).

alrededor de 3,7 millones, es decir el 36 %, se encuentren en las cárceles del continente americano. Como lo muestra la gráfica 1, según los datos del World Prison Brief recopilados por el International Centre for Prison Studies (ICPS), 6 de los 10 países seleccionados en este estudio (Estados Unidos, Brasil, México, Colombia, Perú y Argentina) están entre los 25 países con mayor número de personas en prisión en todo el mundo. Los 10 países analizados en este estudio concentran casi la tercera parte de la población mundial en prisión (32,5 %). Como se verá más adelante, el crecimiento de la población carcelaria en la región ha sido superior al de otras partes del mundo, pero además, en algunos de estos países ha sido verdaderamente explosivo. Entre 1978 y 2014, la población carcelaria en Estados Unidos creció más de 500 % (Carson, 2015, pp. 49-50).

Teniendo en cuenta el tamaño poblacional, el continente americano tiene la tasa de encarcelamiento más alta del mundo. La gráfica 2 muestra

GRÁFICA 2

Tasa de encarcelamiento en los países seleccionados en comparación con el resto del mundo



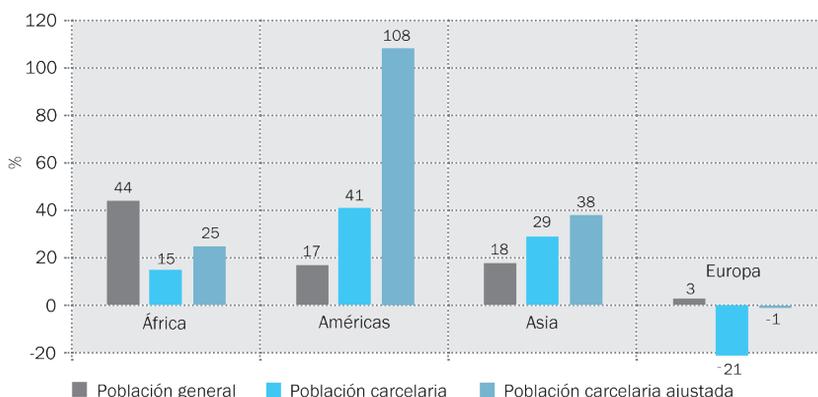
FUENTE: tasas globales de encarcelamiento por continente tomadas de Coyle, Fair, Jacobson y Walmsley (2016, p. 18). Tasas por países basadas en ICPS. World Prison Brief (datos más recientes a junio de 2017).

el número de personas encarceladas por cada 100.000 habitantes en los países seleccionados para este estudio, en comparación con lo ocurrido en otras regiones, según los datos más recientes disponibles del World Prison Brief. La mayoría de los países de este estudio, con excepción de Argentina y Ecuador, tienen tasas de encarcelamiento superiores a las de cualquier otro continente del mundo; en todos los países estudiados, dichas tasas son más altas que el promedio de otras regiones del mundo (con unas pocas excepciones en comparación con las de Europa), aunque cabe también anotar que la mayoría de los países analizados en este estudio tienen tasas inferiores al promedio de las Américas, exceptuando Estados Unidos, que representa un caso excepcional.

El continente americano no solo es el que más encarcela a su población, sino también en el que más rápido ha crecido la población carcelaria durante el siglo XXI. La gráfica 3 muestra la variación porcentual de la población general y de la población carcelaria en cuatro continentes entre el 2000 y el 2015. El último indicador se presenta en dos escenarios: incluyendo todos los países y realizando un ajuste con la exclusión de los países

GRÁFICA 3

Variación porcentual de la población general y de la población en prisión en cuatro continentes en el período 2000-2015



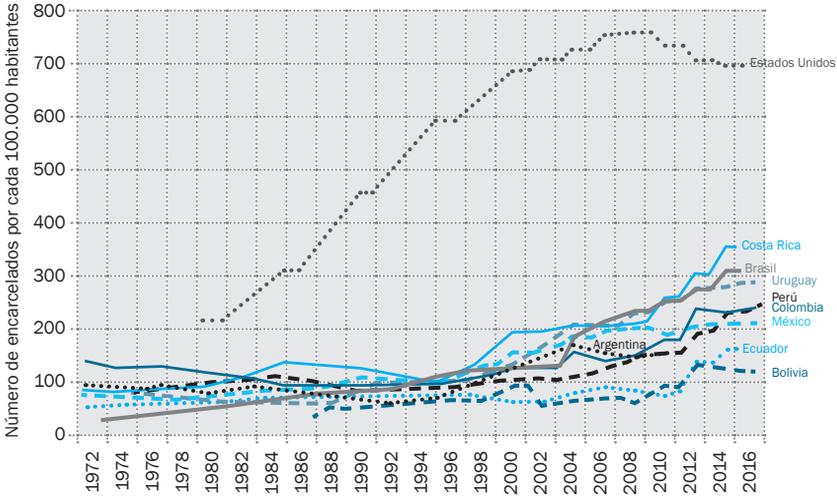
FUENTE: Coyle, Fair, Jacobson y Walmsley (2016, p. 30).

que generan la mayor distorsión estadística (esto es, Estados Unidos en las Américas, Rusia en Europa, China e India en Asia y Ruanda en África). Como puede observarse, mientras que en las Américas la población general creció 17% durante este periodo, la población de sus cárceles creció 41%, es decir 2,4 veces más rápido que la población general. Excluyendo a Estados Unidos, la población en prisión de las Américas ha crecido en 108%, es decir 6,3 veces más rápido que la población general. Esto contrasta con lo ocurrido en África, donde el crecimiento de la población general superó al de la población en prisión. En Europa, a diferencia del resto de continentes, la población en prisión ha ido en descenso.

La presión punitiva ejercida por los Estados de las Américas sobre sus poblaciones ha llevado a un aumento continuo de las tasas de encarcelamiento, mucho mayor en los países de América Latina que en Estados Unidos, al menos en los últimos quince años. La gráfica 4 evidencia la forma en que se ha incrementado, en las últimas cuatro décadas, la tasa de encarcelamiento en los diez países estudiados. Comparando los datos más antiguos y más recientes disponibles para cada país entre el periodo 1972-2016, la tasa de encarcelamiento se ha incrementado en promedio en 255%. Si bien Estados Unidos tiene la tasa de encarcelamiento más alta, la cual creció de forma dramática entre los años setenta y finales de siglo XX, a partir de 2008 se ha estabilizado, e incluso ha disminuido ligeramente. Ecuador también tuvo un descenso del 37% entre 2007 y 2009, resultado de los indultos aplicados a algunos delitos menores de drogas,

GRÁFICA 4

Tasas de encarcelamiento en los diez países estudiados de las Américas, 1972-2016



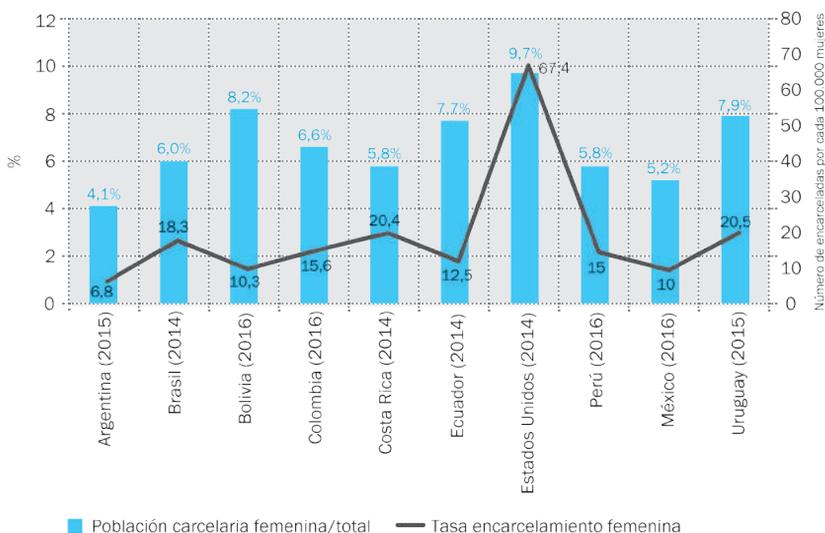
FUENTE: elaborada con base en ICPS - World Prison Brief (datos históricos disponibles a junio de 2017).

así como entre 2014 y 2015 por la reforma al Código Penal. Sin embargo, después aumentó por encima de los niveles previos (Paladines, 2016, pp. 26-28). En el resto de los países estudiados, en cambio, a partir de la segunda mitad de los años noventa, la tasa de encarcelamiento inició una carrera al ascenso que continúa hasta el día de hoy. En Brasil, la tasa de encarcelamiento se incrementó 859 % desde 1971, en Costa Rica 334 % desde 1972 y en Uruguay 263 % desde 1975. En los demás países, la tasa de encarcelamiento creció por debajo del promedio de este grupo de países (255 %), pero a un ritmo muy acelerado en comparación con el resto del mundo. En Estados Unidos creció en 207 % desde 1980, en Perú en 207 % desde 1975, en Ecuador en 182 % desde 1972, en México en 175 % desde 1972, en Bolivia en 134 % desde 1987, en Colombia y en Argentina en 74 y 64 % respectivamente desde 1972 (ICPS, World Prison Brief, 2017).

En el continente americano, como en otras partes del mundo, las mujeres encarceladas representan una fracción relativamente pequeña de la población carcelaria total (4,9 %). Sin embargo, dicho porcentaje es superior al promedio mundial (2,9 %), al de África (2,9 %) y al de Oceanía (4,2 %), aunque inferior al de Asia (6 %) y similar al de Europa. En Estados Unidos y Bolivia las proporciones son particularmente altas en términos comparativos: 9,7 y 8,2 % respectivamente. Además, el crecimiento

GRÁFICA 5

Participación de mujeres en la población carcelaria total y tasa de encarcelamiento femenino en los diez países estudiados



FUENTE: ICPS. World Prison Brief (datos más recientes a mayo de 2017).

porcentual de la población femenina en prisión en las Américas (52 %) ha sido más alto que el de la población masculina encarcelada (42 %) (Coyle, Fair, Jacobson y Walmsley, 2016, p. 30). En todos los países analizados en este estudio, con excepción de Estados Unidos, la tasa de encarcelamiento femenino se ha incrementado desde 2005. En la gráfica 5 se presentan estas cifras y la participación porcentual de las mujeres del total de la población carcelaria para los 10 países analizados, según los datos más recientes disponibles en el World Prison Brief.

Las investigaciones del CEDD muestran que en todos los países estudiados, con excepción de Bolivia y Perú, la tasa de encarcelamiento femenino ha crecido más rápido que la de la población en general. Esto indica que la presión punitiva sobre las mujeres en las Américas se ha reforzado a una velocidad mayor que la de los hombres. La tabla 1 muestra el número de mujeres encarceladas en los 10 países estudiados según los datos recopilados por el CEDD, y compara el cambio en la tasa de encarcelamiento femenino y la tasa de encarcelamiento general de acuerdo con los datos del ICPS. Las cifras disponibles no corresponden a los mismos años, sino que se usa la cifra del último año disponible de acuerdo con las investigaciones realizadas en cada país.

TABLA 1
Indicadores sobre encarcelamiento femenino en los diez países estudiados, alrededor de 2015

	Población total de mujeres en prisión	Aumento de la tasa de encarcelamiento femenino por cada 100.000 mujeres - ICPS	Aumento de la tasa de encarcelamiento por cada 100.000 habitantes general - ICPS	Aumento porcentual tasa de encarcelamiento mujeres	</>	Aumento porcentual tasa de encarcelamiento general
Argentina¹	2.839 (2013)	6,4-6,9 (2002/2014)	151-160 (2002/2014)	7,8	>	5,9
Bolivia²	1.195 (2015)	9,7-16,4 (2005/2012)	73-135 (2006/2012)	69	<	84,9
Brasil³	35.218 (dic/2013)	5,8-18,3 (2000/2014)	133-307 (2000/2014)	215	>	130
Colombia⁴	8.379 (2014)	7,8-16,7 (2000/2016)	128-242 (2000/2016)	141	>	89
Costa Rica⁵	2.346 (jun/2014)	10,8-20,4 (2003/2014)	193-352 (2000/2014)	88,8	>	82,3
Ecuador⁶	1.636 (2015)	5,2-12,5 (2002/2014)	67-161 (2002/2014)	140,3	>	140,2
Estados Unidos⁷	205.400 (2013)	55,6-64,6 (2001/2013)	683-693 (2000/2014)	16,1	>	1,4
México⁸	13.395 (2015)	7,1-11,1 (2001/2015)	156-212 (2000/2015)	56,3	>	35,8
Perú⁹	4.396 (mar/2015)	7,8-14,5 (2001/2016)	107-246 (2000/2016)	85,8	<	129
Uruguay¹⁰	645 (2013)	7,3-16,9 (1999/2015)	135-291 (2000/2015)	131,5	>	115

1. Sistema Nacional de Estadísticas Sobre Ejecución de la Pena (Sneep), Informe anual de la República Argentina 2013.

2. Gobierno de Bolivia.

3. Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Brasil.

4. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), Colombia.

5. Departamento de Investigación y Estadística, Instituto Nacional de Criminología del Ministerio de Justicia y Paz.

6. Ministerio de Justicia del Ecuador.

7. International Center for Prison Studies.

8. Secretaría de Gobernación, Comisión Nacional de Seguridad, Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social (2015).

9. Instituto Nacional Penitenciario (INPE) (2015).

10. Presidencia de la República Oriental del Uruguay, Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), Ministerio de Desarrollo Social (Mides), Área de Gestión y Evaluación del Estado (Agev) (2013).

FUENTE: población total de mujeres con base en Boiteux (2015, p. 2); tasas de encarcelamiento con base en World Prison Brief de ICPS (2017).

Una pregunta relevante es si las altas tasas de encarcelamiento en la región responden a una mayor magnitud del fenómeno delictivo o si son producto de un uso desproporcionado del derecho penal y de las cárceles como medio de control social. Es claro, por ejemplo, que el continente americano tiene un nivel de violencia superior a otras regiones del mundo. La tasa de homicidios del continente es la más alta del mundo con una tasa de 16,3 personas por cada 100 mil habitantes. Le sigue África con una tasa de 12,5; Europa y Oceanía, con una tasa de 3, y Asia, con una tasa de 2,9 (UNODC, 2013, pp. 22-24). Dentro del continente, América Central es la subregión más violenta, con países como Honduras que mantienen una tasa de 90,4 homicidios por cada 100 mil habitantes; le sigue Belice con una tasa de 44,7; El Salvador, con 41,2 y México, con una tasa de 21,5. La segunda subregión más violenta del continente es América del Sur, con países como Venezuela que muestran una tasa de 53,7 homicidios por cada 100 mil habitantes; Colombia, que tiene una tasa de 30,8, y Brasil, que mantiene una tasa de 25,2 (pp. 22-24). Otros delitos de alto impacto también suelen ser comunes en la región (Santamaría, Carey y Menjivar, 2017; Goldstein y Desmond Arias, 2010; Rotker y Goldman, 2002). Sin embargo, debido a los problemas de subregistro es difícil hacer comparaciones ciertas.² De igual forma, la criminalidad asociada a drogas, por tratarse de una región de producción y de tránsito, es alta. Con base en esta evidencia, podría pensarse que, en principio, el incremento acelerado de la población carcelaria es una consecuencia necesaria de un mayor fenómeno delictivo.

Sin embargo, el aumento de la población carcelaria no es en realidad ni una consecuencia inevitable, ni tampoco una política racional y necesaria para enfrentar el desafío de una criminalidad creciente. No es inevitable por cuanto es producto de decisiones deliberadas sobre qué tanto usar el derecho penal y la cárcel para enfrentar problemas sociales. En teoría, el encarcelamiento puede contribuir a reducir el crimen a través de su poder de incapacitar, disuadir y rehabilitar a las personas que cometen delitos. No obstante, la evidencia muestra que las intervenciones más efectivas para reducir la criminalidad en el largo plazo están asociadas a la inversión en primera infancia, la promoción de ambientes familiares adecuados y las

2 En este texto usamos datos de homicidio, pues si bien otros delitos como el secuestro, la violación, el robo a casa o habitación son igualmente relevantes en términos de su impacto, tienen cifras elevadas de delitos no reportados, lo que dificulta su uso en términos comparativos.

intervenciones en la escuela que reducen la propensión a cometer delitos; y en el corto plazo, a intervenciones que afectan el entorno y las oportunidades del delito (CAF, 2014). El sistema de justicia también tiene un rol importante, particularmente en mejorar la eficiencia en sus primeras etapas, pero la evidencia en América Latina, de acuerdo con un estudio sistemático de la Corporación Andina de Fomento (CAF), muestra que:

...el potencial del encarcelamiento como mecanismo de disuasión parece ser bastante modesto, [y] los mecanismos alternativos de condena, como por ejemplo el monitoreo electrónico sin privación de la libertad, surgen como una opción efectiva, particularmente para delincuentes cuyo riesgo de reincidencia es menor, ya que evitaría su contacto con criminales más peligrosos y además generaría importantes ahorros fiscales (p. 206).

Más aún, la sobrepoblación carcelaria que caracteriza a la región en realidad no solo disuade sino que incentiva el crimen. Estudios recientes han mostrado cómo la crisis de los sistemas penitenciarios en América Latina ha terminado por convertir las cárceles en incubadoras del crimen organizado, desde las cuales se originan mafias que terminan por agravar el fenómeno delictivo dentro y fuera de las prisiones (Dudley y Bargent, 2017). Conforme a esta evidencia, la política de encarcelamiento no solo no es necesaria para combatir la criminalidad, sino que es contraproducente bajo las circunstancias actuales de los sistemas penitenciarios en la región.

Este estudio busca mostrar, precisamente, que una parte importante del crecimiento de la población carcelaria que ha conducido a esta crisis de los sistemas penitenciarios responde a la aplicación de las actuales leyes contra las drogas que ordenan mayores restricciones para aplicar medidas cautelares durante los procesos, sentencias mandatorias mínimas y que continúan generando el encarcelamiento masivo de consumidores en la región, utilizando equivocadamente recursos que podrían destinarse a sancionar los delitos de alto impacto como son el homicidio, el secuestro o el abuso sexual, o a desmantelar el crimen organizado mediante políticas más efectivas e inteligentes. Asimismo, como se señala más adelante, las sanciones de prisión en América Latina, como en otras partes del mundo, suelen estar dirigidas a poblaciones que ya se encontraban en contextos de vulnerabilidad social. La aplicación de estas penas significa menores oportunidades sociales para todos los miembros de la familia de quien es encarcelado. Como muestra el estudio *Las mujeres invisibles* (Pérez Correa, 2015, p. 9), al reducir el bienestar de familias que se encuentran en

situaciones desfavorables, la política penitenciaria crea las condiciones de un círculo vicioso en el cual se exagera el uso del sistema penal y se incrementan las probabilidades de que existan problemas de abuso de sustancias, violencia y delito en las comunidades.

Detención preventiva

La región de las Américas se ha caracterizado por altos índices de detención preventiva. La gráfica 6 muestra la comparación entre el porcentaje de personas detenidas preventivamente en los diez países estudiados y el promedio de las Américas y otras regiones del mundo. El continente americano, después del África, es donde un mayor porcentaje de personas está encarcelada sin recibir sentencia. En la región de Suramérica, y en la mitad de los países estudiados, los niveles de detención preventiva superan al promedio de cualquier continente. En Argentina, Bolivia y Uruguay, hay más personas encarceladas preventivamente que aquellas que han sido condenadas. En Bolivia, hasta hace poco, 85 de cada 100 personas en prisión lo estaban sin recibir sentencia, lo cual lo situaba como el segundo país con los mayores niveles de detención preventiva, superado solamente por Libia, donde solo el 10 % de los presos había sido condenado.³

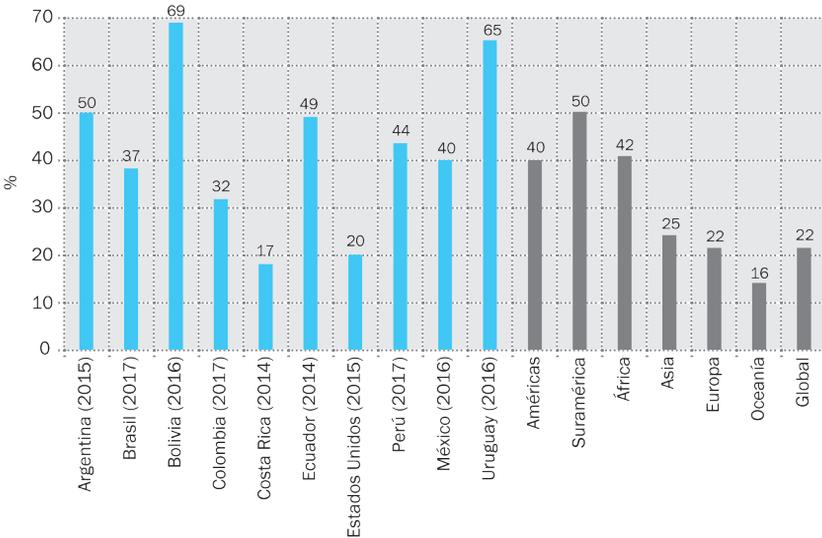
La prisión preventiva es obligatoria en algunos países para delitos de drogas, y es usada de forma generalizada en la práctica en otros. En México, por ejemplo, la Constitución establece que la prisión preventiva procederá de manera oficiosa para un catálogo de delitos, como los relacionados contra la salud, que la ley defina como graves.⁴ De acuerdo con

3 Estudios recientes sugieren que el porcentaje de personas detenidas preventivamente en Bolivia puede haber disminuido a raíz de la política de indultos. El Gobierno emitió, desde diciembre de 2012, cuatro decretos presidenciales para la concesión excepcional del indulto, lo que permitió que 4.374 personas fueran beneficiadas hasta diciembre de 2015. En el mes de junio de 2016 finalizó la vigencia del último decreto. Los resultados totales muestran que, efectivamente, se ha logrado reducir el porcentaje de personas en detención preventiva, de 85 % en el año que se emitió el primer decreto, a 69 % en 2016. Sin embargo, no ha habido una mejora sustancial en el hacinamiento. Si bien ha tenido una eficacia parcial, la política de indultos ha sido cuestionada porque posiblemente presionó para que las personas sindicadas se declararan culpables a través de un proceso abreviado (Achá, 2016).

4 Artículo 19. Constitución de los Estados Unidos de México. "El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación,

GRÁFICA 6

Personas privadas de la libertad en prisión preventiva en los países seleccionados en comparación con el resto del mundo

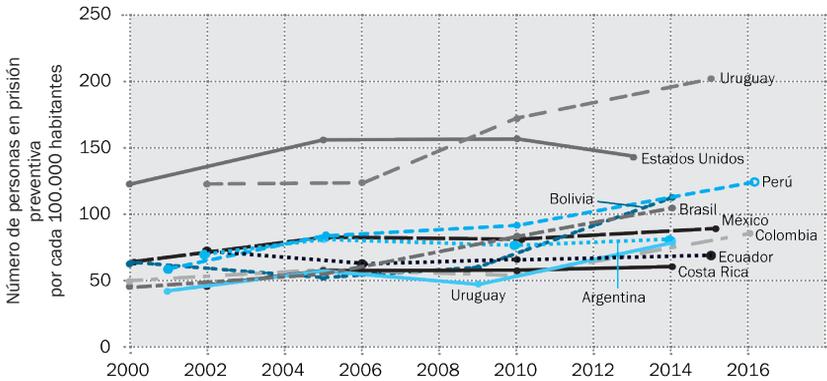


FUENTE: datos continentales y regionales tomados de Coyle, Fair, Jacobson y Walmsley (2016, p. 25). Datos por países basados en ICPS. World Prison Brief (2017, 2016).

NOTA: los datos son tomados de los reportes oficiales recolectados por el World Prison Brief con base en la información suministrada por los sistemas penitenciarios nacionales. No es posible determinar, en cada país, con la información disponible al público, si por detenidos preventivamente se entiende a aquellos que lo están sin sentencia de primera o segunda instancia.

el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, todos los delitos relacionados con las drogas son considerados graves, con excepción del delito de siembra, cultivo o cosecha de plantas llamadas “enervantes”, que no tenga por objetivo la producción, el suministro, el comercio, el tráfico, la introducción o la extracción de narcóticos del país. En consecuencia, cualquier persona acusada por uno de estos delitos deberá pasar el proceso en la prisión de forma preventiva, aunque sea inocente. Pero incluso en países donde no es obligatoria la prisión preventiva, esta se aplica de forma extendida para los delitos de drogas. En Costa Rica, por ejemplo, de acuerdo con Cortés (2016), el análisis de una muestra de expedientes judiciales por estos delitos mostró que 80% de las personas condenadas estuvo en prisión preventiva, con un promedio de 211 días de encarcelamiento.

el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

GRÁFICA 7**Tasa de personas privadas de la libertad en prisión preventiva en los diez países estudiados, 2000-2016**

FUENTE: ICPS. World Prison Brief (datos históricos disponibles a junio de 2017)

NOTA: los datos son tomados de los reportes oficiales recolectados por el World Prison Brief con base en la información suministrada por los sistemas penitenciarios nacionales. No es posible determinar, en cada país, con la información disponible al público, si por detenidos preventivamente se entiende a aquellos que lo están sin sentencia de primera o segunda instancia.

Teniendo en cuenta el tamaño y el crecimiento poblacional, es posible observar que las tasas de personas en detención preventiva en los países de las Américas se han incrementado. La gráfica 7 muestra la variación en el número de personas encarceladas preventivamente por cada 100.000 habitantes en los países estudiados en el transcurso del siglo XXI. En todos los países, con la excepción de Estados Unidos, esta tasa ha aumentado. Al comparar los datos más antiguos y más recientes para cada país entre el periodo 2000-2016, la tasa de personas detenidas preventivamente se ha incrementado en promedio 64,7% en los diez países estudiados. En Brasil y en Perú el incremento fue de 118 y 128% respectivamente, lo que muestra que el uso de la prisión preventiva ha tendido a intensificarse en todos los países estudiados, con excepción de lo sucedido en Estados Unidos a partir de 2010.

La crisis de los sistemas penitenciarios en América Latina: una violación sistemática de los derechos de las personas privadas de la libertad

Como ha sido reiterado por diversos organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2011), el Comité contra

la Tortura de las Naciones Unidas, y por las entidades y organizaciones nacionales de derechos humanos, los países de las Américas enfrentan una crisis penitenciaria de enormes proporciones. Si bien existen diferencias importantes en el tipo de sistemas penitenciarios, la normatividad que los rige,⁵ las autoridades que los administran, su capacidad instalada y sus niveles de ocupación, hay aspectos problemáticos que son comunes a todos los países estudiados. Este apartado explorará algunos de esos aspectos, señalando diferencias en su magnitud y problemáticas específicas cuando sea relevante.

Sobrepoblación carcelaria

La sobrepoblación carcelaria refiere a la situación cuando el número de internos de un centro penitenciario excede la capacidad del mismo. De acuerdo con Elías Carranza (2012), existe sobrepoblación cuando la *densidad penitenciaria*,⁶ la cual mide el nivel de ocupación del sistema en comparación con su capacidad, es mayor que 100 %. A la vez, existe sobrepoblación crítica cuando la densidad penitenciaria es igual o mayor a 120, es decir cuando funciona al 120 % o más de su capacidad. Los datos existentes permiten ver que en los países de las Américas el común denominador de la crisis es la existencia de sobrepoblación crítica que impide garantizar los mínimos de una vida digna y de la integridad física en prisión. Bajo este contexto, como se muestra en este capítulo, a las personas en prisión en la región no solo se les restringe la libertad y los derechos políticos en razón del cumplimiento de la pena, sino que sistemáticamente se violan sus demás derechos fundamentales.

La Asamblea General de la OEA⁷ y la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad han resaltado de manera recurrente que la sobrepoblación es el problema más grave que afecta a la mayoría de los sistemas penitenciarios de la región pues, entre otras cosas, incrementa los niveles de violencia en las cárceles, crea un ambiente de insalubridad sanitaria y de higiene, y limita el acceso a las de por sí escasas

5 Esto incluye la manera en que los organismos judiciales y administrativos han afrontado los problemas de los diversos sistemas penitenciarios.

6 La densidad penitenciaria se calcula dividiendo el número de personas encarceladas por el número de cupos disponibles en el sistema. Ese resultado se multiplica por cien.

7 OEA, AG/RES. 2510. XXXIX-O/09 (4 de junio de 2009); OEA, AG/RES. 2403. XXXVIII-O/08 (13 de junio de 2008); OEA, AG/RES 2283 XXXVII-O/07 (5 de junio de 2007); y OEA, AG/RES. 2233. XXXVI-O/06 (6 de junio de 2006).

oportunidades de estudio y trabajo constituyendo una barrera para la re-socialización. La relatoría señala que la sobrepoblación constituye en sí misma una forma de trato cruel, inhumano y degradante, violatorio del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos. Por ello, la CIDH considera necesario adoptar, entre otras políticas, la promoción del uso de medidas alternativas o sustitutivas de la detención preventiva y de la privación de libertad como pena, y el uso de otras figuras propias del proceso de la ejecución de la sentencia, como las libertades condicionales, asistidas y las redenciones de pena por trabajo o estudio (CIDH, 2011, p. 177). A ello agregaríamos la necesidad de llevar a cabo una revisión de los diversos códigos penales que en las últimas décadas han visto una inflación en el número de años establecidos como sanción, así como en el número de conductas tipificadas como delitos, especialmente para los delitos de drogas (Uprimny *et al.*, 2012).

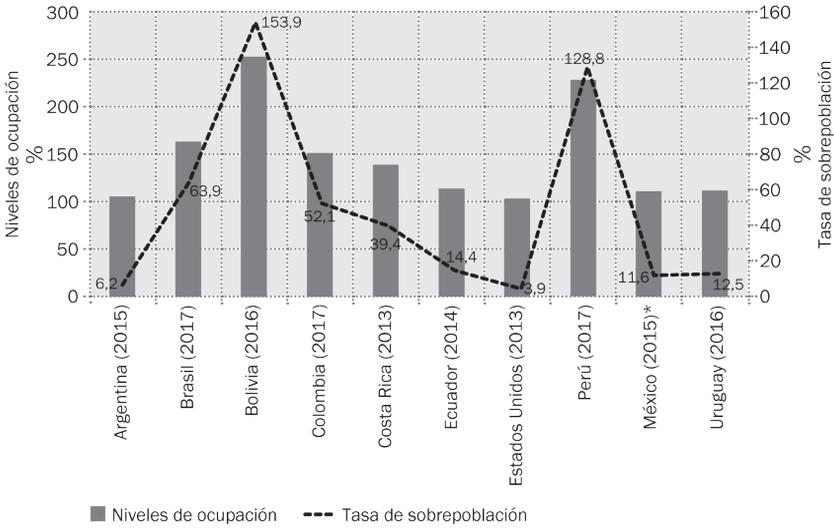
Con base en los últimos datos disponibles del ICPS, los países de las Américas tienen un nivel de sobrepoblación promedio de 48 %, superior en 26 puntos al promedio mundial (Uprimny *et al.*, 2012, p. 4). En América Latina o el Caribe, se encuentran 7 de los 12 países con mayores niveles de sobrepoblación, entre ellos Bolivia y Perú.⁸ La gráfica 8 muestra los niveles de ocupación y sobrepoblación para los diez países estudiados. Todos los países tienen niveles de sobreocupación respecto de su capacidad. Esto representa un serio problema para la vigencia de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, pues si bien las violaciones de sus derechos pueden ocurrir en ausencia de sobrepoblación, es difícil pensar que dichas violaciones puedan corregirse mientras exista una población mayor a la capacidad carcelaria.

En algunos países se han adoptado medidas importantes para afrontar la sobrepoblación, especialmente desde el poder judicial. En Colombia, por ejemplo, en Sentencia T-388 de 2013, la Corte Constitucional señaló la existencia de un nuevo estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país argumentando, entre otros, los altos niveles de hacinamiento penitenciario.⁹ El Alto Tribunal ordenó que en seis cárceles de país

8 Al respecto puede consultarse el *ranking* virtual del International Centre for Prison Studies (s.f.) que clasifica a los países de mayor a menor de acuerdo con sus niveles de ocupación, el cual se actualiza de manera permanente con datos oficiales.

9 “En las condiciones de hacinamiento y deterioro de la infraestructura penitenciaria y carcelaria, así como de los servicios que se presentan en cada

GRÁFICA 8
Niveles de ocupación y tasas de sobrepoblación
de los diez países estudiados



FUENTE: ICPS. World Prison Brief (datos más recientes a mayo de 2017).

NOTA: todos los datos son construidos con información oficial aportada por los sistemas penitenciarios nacionales.

*El dato de hacinamiento en el caso de México hace referencia a las prisiones federales.

se cumpliera una regla de equilibrio decreciente, consistente en que solo se puede autorizar el ingreso de nuevos internos al centro de reclusión siempre y cuando: i) el número de personas que ingresan es igual o menor al número de personas que salgan del establecimiento de reclusión, durante la semana anterior, y ii) el número de personas del establecimiento disminuya constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones

establecimiento, la posibilidad de que se den tratos crueles, inhumanos e indignos aumenta notoriamente. La deshumanización de las personas en los actuales contextos carcelarios es evidente. Las condiciones en que son mantenidas las personas privadas de la libertad, por ejemplo, suelen ser relacionadas con las condiciones en que existen algunos de los animales relegados en nuestra sociedad a los lugares de suciedad [...] 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. [...] En otras palabras, el sistema penitenciario y carcelario actual es incompatible con un Estado social y democrático de derecho". Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388 de 2013. M. P. María Victoria Calle Correa, 28 de junio de 2013.

esperadas. Una vez que desaparezca la sobrepoblación en estos centros de reclusión deberá adoptarse una regla de equilibrio conforme a la cual la ocupación debe permanecer dentro de la capacidad existente. Ante el incumplimiento de esta regla, en Sentencia T-762 de 2015, la Corte reiteró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles, amplió sus órdenes para otras cárceles del país y, al constatar la existencia de “una política criminal reactiva, populista, poco reflexiva, volátil, incoherente y subordinada a la política de seguridad”, estableció una serie de criterios mínimos de política criminal que las autoridades deberán respetar en lo sucesivo, incluido el poder legislativo.

En Estados Unidos, en el caso *Brown vs. Plata* de 2011,¹⁰ la Corte Suprema de Justicia señaló que el hacinamiento del sistema penitenciario en California era inconstitucional y le ordenó al gobierno estatal reducirlo en 33.000 cupos en un plazo de dos años, lo necesario para alcanzar niveles de ocupación del 137,5 %. En 2014, la población del Estado votó a favor de la Proposición 47, conforme a la cual algunos delitos graves se reclasificaron en la categoría de delitos menores, siempre que no hubiese mediado violencia. En esta reducción de penas se incluyeron varios delitos relacionados con drogas (González, 2015). Otros estados como Texas se han sumado a la adopción de medidas para combatir la sobrepoblación, reorientando recursos del orden de USD 241 millones de dólares que originalmente iban a la construcción de más cárceles, a programas de desvío y redes de tratamiento comunitario y residencial (Schaffer, 2016, p. 13).

Derechos fundamentales y condiciones carcelarias

Nelson Mandela decía que no se conoce un país realmente hasta que se está en sus cárceles, y que no debía juzgarse a una nación por cómo trata a sus ciudadanos más destacados, sino a los más desfavorecidos. Si existe un ámbito en los países de América Latina donde la vigencia de los derechos fundamentales quede exceptuada o estos son sistemáticamente vulnerados, es en sus cárceles. Si bien es cierto que a las personas que son legalmente privadas de su libertad se les pueden restringir otros derechos, la cárcel no puede significar la pérdida o discriminación en el ejercicio de sus derechos más básicos. Este apartado muestra que en América Latina

10 Supreme Court of the United States of America. *Brown, Governor of California, et al. vs. Plata et al.* Recuperado de <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1233.pdf>.

existen discriminaciones sistemáticas, graves y profundas en contra de los derechos más básicos de las personas privadas de la libertad.

Los derechos de las personas privadas de libertad pueden ser divididos en tres tipos: suspendidos, limitables y no modificables.¹¹ Los primeros son los derechos que se suspenden de forma transitoria por la privación de la libertad, como es el caso del derecho al libre tránsito. Los segundos son derechos que pueden ser afectados o restringidos de forma temporal y cuando existan condiciones que lo ameriten, como es el caso de la limitación a la libertad de asociación. El tercer tipo son los derechos plenos de la persona privada de libertad que no pueden ser restringidos y que deben ser respetados en cualquier ámbito, independientemente de la condición de reclusión. Este tercer tipo de derechos –como el derecho a la vida, a la integridad física, a la dignidad, a la salud o al agua– constituyen obligaciones plenas del Estado y no pueden ser afectados en razón del cumplimiento de la pena (Uprimny y Guzmán, 2010). La tabla 2 muestra los instrumentos internacionales que conforman el marco de obligaciones que tienen los Estados en materia de tratamiento de las personas privadas de libertad.

En este apartado analizamos el impacto de la crisis penitenciaria sobre el tercer tipo de derechos, los cuales no pueden ser restringidos y deben ser estrictamente respetados, incluso dentro de las cárceles.

El derecho a la vida

Como lo ha señalado la CIDH, “las continuas violaciones al derecho a la vida de las personas privadas de la libertad constituyen uno de los principales problemas de las cárceles de la región. Anualmente, cientos de reclusos en las Américas mueren por distintas causas [evitables], principalmente como consecuencia de la violencia carcelaria” (CIDH, 2011, p. 105). Tan solo entre los años 2005-2010, 11 países de las Américas reportaron la muerte violenta de 2.549 personas, de las cuales 1.865 fueron en centro

11 Esta nomenclatura está basada en la ponencia de Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Esther Guzmán (2010) presentada en *Las cárceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un estado de cosas inconstitucionales*. En dicho texto, los autores utilizan: derechos suspendidos, limitados e intangibles. Los derechos limitados son aquellos que pueden ser afectados o restringidos al estar una persona en reclusión. Los derechos intangibles son aquellos que no deben ser modificados o restringidos, independientemente de la condición jurídica de la persona. Intangible no refiere a que estos sean inmateriales. Para evitar esta confusión utilizamos el término “no modificables”.

Instrumentos internacionales que conforman el marco jurídico para el tratamiento de las personas privadas de libertad

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)
- Principios básicos para el Tratamiento de Reclusos
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión
- Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de la Libertad
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices Riyadh)
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)
- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte
- Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
- Principios relativos a una eficaz prevención de investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
- Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley
- Principios Básicos sobre la Función de los Abogados
- Directrices de las Naciones Unidas sobre la función de los fiscales
- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder
- Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura
- Tratado modelo sobre la remisión del proceso en materia penal
- Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de los delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional.

penitenciarios venezolanos, considerados los más violentos de la región. Entre los países que reportaron información sobre muertes en prisión a la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) en el año 2012, el continente americano tenía la tasa de homicidios más alta dentro de los centros penitenciarios llegando al nivel de 58 por cada 100.000, en comparación con 2 y 3 personas por cada 100.000 respectivamente para el promedio de Asia y de Europa

(UNODC, 2016a). En el promedio de los países americanos con reporte, la tasa de homicidios en prisión es tres veces mayor que la de la población en general, siendo el único contiene en el que se perciben diferencias significativas entre ambas tasas (UNODC, 2014, p. 97). En Brasil, en estados como Piauí o Marañón, la tasa de homicidios es 16 y 22 veces más alta en las prisiones que para la población en general (Departamento Penitenciario Nacional de Brasil, 2016, p. 53). En México, durante 2008, la probabilidad de morir en un centro penitenciario era cinco veces superior a la de la población general. A pesar de que en 2009 esa probabilidad disminuyó, continuó siendo más del doble de la que se observó en la población general (México Evalúa, 2010, p. 22). Un ejemplo reciente de la tragedia de las violencias en las cárceles fue el ocurrido en el penal de Topo Chico en Nuevo León, México, que dejó 49 muertos y 12 heridos, y ha abierto un debate sobre la crisis del sistema penitenciario en el país. Dichos eventos fueron precedidos un año antes por otro motín en el penal de Apodaca, también en Nuevo León, que resultó en la muerte de 44 personas.

En materia de suicidios, aunque la problemática es mayor en las cárceles de otros continentes, la tasa de suicidios suele ser mayor en las cárceles que fuera de ella. En Colombia, por ejemplo, en el 2013, la tasa de suicidios en cárceles fue de 4,4 veces la de la población en general.¹² Esta cifra puede indicar los efectos negativos de la privación de la libertad o la falta de diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales dentro de las cárceles. Otro asunto que podría indicar esta cifra, es que la categoría suicidio permite encubrir muertes violentas que se cometen al interior de los centros de reclusión.

Asimismo, dentro de las cárceles de América Latina hay muertes que suceden por accidentes prevenibles o por falta de atención por parte de las autoridades sanitarias de los países. De acuerdo con la CIDH,

...un número importante de muertes de personas privadas de libertad en las cárceles de la región se producen como resultado de la falta de prevención y atención oportuna de las autoridades. En esta categoría se encuentran, por ejemplo, las muertes produ-

12 En Colombia, según las cifras del Instituto Nacional de Medicina Legal, la tasa de suicidios en el país en el año 2013 fue de 3,84 personas por cada 100.000 habitantes. La entidad informa también que 20 de estos suicidios ocurrieron en establecimientos carcelarios. Teniendo en cuenta que la población carcelaria en 2013 fue de 117.987, la tasa de suicidios por cada 100.000 personas en prisión fue de 16,9, es decir 4,4 veces la general (Instituto Nacional de Medicina Legal, 2014).

cidas en incendios y los casos de personas que padecían enfermedades graves o que su condición de salud ameritaba atención urgente, y que fallecieron por no ser atendidos. (CIDH, 2011, p. 112)

Finalmente, la CIDH ha documentado otras formas de violaciones graves del derecho a la vida de las personas privadas de libertad directamente imputables al Estado, como por ejemplo, las ejecuciones extrajudiciales, los actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes que han resultado en la muerte de la víctima, y las desapariciones forzadas de personas privadas de libertad (CIDH, 2011, pp. 117-121).

Tratos crueles e inhumanos en relación con las condiciones carcelarias

Al hablar de tortura y maltrato dentro de las prisiones, Andrew Coyle (2002, p. 33) escribe:

La naturaleza cerrada y aislada de las prisiones puede dar oportunidad a que se cometan actos abusivos con toda impunidad, en ocasiones de manera organizada y en otras por iniciativa de miembros individuales del personal. En aquellos países o instituciones donde se da prioridad a la función punitiva de la prisión, existe el peligro de que acciones que equivalen a tortura (como el uso ilegal y rutinario de la fuerza y los golpes) lleguen a ser consideradas por el personal como conductas “normales”. (2002, p. 33)

En efecto, las prisiones son lugares con los que relativamente pocos ciudadanos tienen contacto. Los enormes muros que las rodean y la naturaleza frecuentemente aislada de la ubicación de los penales, los hacen aún más herméticos y alejados del escrutinio público. Es por ello que es frecuente la existencia de tratos crueles e inhumanos hacia los internos.

Entre las condiciones que se presentan en las cárceles de América Latina, la CIDH ha identificado las siguientes:

...infraestructuras inadecuadas; la reclusión en condiciones de hacinamiento; sin ventilación y luz natural; en celdas insalubres; sin camas (durmiendo en el suelo o en hamacas); sin atención médica adecuada ni agua potable; sin clasificación por categorías (p. ej. entre niños y adultos, o entre procesados y condenados); sin servicios sanitarios adecuados (teniendo que orinar o defecar en recipientes o bolsas plásticas); sin condiciones mínimas de privacidad en los dormitorios; con alimentación escasa

y de mala calidad; con pocas oportunidades de hacer ejercicios; sin programas educativos o deportivos, o con posibilidades muy limitadas de desarrollar tales actividades; con restricciones indebidas al régimen de visitas; con la aplicación periódica de formas de castigo colectivo y otros maltratos; en condiciones de aislamiento e incomunicación; y en lugares extremadamente distantes del domicilio familiar y bajo condiciones geográficas severas. (CIDH, 2011, pp. 165-166)

En el caso de México, por ejemplo, el Informe Especial Sobre la Situación de los Centros de Reclusión en Distrito Federal de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal señaló que:

... durante las visitas de verificación realizadas por la CDHDF, se tuvo conocimiento de violaciones de derechos humanos, específicamente de actos constitutivos de extorsión, tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, entre las que destaca la falta de oportunidad para las y los internos en aislamiento de tomar el sol. [...] Los internos deben pagar al personal de seguridad y custodia por pase de lista para poder efectuar llamadas telefónicas, por protección a su integridad física, para que se les permita el acceso al servicio médico o para obtener privilegios, entre otras causas. (CDHDF, 2005, p. 165)

El reporte de la CDHDF señala la existencia, en las prisiones de la Ciudad de México, de intimidaciones, agresión verbal, insultos, ruido que impide el descanso y la privación de luz solar como medida disciplinaria.

El derecho a la salud

La sobrepoblación en los centros penitenciarios, sumada a la falta de atención médica oportuna y de calidad, puede deteriorar las condiciones de salud de los internos y exponerlos a riesgos de contraer enfermedades transmisibles o fácilmente evitables. Esto también ocurre con la población que los conecta con el mundo exterior, aquella que ingresa y egresa de manera habitual a los reclusorios, ya sean custodios o familiares. Aunque no de manera exhaustiva, mencionamos algunos de los riesgos de salud y enfermedades más comunes en las prisiones de la región.

La falta de una alimentación suficiente en cantidad y calidad (estar en buen estado), puede producir problemas gastrointestinales y desnutrición (Peláez Ferrusca, 2000, p. 37). La falta de vestimenta adecuada, las omisiones en las condiciones de higiene –ligado entre otros factores al acceso a agua potable, carente en algunos reclusorios– imposibilita a los

y las reclusas cuidados básicos como ducharse, lavarse las manos o tener agua para beber. Ello lleva a altos índices de enfermedades gastrointestinales (p. 38) La falta de un lugar limpio para dormir también es causa directa de enfermedades y riesgos a la salud.

Por ejemplo, en México, el citado reporte de la CDHDF señala que, de las inspecciones que se realizaron, se pudo comprobar que en el caso del Distrito Federal:

En ninguno de los centros de reclusión se cumplen cabalmente las disposiciones de higiene y sanidad establecidas por la Secretaría de Salud de observancia en los establecimientos dedicados a la obtención, elaboración, fabricación, mezclado, conservación, almacenamiento, distribución, manipulación y transporte de alimentos con la finalidad de reducir los riesgos para la salud de la población consumidora. [...] El personal que se desempeña en el área de cocinas no presenta una higiene adecuada para manejar productos alimenticios. (CDHDF, 2005, p. 25)

Las cárceles son entornos de alto riesgo de transmisión del VIH debido a prácticas como el uso compartido de agujas para el consumo de drogas, el tatuaje con equipo casero y no estéril, el sexo de alto riesgo y las violaciones sexuales. La sobrepoblación, el estrés, la desnutrición, el uso de drogas, debilitan el sistema inmunológico haciendo que las personas que viven con el VIH sean más susceptibles de contraer enfermedades. A la vez, son pocos los programas de prevención del VIH que atienden a la población privada de libertad, y muchas de estas personas, con VIH, no tienen acceso a tratamiento antirretroviral ni a atención médica adecuada (Avert, 2015). Onusida estima que las tasas de prevalencia de VIH son entre dos y cincuenta veces más altas en prisiones que en la población general. En Estados Unidos, la prevalencia de VIH es 2,4 mayor y en Argentina 10 veces más (Onusida, 2014, p. 4). En el estado de Rio Grande do Sul, en Brasil, la tasa de prevalencia de VIH llega a la alarmante cifra de 530 casos por cada 10.000 mil personas presas, es decir 13 veces la tasa de prevalencia general en el país (Departamento Penitenciario Nacional de Brasil, 2016, p. 56).

Estudios comparativos basados en un análisis de la literatura internacional existente han mostrado que la tasa de prevalencia de tuberculosis en prisiones es en promedio 23 veces más alta que la de la población en general (Baussano *et al.*, 2010). Según datos oficiales, en Brasil las personas privadas de la libertad tienen una probabilidad 28 veces mayor que la de la

población en general de contraer tuberculosis (Departamento Penitenciario Nacional de Brasil, 2016, p. 55). De acuerdo con estudios compilados por UNODC en Uruguay, en 2008 las tasas de prevalencia de VIH y de hepatitis B entre la población en cárceles eran del orden del 5,5 y 8,5 respectivamente. En México, en 2012, eran de 6,7 y 4,4 %, y la de Hepatitis C de 10 %, mucho más altas que las de la población en general.¹³

La población puente (quienes visitan a los internos o trabajan en los reclusorios) también está expuesta a riesgos de salud. Por ejemplo, en 2010 se encontró que las prisiones fueron el punto de contagio para 8,3 % de los casos de tuberculosis en los países de altos ingresos y para 6,3 % de los casos en los países de bajos ingresos (Baussano *et al.*, 2010, p. 60). El riesgo de enfermedad es tal que incluso se ha planteado que un incremento de 1 % en la población encarcelada puede generar un aumento de 0,34 % en la tasa de prevalencia de tuberculosis entre la población general (Steadman *et al.*, 2009, pp. 761-765). Este riesgo también existe para el caso de otras enfermedades como VIH, debido a las relaciones sexuales sin protección.

Además, en los centros penitenciarios existe una alta prevalencia de trastornos psiquiátricos como la bipolaridad, la depresión, la esquizofrenia o trastornos psicóticos (Steadman *et al.*, 2009, pp. 761-765). Estos tratamientos se gravan debido a la falta de atención médica adecuada y recursos necesarios para tratar debidamente a las personas privadas de libertad.

En términos de tratamiento de adicciones, pese a que los programas de reducción de daños y ciertos programas de tratamiento han probado su eficacia para proteger la salud de las personas en prisiones, existen barreras legales y de otra índole para implementarlos. Los programas de sustitución con opioides estaban disponibles en prisiones de 43 países, en comparación con 80 países que los tenían fuera de prisión. Los programas de suministro de jeringas estaban disponibles solo en prisiones de 8 países, solamente en Europa y Asia Central, mientras que 90 países ya cuentan con programas de este tipo para la comunidad en general (Harm Reduction International, 2014).

En términos de atención médica, los sistemas penitenciarios de la región también suelen incumplir con esta obligación. Por ejemplo, una

13 En el sitio web <https://data.unodc.org/#state:0> es posible consultar la base de datos sobre enfermedades transmisibles en prisiones, de permanente actualización.

encuesta realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económicas en México (CIDE, 2009, p. 51) señala que 35 % de los internos entrevistados en el D.F. y 25 % en el Estado de México dijo no recibir atención médica cuando se enferma. En otro estudio realizado a mujeres internas en ese país (Briseño, 2006, p. 50), 80 % de las reclusas dijo recibir atención médica cuando se enferma. Sin embargo, aun cuando recibían atención médica, no se les daba el medicamento que necesitaban. En ese tema, la encuesta del CIDE (2009, p. 51) arrojó que solo 24,7 % de los internos dijo recibir medicamentos por parte de las instituciones de salud.

El acceso a la justicia

Como lo ha señalado la CIDH, los Estados se encuentran en una posición de garantes frente a las personas bajo su custodia, por lo cual tienen “un deber reforzado de garantizar sus derechos fundamentales y asegurar que las condiciones de reclusión en las que estas se encuentran sean acordes con el respeto a la dignidad inherente a todo ser humano” (CIDH, 2011, p. 91). Esto implica que los Estados deben establecer los recursos judiciales que aseguren que los órganos jurisdiccionales ejerzan una tutela efectiva de los derechos. Asimismo, y de forma complementaria, “el Estado debe crear otros mecanismos y vías de comunicación para que los reclusos hagan llegar a la administración penitenciaria sus peticiones, reclamos y quejas relativos a aspectos propios de las condiciones de detención y la vida en prisión, que por su naturaleza no correspondería presentar por la vía judicial” (p. 91).

Sin embargo, el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas ha reiterado su preocupación por las dificultades que enfrentan las personas privadas de la libertad en los países estudiados para acceder a recursos judiciales efectivos, o para interponer peticiones, reclamos y quejas cuando sus derechos son vulnerados. También ha señalado los altos niveles de impunidad en las investigaciones por violaciones de los derechos de los reclusos por negligencia o participación directa de agentes del Estado. Además, ha observado con preocupación la poca transparencia en la información existente frente a esta clase de violaciones y los recursos en curso. Por ejemplo, el Estado colombiano no reportó en su examen en 2015 información precisa sobre el número y las causas de las personas que han muerto prematuramente en prisión. De las 53 investigaciones disciplinarias reportadas por Colombia por muertes de internos por presunta negligencia hasta 2013, solo 3 terminaron en sanciones, las demás estaban en indagación o fueron archivadas (Comité contra la Tortura, 2014, tablas anexas).

El derecho a la defensa penal efectiva y otras garantías judiciales son fundamentales para las personas procesadas. Su plena observancia es fundamental para cualquier Estado de derecho, especialmente para contener las presiones de sectores de la sociedad que piden flexibilizarlas, bajo el cuestionable supuesto de que así se podrán enfrentar más eficazmente las amenazas de seguridad. Aunque se han producido algunos avances en la región en este tema, persiste una brecha considerable entre los estándares internacionales y la forma en que los procedimientos penales son implementados y experimentados en la práctica por parte de los involucrados. En particular, entre los problemas comunes que dificultan el acceso a una defensa penal efectiva y otras garantías procesales se encuentran: la elusión de derechos procesales; el uso abusivo de la detención preventiva; la existencia de tiempos, medios e información inadecuados para considerar la evidencia y preparar la defensa; los problemas en calidad y cultura de los profesionales; y la falta de acceso a representación y asesoría jurídica competente e independiente (Binder, Cape y Namoradze (eds), 2016, pp. 494-506). En Brasil, por ejemplo, en estados como Rio Grande do Sul, el 71,38 % de las personas que cumplía una sentencia en prisión no contaban con ninguna clase de asistencia jurídica (Departamento Penitenciario Nacional de Brasil, 2016, p. 68). En el caso mexicano, de acuerdo con una encuesta del CIDE (2009, p. 72), 7,8 % de las personas privadas de la libertad encuestadas dijo que nunca había tenido comunicación con su defensor, 24,3 % dijo que se comunicaba con él o ella menos de una vez al mes y 23,5 % dijo que lo hacía una vez al mes. Por tanto, menos de la mitad de los encuestados tenían comunicaciones regulares con los encargados de su defensa.

Los costos del encarcelamiento masivo y sus dudosos beneficios

La justificación de la pena privativa de prisión no puede desligarse del rol efectivo que debieran cumplir las prisiones. Como señala David Garland (2001), las cárceles no están completa y racionalmente adaptadas a un único objetivo organizativo de tipo instrumental. La necesidad y funcionalidad de la pena es un tema que por siglos ha estado en constante discusión entre las distintas escuelas que conforman el cuerpo de la criminología, del derecho penal y de la filosofía del derecho.¹⁴ Sin embargo, es

14 “El problema de la justificación de la pena, es decir, del poder de una co-

posible sintetizar cuatro fines principales de la pena según las teorías más conocidas del derecho penal.

TABLA 2
Principales funciones de la pena privativa de la libertad

Retribución	Comunicativo	Prevención o disuasión	Reinserción o resocialización
Retribuir el mal causado con un mal proporcional.	Expresar rechazo social a ciertas conductas consideradas delitos a través del sistema penal y penitenciario.	Proteger a la sociedad a través de la imposición de un castigo que disuade sobre cometer un delito o incapacite para ello.	Reeducar/ rehabilitar a los ofensores o lograr su efectiva reinserción social.

FUENTE: elaboración propia con base en Umaña (2013).

Las visiones retributivas buscan castigar un mal causado con un reproche proporcional. La gran mayoría del discurso penal humanista moderno ha abandonado la retribución por el ideal de la prevención. Algunos autores contemporáneos, como Antony Duff (2003), defienden la idea comunicativa del derecho penal. Existen por lo menos dos posturas comunicativas de castigo. La primera sostiene que el castigo representa y da voz a los sentimientos morales de la comunidad denunciando aquello que la comunidad desaprueba (Wood, 2010b, p. 473).¹⁵ Así, el castigo es una denuncia, una expresión de reproche de la comunidad hacia el individuo ofensor. La segunda visión establece que el castigo no intenta simplemente comunicar censura, sino también persuadir a los ofensores. La comunicación, en este sentido, es un acto entre dos o más sujetos que intercambian ideas y opiniones (Wood, 2010b). Por ello, el castigo no debe ser simplemente un mensaje de reproche (o tener meramente un fin retributivo), sino ser un intento de intercambio entre pares. Bajo esta visión, además, el castigo no solo debe cumplir con la función de reproche, sino

munidad política cualquiera de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es quizá el problema más clásico de la filosofía del derecho" (Ferrajoli, 2006, p. 278).

- 15** La denuncia puede no ser vista como el fin último sino como una forma de fortalecer los valores sociales. Sin embargo, como nota Wood, la función del Estado, por lo menos en una visión liberal, no puede ser la de fortalecer los vínculos sociales, especialmente no a través del derecho penal (Wood, 2010a, p. 474). Más aun, ¿por qué es el Estado el responsable de imponer castigos?

servir para hacer algún bien (Duff, 2003). Desde la visión de la postura comunicativa, por tanto, es difícil justificar que, bajo las condiciones actuales de los sistemas penitenciarios en la región, el encierro en una cárcel sea una forma efectiva de comunicar un reproche para disuadir a alguien de cometer nuevamente un delito.

El fin de prevención o disuasión, por su parte, obedece a una visión instrumentalista que afirma que aun cuando la imposición del castigo conlleva costos (tanto para la sociedad como para la parte ofensora), estos son aceptados debido al beneficio ulterior –la prevención– que se supone se logrará. Desde esta visión, por tanto, para justificar la imposición de castigos (por ejemplo, el uso de cárceles) no solo se debe demostrar que de hecho el castigo logra su fin, sino que se debe además demostrar que logra producir más beneficios que costos o perjuicios (Duff, 2003).¹⁶ Asimismo, debe mostrarse que el castigo, y las formas específicas de castigo que se eligen son las mejores para lograr dicho fin. En el mismo ejemplo de la siembra de la marihuana, antes de la tipificación penal y el establecimiento de la correspondiente sanción debe mostrarse que esa medida –y no alguna otra alternativa no punitiva– es la mejor forma de prevenir el ulterior daño a la salud.

Las teorías preventivas tienen su fundamento en motivar al ofensor –y a los ciudadanos– a no lesionar los bienes que la sociedad considera más valiosos, ni poner en peligro un bien jurídico penalmente protegido. Este propósito se lograría a través de cuatro funciones que pueden cumplir las penas privativas de libertad: la prevención general positiva, conforme a la cual la pena propicia el reconocimiento y la asimilación de una norma de comportamiento por toda la sociedad; la prevención general negativa, que consiste en que la pena se convierte en un factor de inhibición psicológica para delinquir; la prevención especial negativa, conforme a la cual la pena neutraliza al delincuente para que cometa nuevos crímenes; y la prevención especial positiva, que considera que la pena debe tener la función de resocializar a la persona que delinque, bajo la idea de preparar al individuo para su reintegración a la sociedad (Sánchez, 2015). No obstante, desde las ciencias sociales se ha mostrado que los sistemas de derecho cuyo cumplimiento depende única o principalmente de la

16 Además de considerar el costo para el infractor, y los costos sociales y económicos, debe considerarse que todo sistema de derecho penal puede equivocarse y castigar a inocentes o dejar impunes a culpables.

amenaza e imposición de castigos suelen ser débiles ya que necesitan ser reforzados por la moral colectiva y los controles informales (Tyler, 2014). Asimismo, un importante grupo de teóricos del derecho penal cuestionan la legitimidad de políticas de resocialización o reformatorias (Duff, 2003; Hampton, 1992; Burgh, 1982), ya que esta visión es poco respetuosa de la libre determinación de las personas y frecuentemente las entiende como medios, no fines en sí mismos.

Existen serios indicios de que los centros penitenciarios de la región no cumplen la visión preventiva de la pena, e incluso sugieren que el encarcelamiento masivo puede estar generando consecuencias adversas. En uno de los estudios empíricos más detallados para el caso de Estados Unidos, el Centro Brennan para la Justicia identificó que, considerando distintos factores, el incremento del encarcelamiento en ese país explicó menos del 6 % de la reducción de los delitos contra la propiedad en la década de los noventa –y no tuvo ningún efecto en la década siguiente– (Roeder, Eisen y Bowling, 2015). El estudio sugiere que los beneficios del encarcelamiento masivo sobre el control de la delincuencia fueron marginales y decrecientes, evidencia compatible con la aportada por otras investigaciones (Steven y Stoll, 2014; Stemen, 2007).

También existe evidencia de que algunos de los Estados que más esfuerzos han hecho para reducir su población carcelaria en Estados Unidos lograron una disminución mayor de los delitos violentos que el promedio nacional (The Sentencing Project, 2015). Otros estudios muestran que el encarcelamiento tiene efectos muy débiles en reducción de reincidencia (Clear *et al.*, 2014; Cullen, Jonson y Nagin, 2011), e incluso puede generar mayores probabilidades de reincidir en conductas criminales en comparación con sanciones alternativas, y en particular cuando afecta a personas que han cometido delitos menores –lo que se conoce como efecto criminógeno– (Corporación Andina de Fomento, 2014, p. 90; Aizer y Doyle, 2013; Killias, Villetaz y Zoder, 2006; Di Tella y Schargrotsky, 2013). En otros términos, para usar una expresión recurrente en algunos países de la región, en vez de prevenir el crimen, las cárceles parecen estar funcionando como verdaderas “escuelas” para reincidir en él. Pero además, al producir un efecto estigma sobre las personas privadas de la libertad, que las desconecta de sus vínculos sociales y reduce la probabilidad de reinserción laboral futura, se hace más probable la reincidencia delictiva (Corporación Andina de Fomento, 2014, pp. 203-204).

La política de encarcelamiento masivo ha resultado, además de los problemas descritos, muy costosa. En Estados Unidos, según el Instituto Vera de Justicia (2012, p. 9) se estima que el costo promedio por recluso para el año 2010 ascendía a USD 31.286. El gasto en el sistema penitenciario se estimaba en un total de USD 39.000 millones al año, según una muestra de 40 estados analizada en el informe mencionado. El gasto a nivel estatal en establecimientos correccionales se incrementó en 400 % entre 1980 y 2009, superando a cualquier otro rubro del presupuesto, con excepción del seguro de salud subsidiado Medicaid (Schaffer, 2016, pp. 3 y 12). En Argentina, para el año 2014, en los cinco principales servicios penitenciarios, que concentran más del 75 % de los reclusos, el gasto en servicios penitenciarios ascendía a 9.883 millones de pesos, equivalente a USD 1.021 millones¹⁷ (Corda, 2016). Pese a la ausencia de datos consolidados, en Brasil se estima que, en 2013, alrededor de 4,9 miles de millones de reales se gastaron en prisiones y unidades socioeducativas, lo que equivale a USD 20.896 millones. En Colombia, en los últimos 14 años, con base en datos suministrados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), se estima que el costo de mantener a las personas en prisión entre el periodo 2001-2014 habría ascendido a USD 25.765 millones, equivalente al 6 % del PIB de 2014 (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017). Aunque el gasto per cápita de los países de América Latina en sus sistemas de justicia penal, comparados con otros como Portugal o España, es inferior (incluyendo el componente penitenciario), su esfuerzo en términos del PIB es igual o mayor al de estos países (Corporación Andina de Fomento, 2014, p. 228).

Los costos del encarcelamiento, sin embargo, no se reducen a un tema económico. Aunque no han sido estudiados sistemáticamente en América Latina, el encarcelamiento implica otros impactos adversos para las personas en prisión, sus familias y las comunidades a las que pertenecen. Para las personas en prisión implica consecuencias psicosociales, en su salud física y mental, en su autoestima, en sus relaciones sociales y en sus posibilidades de obtener un empleo decente e ingresos adecuados tanto durante el encarcelamiento como posteriormente. Para las familias, el encarcelamiento puede implicar desde una mayor vulnerabilidad económica

17 El cálculo en dólares se basa en la tasa de cambio de mediados de 2014, aunque se debe tener en cuenta tanto la fluctuación cambiaria como la equivalencia en el mercado ilegal de la moneda. Ver Corda (2016).

y estigmatización, hasta la ruptura del núcleo familiar y la presión para que algunos de los miembros se vinculen a actividades delincuenciales. Estos costos son, además, especialmente sentidos por las mujeres que son las que principalmente visitan y pagan los costos económicos de las cárceles (Pérez Correa, 2015). El interés superior de niños y niñas también puede verse seriamente afectado, pues una creciente literatura muestra cómo enfrentan impactos adversos y peores resultados educativos y de otra índole con el encarcelamiento de sus padres (Saavedra, Lappado, Bango y Mello, 2014; Robertson, 2012; Rosenberg, 2009; Tomkin, 2009). La concentración del encarcelamiento en personas de ciertas poblacionales o comunidades, además de pérdidas económicas, puede generar efectos de estigmatización y mayores violencias en su contra por parte de las instituciones u otros miembros de la sociedad. Por otra parte, el encarcelamiento suele terminar agravando las desigualdades existentes en una sociedad, deteriorando la movilidad social, la cohesión y la confianza en las instituciones.¹⁸

Teniendo en cuenta sus enormes costos y sus dudosos beneficios en algunos países, como en Estados Unidos, se ha empezado a abrir un debate que cuestiona el encarcelamiento masivo como respuesta inadecuada y poco costo-efectiva frente a la delincuencia (Schaffer, 2016). Según investigaciones del Washington Institute for Public Policy (WSIPP), la inversión en terapia familiar de menores reporta 11 dólares de ahorro por cada dólar invertido, y los programas de educación de adultos pueden rendir hasta 20 por cada dólar invertido, las cuales pueden ser inversiones más costo-efectivas en términos de reducción de la delincuencia, para solo mencionar algunas que tienen retornos sociales mayores que los invertidos en mantener a una persona encarcelada (WSIPP, 2015).

En América Latina, como se señaló, la evidencia acerca de la costo-efectividad de distintos programas sobre la reducción de la delincuencia favorece ampliamente la inversión en primera infancia, la promoción de ambientes familiares adecuados y las intervenciones en la escuela que reducen la propensión a cometer delitos; y en el corto plazo, las intervenciones que afectan el entorno en que ocurre y reducen las oportunidades de comisión de delitos (CAF, 2014). No obstante, el debate se ha dirigido a contener, e incluso retraer, la escalada punitiva que ha implicado no solo

18 Para un análisis de los estudios que cuantifican y documentan estos y otros impactos del encarcelamiento en Estados Unidos puede consultarse el trabajo del National Research Council (2001, pp. 157-319).

un aumento general de las penas impuestas para casi todos los delitos, sino también de las conductas consideradas delictivas (Uprimny *et al.*, 2012). Esto, como se muestra en el siguiente capítulo, es especialmente cierto para los delitos de drogas.

Recapitulación: sobredosis carcelaria, crisis penitenciaria e irracionalidad del encarcelamiento masivo

En este capítulo se presentó evidencia que muestra que el continente americano abusa del encarcelamiento, pues los Estados de las Américas ejercen una presión punitiva sobre su población a través de la privación de la libertad en niveles superiores a los de cualquier otro continente del mundo. Aunque las mujeres representan una minoría dentro del total de la población carcelaria, la presión punitiva ejercida sobre ellas en los últimos años ha aumentado a un ritmo mayor que en el caso de los hombres. Adicionalmente, la región abusa de forma alarmante de la prisión preventiva.

Estos fenómenos, sumados a la incapacidad de los Estados por mantener sistemas penitenciarios acordes con los estándares de derechos humanos, ha ocasionado una crisis sistemática de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad que se refleja en niveles extremadamente altos de hacinamiento, condiciones de reclusión precarias, incompatibles con la dignidad humana, y desnaturalización de la función resocializadora de la cárcel. Esta política genera unos costos de oportunidad enormes en el uso de los recursos y una pérdida de legitimidad de las instituciones del sistema de justicia. No obstante, los impactos en términos de reducción de la delincuencia son muy débiles, o incluso contraproducentes cuando la persecución penal se concentra en delitos menores. Además, el recurso al encarcelamiento resulta una opción más costosa y menos efectiva frente a otras alternativas para afrontar los fenómenos delictivos.

En el capítulo II se muestra que el uso prevalente y extendido del derecho penal para responder al fenómeno de las drogas ilícitas no solamente es una política equivocada por razones éticas y de política pública, sino que es una de las principales causas de la crisis del encarcelamiento masivo que padecen los países de la región.

II. LA CÁRCEL COMO RESPUESTA A LAS DROGAS: USOS Y ABUSOS DEL DERECHO PENAL

Los países de las Américas han priorizado la respuesta penal sobre otras respuestas más efectivas, humanas e inteligentes frente a las drogas. La política de encarcelamiento masivo ha sido muy costosa y sus efectos en términos de contención del abuso de drogas, reducción del tamaño de los mercados ilegales o su contribución a la seguridad han sido nulos e incluso contraproducentes. Este capítulo expone, primero, una breve historia de la legislación penal en materia de drogas en los países de la región; en esta sección se muestra la inflación punitiva que ha habido en respuesta al fenómeno de las drogas. Segundo, se muestra cómo los principios generales del derecho penal se han distorsionado (o simplemente violentado) en el abordaje de toda clase de conductas relacionadas con drogas. En esta subsección se muestran las disposiciones vigentes que, a lo largo del proceso penal, han hecho que los delitos de drogas impacten, en mayor medida, las tasas de encarcelamiento de los países estudiados. En estos incluimos los factores de mayor punición en la etapa judicial y garantías procesales recortadas que existen para las personas acusadas por delitos de drogas. Por último, se muestra que hay razones empíricas sólidas en contra de continuar respondiendo al fenómeno de las drogas, y en particular a los delitos menores, a través del derecho penal y del uso de la cárcel.

La evolución de la legislación en materia de drogas en los países de las Américas

Si bien existen diferencias en las trayectorias nacionales, la evolución de la legislación en materia de drogas en los países estudiados puede clasificarse, a grandes rasgos y con variantes por país, en cuatro periodos.¹ El

¹ Este esfuerzo de periodización no quiere decir que necesariamente todos

primero es un periodo de *regulación administrativa* que, con algunas excepciones, se extendió hasta finales de la década de los sesenta del siglo XX. Este periodo se caracteriza por un uso marginal del derecho penal como instrumento para responder al fenómeno de las drogas, la aplicación de regulaciones sanitarias frente al consumo, y de multas frente a las actividades de producción y comercialización.

El segundo periodo va desde la década de los sesenta hasta los ochenta, y corresponde a un periodo de *asimilación* de las normas del sistema internacional de control de drogas. México fue de los primeros países en usar el derecho penal para regular las drogas. Desde 1920 se prohibió penalmente en este país la marihuana al relacionar su consumo con conductas perniciosas. Estados Unidos –quien como precursor mundial de la prohibición empezó a criminalizar varias conductas desde los años cuarenta– inició una ofensiva diplomática y con mecanismos de presión externa que llevarían a la consolidación de un derecho internacional represivo e inflexible en materia de control de drogas (Hari, 2015). En los demás países de la región, sin embargo, fue a finales de la década de los sesenta, o anterior en algunos casos, cuando se establecieron las primeras sanciones penales frente a conductas relacionadas con drogas. A partir de entonces se dio paso a la imposición homogénea de políticas de endurecimiento penal impulsada por la incorporación al derecho interno de las convenciones internacionales de fiscalización de drogas de las Naciones Unidas.² Los historiadores del sistema de control de drogas han documentado ampliamente la forma en que esta incorporación se dio a través de una agresiva diplomacia, que combinaba amenazas comerciales y otros mecanismos de presión (McAllister, 2012, pp. 10-16; Macleod y Hickman, 2010; Pearson, 2004), y se basó en un discurso ideológico que ignoraba la evidencia científica (Davenport, 2003; Bewley-Taylor, 2001; McAllister, 2000).

los países hayan experimentado los mismos procesos de manera simultánea. Como toda periodización histórica hay que reconocer que en algunas ocasiones los países experimentaron las características de un periodo determinado de la política de drogas mucho antes del año que indicamos. Lo relevante, en todo caso, es lo que caracteriza cada periodo, independientemente de la cronología del país específico.

- 2 Estas son: la Convención Única sobre Estupefacientes (1961), según las modificaciones del Protocolo de 1972; el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas (1971) y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988).

El tercer periodo, de *reforzamiento punitivo*, tuvo lugar en los años noventa, bajo dos lógicas que operaron con diferente intensidad de acuerdo al contexto de cada país: por un lado, se impulsó el discurso de la seguridad nacional, con el que la guerra contra las drogas se justificó como una forma de combatir el crimen organizado o la amenaza contrainsurgente y, por otro lado, bajo el discurso de la seguridad pública. Sin embargo, durante este periodo empezaron a abrirse paso en algunos países respuestas alternativas a la represión penal del consumo, por iniciativa de la sociedad civil o del poder judicial. En esta etapa también se implementaron programas de desarrollo alternativo como un enfoque sustituto o complementario a la respuesta penal frente a la producción.

Finalmente, el cuarto periodo –en el que todavía nos encontramos– es contradictorio, y oscila entre el avance de enfoques de salud pública, derechos humanos y desarrollo alternativo, por un lado, y las herencias punitivas, por otro. Se trata de un periodo en el que los países han ganado autonomía relativa para formular sus políticas de drogas, lo que ha llevado a innovaciones importantes en algunos temas. Ejemplos de ello son la nacionalización de la política de drogas y el deslinde de la política de la hoja de coca en Bolivia; los indultos y la reforma al Código Penal en Ecuador; los avances en el reconocimiento del consumo y del porte para consumo como un derecho por parte de los tribunales constitucionales en Colombia, México o Argentina, o la regulación del cannabis para fines recreativos en Uruguay. Sin embargo, de manera simultánea coexiste un discurso de mano dura que amenaza con afianzar el uso del derecho penal (frecuentemente con regímenes de excepción frente a fenómenos como el microtráfico o la delincuencia organizada), o con revertir los avances en búsqueda de un enfoque más equilibrado y sanciones más proporcionales –como ha ocurrido de manera reciente en Ecuador–. Esta tendencia latente al endurecimiento parece un fenómeno independiente de las orientaciones ideológicas de los gobiernos, pues tanto gobiernos de derecha como de izquierda se inclinan por una mayor punición en el tema de drogas cuando se ven afectados por crisis de gobernabilidad o de popularidad (Sozzo *et al.*, 2016; Iturralde, 2010). La tabla 4 presenta, a grandes rasgos, los hitos normativos en los nueve países de América Latina que abarca este estudio en cada una de estas etapas.

TABLA 3**Etapas de la evolución de la legislación y las regulaciones sobre drogas en nueve países de América Latina**

Argentina	
Regulación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 4.687 de 1905, regulaba el ejercicio de la farmacia y sancionaba con multas la infracción a sus reglamentos. ▪ Decreto 17 de mayo 1919, primera norma sobre sustancias específicas. Crea mayores controles sancionables con las multas de la ley 4.687. ▪ Ley 11.309 de 1924, incorpora el tema de narcóticos y alcaloides y establece como delito la introducción clandestina al país, y su venta sin receta médica o en dosis mayores a las indicadas por quienes estuvieran autorizados. ▪ Ley 11.331 de 1926, instauró posibilidad de penar la posesión o tenencia ilegítima de esas sustancias; aún no se discriminaba entre traficantes y consumidores.
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Aprobación de la Convención Única de Estupefacientes de Naciones Unidas de 1961 y seguidamente se sanciona la Ley 17.818 que regula aspectos administrativos vinculados a dichas sustancias. ▪ Ley 17.567 de 1968, en consonancia con el modelo de legislación internacional aumentó las penas y amplió el repertorio de conductas prohibidas, y contemplaba ya el delito de “materias primas”. ▪ En 1977 se aprueba el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971.
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 20.771 de 1974, primera ley penal especial sobre estupefacientes que continuaba ampliando escalas penales y conductas, incorporaba la siembra, cultivo y guarda de semillas. “Todo drogadicto es potencialmente un traficante de estupefacientes”. ▪ Ley Fallo “Colavini” de 1978, a quien se le imputaba la posesión de dos cigarrillos de marihuana, se afirmó la constitucionalidad de la punición de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. ▪ Ley 23.737 de 1989, sanciona la actual Ley de Estupefacientes que mantiene los delitos referidos al tráfico de estupefacientes con una escala penal mayor; mantiene la pena para tenencia simple o consumo personal, pero para este último caso establece medidas de seguridad, curativas y educativas. Existe una diferenciación entre tres clases de delitos: tráfico, tenencia simple y consumo, con abordajes distintos en cuanto a imposición de penas. ▪ Fallo “Montalvo” de 1990, reafirma la Constitucionalidad de la punición de la tenencia para consumo personal.
Búsqueda contradictoria de un mayor equilibrio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Fallo “Bazterrica” de 1986, se declara la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia para consumo personal. ▪ Fallo “Arriola” de 2009 que vuelve a declarar la inconstitucionalidad de la punición de la tenencia para consumo personal. ▪ Modificación a la Ley 23.737 a través de la Ley 26.052 de 2005, cuyo principal cambio fue la “desfederalización”.

Brasil	
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El Código Penal de 1940, en su artículo 281, establece el delito del comercio clandestino o facilitación del consumo de estupefacientes. ▪ En 1964 se refrendó la Convención Única sobre Estupefacientes. ▪ Ley 4.451 de 1966, incorpora como delito el cultivo de especies para la producción de drogas ilícitas. ▪ Decreto Ley 159 de 1967, extiende la prohibición legal a anfetaminas y alucinógenos. ▪ Decreto Ley 385 de 1968, establece una nueva legislación de drogas en el marco del régimen dictatorial: criminalizaba la conducta de consumidores equiparándola a la de traficantes. ▪ Ley 6.368 de 1976 (Ley de Estupefacientes), revoca el artículo 281 y unifica todas las leyes de drogas bajo una ley única especial. ▪ En 1977 se ratifica el Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971. ▪ En 1991 es promulgada la Convención contra Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988.
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 8.072 de 1990 o Ley de Delitos Graves, equipara el tráfico de drogas a la figura de “crimen hediondo”, donde se prohíbe la progresión de régimen (declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo), entre otros beneficios como la amnistía, la fianza, la gracia y el indulto. Otro aspecto prohibido fue la libertad en espera de juicio que vetaba el recurso del acusado en libertad y ampliaba los plazos para obtenerla.
Búsqueda contradictoria de un mayor equilibrio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 9.099 de 1995, reduce penas para el delito de consumo de estupefacientes. ▪ Ley 9.714 de 1998, continúa con la tendencia hacia la despenalización del consumo incrementando la aplicación de medidas penales preventivas para delitos perpetrados sin violencia. ▪ Ley 8.072 de 2006 o actual Ley de Drogas, si bien sigue la línea del prohibicionismo moderado, adopta la reducción de daños como política oficial; despenalización del consumo, equiparación del cultivo para consumo personal al consumo personal. Sin embargo, aumenta la pena mínima del delito de tráfico.

Bolivia	
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 171 de Estupefacientes de 1962, primer antecedente histórico de la Ley 1008 que determina tipos penales, configura delito el tráfico de estupefacientes y establece penas y medidas de seguridad diferentes a las existentes en el Código penal ▪ Ley 1008 de 1988 (Régimen de coca y sustancias controladas), criminaliza hoja de coca y pone en vigencia normas violatorias de derechos y garantías establecidos en la Constitución.
Búsqueda contradictoria de un mayor equilibrio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En 2001, retiro de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961. Posteriormente, en 2012, vuelve a adherirse con una reserva respecto de la hoja de coca y sus usos tradicionales, culturales y medicinales.

Colombia	
Regulación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 11 de 1920, prohibía la venta e importación de drogas que formaban hábitos perniciosos, sin la orden estricta de un médico, dentista o veterinario. ▪ Ley 128 de 1928, implementa sanciones y posibilita decomiso de sustancias estupefacientes. ▪ Código Penal de 1936, cambia la noción de uso del derecho penal para la defensa de la moral y la religión. Búsqueda de mecanismos para el aislamiento de lo anómalo y peligroso. Consumidor se consideraba peligroso.
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 45 de 1946, deroga artículo 270 del Código penal vigente para imponer penas privativas de la libertad y clarificar el tipo penal. Hasta este momento no se penalizaba el consumo, en los años cincuenta se empieza a penalizar el consumo de marihuana. ▪ Decreto 1669 de 1964, mejora definiciones sobre tipificaciones de conductas como cultivo, tráfico, y comercio de estupefacientes. ▪ Decreto 118 de 1970, expide el Estatuto de Contravenciones, donde se tipificó como falta el almacenamiento, elaboración, distribución y venta o suministro de marihuana, cocaína, morfina o cualquier otra droga. ▪ A partir de la década de los setenta, se empezaron a incorporar al derecho interno las Convenciones de 1961, 1971 y 1988 de las Naciones Unidas. A esto se sumó la proliferación de tipos penales para sancionar un amplio número de conductas, con penas cada vez mayores, dentro de la legislación nacional. ▪ Decreto 522 de 1971, sanciona el tráfico y cultivo de marihuana, cocaína, morfina o cualquier otro tipo de droga, pero despenaliza su porte y uso en lugar privado, y en lugar público se sanciona con arresto de 1 a 3 meses. ▪ Decreto 1188 de 1974, se expide el primer Estatuto Nacional de Estupefacientes, se regulan de manera sistemática las definiciones para la aplicación de la legislación antidrogas, la necesidad de establecer políticas de regulación al consumo y los procedimientos para la regulación de sustancias incautadas. Se aumentaron las penas para el cultivo o la conservación de drogas, e incluso se estableció que la cantidad de drogas o sustancias que el sujeto lleva consigo correspondientes a una dosis personal, impondría arresto de un mes a dos años.
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 30 de 1986, expide un nuevo Estatuto Nacional de Estupefacientes que respondiera a la guerra contra las drogas. Instrumento de control y represión que pierde la dimensión preventiva y rehabilitadora de pasadas legislaciones. Resalta la penalización del consumo de cocaína, marihuana o cualquier sustancia estupefaciente, con penas que iban desde el arresto hasta el internamiento en centros de reclusión, incluso sin consentimiento. ▪ Sentencia C-221 de 1994, la Corte Constitucional declara inexecutable los artículos de la Ley 30 de 1986 que sancionan el porte y consumo de la dosis personal. Esta sentencia aborda, desde una perspectiva de derechos, el problema del consumo de estupefacientes.

Colombia	
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 890 de 2004, los delitos por estupefacientes sufren un incremento de la tercera parte en el mínimo y la mitad en el máximo. Se modificó el subrogado de la libertad condicional para supeditar su otorgamiento al pago total de la multa impuesta, lo mismo para la suspensión de la ejecución de la pena. ▪ Acto Legislativo 2 de 2009, reforma constitucional que prohíbe el porte y consumo de sustancias estupefacientes, con excepción de la prescripción médica, con el propósito de atacar la drogadicción como problema de salud pública. Plantea que el Estado debería garantizar el acceso a tratamientos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas con consumo problemático, siempre y cuando exista consentimiento informado del consumidor. ▪ Ley 1453 de 2011, expide el Estatuto de Seguridad Ciudadana para combatir la delincuencia urbana y evitar migración de los problemas de seguridad del campo. El artículo 11 elimina la expresión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, con el objeto de prohibir el consumo y porte de la dosis mínima.
Búsqueda contradictoria de un mayor equilibrio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En sentencia C-491 de 2012, la Corte Constitucional reiteró la inexequibilidad de la penalización del porte o conservación de dosis exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente. ▪ Ley 1709 de 2014, modifica el Código Penitenciario y Carcelario. Incluye dentro del catálogo de conductas punibles sobre las que no proceden subrogados penales, las violaciones de los derechos humanos, otras afectaciones a la seguridad pública y delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. ▪ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de marzo de 2016. Radicación 41760 SP2940 - 2016. Desarrollo de la doctrina de dosis de aprovisionamiento. Aclara que la tenencia para consumo no es objeto de sanción penal, no solo porque no cause un daño a un bien jurídico, sino porque no está tipificada como delito, incluso cuando sobrepasa los umbrales de tenencia definidos en la ley. La presunción de que la tenencia por encima de los umbrales es para fines distintos al uso personal, puede ser desvirtuada de acuerdo con la situación personal y las necesidades del usuario.

Costa Rica	
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 4544 de 1972, aprueba la convención de 1961. ▪ Ley 4990 de 1972, aprueba la Convención de 1971. ▪ Ley 5186 de 1973, aprueba Protocolo de modificación a la convención Única ▪ Ley General de Salud 5395 de 1973, se basa en las convenciones internacionales de drogas. La ley General de Salud, que reglamentó las disposiciones de la Convención Única de 1961, fue más allá al prohibir explícitamente el cultivo, importación, exportación, tráfico y uso del cannabis, coca y adormidera, así como sus semillas cuando tuvieran capacidad germinadora, sin diferenciar los posibles usos médicos o científicos. ▪ La Ley de 7198 de 1990, aprueba la Convención de 1988.

Costa Rica	
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 7398 de 1994, reforma el Código Penal y aumenta el máximo de las penas de 25 a 50 años de prisión. ▪ Ley de Psicotrópicos 8204 de 2002, se encarga de establecer sanciones penales relacionadas con las drogas que se consideran ilícitas. ▪ La Ley de Psicotrópicos tuvo cuatro versiones: Ley 7093 de 1988; Ley 7786 de 1998, que incluyó la Convención contra el tráfico ilícito estupefacientes de 1988; Ley 8204 de 2002 y Ley 8719 de 2009 o Ley de Fortalecimiento de la legislación contra el terrorismo.
Búsqueda contradictoria de un mayor equilibrio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 9074 de 2012, reforma artículos de la Ley 8204. ▪ Ley 9161 (77bis) de 2013, proporcionalidad y especialidad de género en la Ley 8204.

Ecuador	
Regulación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley de control del opio de 1916 ▪ Ley de 1924, sobre importación, venta y uso del opio y sus derivados, y de los preparados de la morfina y cocaína.
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Suscripción de tres convenciones internacionales en 1961 (Convención Única sobre Estupefacientes), 1971 (Convenios sobre Sustancias Psicotrópicas) y la Convención contra el tráfico ilícito estupefacientes de 1988. ▪ Ley sobre Tráfico de Materias Primas, Drogas y Preparados Estupefacientes de 1958: su principal característica es la introducción del término tráfico. ▪ Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes de 1970. ▪ Ley de Control y Fiscalización del tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicoactivas de 1974. ▪ La Ley de Control y Fiscalización del tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicoactivas de 1987.
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El proyecto de Código Orgánico Integral Penal (COIP) presentado en 2011, concentra todos los delitos dispersos en el resto del ordenamiento jurídico, más de 200 leyes además del Código Penal vigente de 1938, retocado en los años setenta. La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (Ley 108 de 1990), instrumento principal de la guerra contra las drogas. ▪ Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socioeconómico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización de 2015.

México	
Regulación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Las Constituciones de 1824 y 1857 no señalaban disposiciones destinadas a la regulación, comercio o consumo de sustancias, es hasta 1908 que se introducen reformas en materia de legislación de salubridad general. ▪ En 1912 se suscribe la Convención de La Haya, ratificada por el Senado hasta 1924.

México	
Regulación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En 1916 se crea el Consejo de Salubridad General. Se restringe la producción, comercio y consumo. ▪ Con el Decreto de 1920 “Disposiciones sobre el cultivo y comercio de productos que degeneran la raza”, la marihuana se convertía en una sustancia prohibida. ▪ En 1923 se establece la prohibición de importación de narcóticos. ▪ En 1927 se prohíbe exportación de heroína y marihuana, marcando el inicio del tráfico ilegal a través de la frontera.
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El Código Penal de 1929 tipificaba como delito contra la salud, además de la elaboración y el comercio, la “importación, siembra, cultivo, cosecha, compra, venta, enajenación, uso y ministración”, sin contemplar la posesión. ▪ En 1931 es formulado el Título Séptimo del Código Penal Federal, que regula los delitos en contra de la salud. Entra en vigencia el Reglamento general de Toxicomanía. Se intenta incluir la posesión dentro de la tipificación de delito, aunque el toxicómano es abordado como una persona que requiere atención médica, mas no como un delincuente. ▪ En 1940 es reformado el Código Penal Federal. Dentro del Título Séptimo se establece el capítulo “De la tenencia y tráfico de enervantes”. ▪ La Gran Campaña de erradicación de cultivos tiene lugar en 1948. ▪ En 1961, México participa en la reunión para la formulación y adopción de la Convención Única sobre Estupefacientes. ▪ En 1975 es ratificada la Convención de Sustancias Psicotrópicas de 1971, en este momento era el principal proveedor de heroína y marihuana para Estados Unidos. ▪ En 1978 se reforma el Código Penal Federal, especialmente respecto al consumo y tratamiento de adictos. ▪ Ley General de Salud en 1984. ▪ En 1990 se ratifica la Convención contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ En 1994 se introducen reformas al Código Penal Federal, conformando gran parte de la legislación vigente del país en materia de drogas: se utiliza el lenguaje de narcóticos; hay un aumento importante en las penas para casos de producción, transporte, tráfico, comercio y suministro, elevando a un mínimo de 10 años y un máximo de 25; se disminuyen penas por siembra, cultivo y cosecha. Respecto al consumo, se establece que: “No se procederá en contra de quien, no siendo farmacodependiente, se le encuentre en posesión de alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193, por una sola vez y en cantidad tal que pueda presumirse está destinada a su consumo personal”, y “al farmacodependiente que posea para su estricto consumo personal algún narcótico de los señalados en el artículo 193 no se le aplicará pena alguna”. ▪ La Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996, elevó exponencialmente las penas por cualquier delito que se considere cometido en asociación delictuosa y se establece la figura de arraigo, la cual permite detención y privación de la libertad por 180 días sin que exista ninguna acusación, orden de aprehensión o sin haber sido detenida por cometer un delito en flagrancia.

México	
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> En 2009, reforma en materia de narcomenudeo, se penaliza como narcomenudeo la posesión de sustancias por encima de las establecidas en la Tabla de Orientación en la Ley General de Salud.
Búsqueda contradictoria de un mayor equilibrio	<ul style="list-style-type: none"> Reforma en materia de narcomenudeo, 2009, decreto que reforma a la Ley General de Salud, el Código Penal Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales. Distingue a narcomayoristas de narcomenudistas y consumidores. Sin embargo, se establecen dosis de posesión para consumo muy bajas. Caso Smart, SCJN (Amparo en Revisión 237/2014), declaró inconstitucional la prohibición absoluta del consumo por violentar el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, la decisión de la Corte solo tiene efectos para los cuatro quejosos.

Perú	
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> Decreto Ley 22095, “Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas” (1978): producción, consumo y comercialización ilícita de drogas se sancionará con penas de privación de libertad. Decreto Legislativo 122 de 1981, otorga facultades legislativas al Ejecutivo y marca inicio de que el Congreso no legisla. Introduce mejoras en materia de derecho penal y derecho procesal. Pero establece que no es reprimible el que, sin contar con autorización médica, posea droga en dosis personal para su propio e inmediato consumo.
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> Nuevo Código Penal, Decreto Legislativo 635 de 1991. Tipificó ciertas conductas, e incluyó cadena perpetua como pena máxima cuando “el agente actúa como cabecilla o dirigente de una organización destinada al tráfico de drogas a nivel nacional o internacional”. Ley 26.320 de 1994, define las cantidades en las figuras de microcomercialización. Ley 26.332 de 1994, incorpora al Código Penal la penalización de la comercialización y el cultivo de plantaciones de adormidera. Ley 27.024 de 1996, excluye a agentes involucrados en tráfico de drogas de acogerse a beneficios penitenciarios de redención de la pena. Ley 27.817 de 2002, regula la penalidad de formas agravadas de microcomercialización y revisa definición de pequeña cantidad de droga. Ley 28.002 de 2003, modifica Código Penal en artículos 296 (promoción o favorecimiento de tráfico ilícito), 297 (formas agravadas), 298 (microcomercialización y microproducción) y 299 (posesión no punible de drogas). Elimina cadena perpetua para cabecillas o siembra compulsiva. Ley 29.037 de 2007, incorpora al Código lo relativo al tráfico de insumos químicos y productos. Decreto Legislativo 982 de 2007, intento de hacer frente a demanda de drogas sintéticas, incluye el éxtasis en el Código Penal.

Uruguay	
Regulación administrativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ El Código Penal de 1934, en su artículo “Comercio de la coca, opio o sus derivados” establecía penas de 6 meses a 5 años a quien fuera de las circunstancias previstas ejerciera el comercio, tuviera en su poder o fuera depositario. ▪ Ley 9692 de 1937, tenía como finalidad adecuar a la legislación interna en Convenio Internacional del Opio celebrado en 1912 en La Haya y la Conferencia para la limitación de estupefacientes de Ginebra de 1931.
Asimilación de convenciones internacionales	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Decreto Ley 14.294 de 1974, derogaba la ley 9692. Estableció numerosas figuras penales, adoptó la lista de sustancias prohibidas de las Convenciones de 1961 y 1971, e incorporó numerosas remisiones a estos instrumentos internacionales. ▪ Ley 17.016 de 1998, sustituye varias disposiciones del Decreto Ley 14294, este se encuentra actualmente vigente con las modificaciones realizadas por la Ley 17016. Adicional a las sustancias estupefacientes y psicotrópicas de las que ya se hablaba hasta el momento, se introdujeron también los precursores químicos u otros productos químicos. Esta ley disminuyó los mínimos de pena para todos los delitos de drogas, llegando a mínimos de 20 meses de prisión, con lo cual los transformó en excarcelables.
Reforzamiento punitivo	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 17.835 de 2004, referida al Sistema de prevención y control del lavado de activos y de la financiación del terrorismo. Introduce el marco legal para diferenciar los distintos niveles de tráfico. Especialmente se propone focalizar las acciones de gran escala y endurecer las penas para quienes dirigen la cadena de producción y comercialización de estupefacientes, haciendo el delito inexcusable.
Búsqueda contradictoria de un mayor equilibrio	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley 19.007 de 2013, establece medidas de agravamiento de las penas para los delitos vinculados a la pasta base. ▪ Ley 19.172 de 2013, regulación del cannabis.

FUENTE: elaboración propia con base en datos recolectados de los informes nacionales del CEDD.

Las distorsiones a los principios de la legislación penal en materia de drogas

Existe un consenso entre los teóricos del derecho penal acerca de que este no debe ser un recurso que el poder político utilice a discreción, para hacer frente a las coyunturas del momento, sino un recurso que solo debe ser usado como última instancia, cuando otras alternativas han sido probadas y han fallado (Duff, 2003).

Para garantizar que el uso del derecho penal responda a estos criterios, los Estados deben respetar límites en las distintas fases de la criminalización. De acuerdo con la Comisión Asesora de Política Criminal en Colombia (2012, p. 17), en primer lugar está la fase de “criminalización

primaria”. Esta se refiere al momento de definición legislativa de los delitos y las penas. En este punto, los Estados deben respetar una serie de “garantías penales”, como las que imponen los instrumentos de derechos humanos y las normas constitucionales de cada país, que contienen límites al establecimiento de penas basados en los principios de legalidad, lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, finalidad y razonabilidad de la pena. En segunda medida, en la fase de “criminalización secundaria”, esto es, en el ejercicio de la investigación de la responsabilidad penal (que también incluye a los agentes de policía), la acción del Estado debe sujetarse a una serie de “garantías procesales”, que enmarcan los requisitos que deben reunir la investigación y el proceso penal para ser legítimos y compatibles con los derechos fundamentales. Finalmente, hay una serie de principios constitucionales y de derechos que deben ser respetados en la “criminalización terciaria”, esto es, la fase de la ejecución de la pena (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 17).

Existen, sin embargo, serias razones para considerar que varios de estos límites no han sido observados con el debido cuidado por los Estados de las Américas en relación con el uso del derecho penal en materia de drogas.

En lo que atañe a la fase de la criminalización primaria, se ha señalado que el establecimiento de tipos penales para sancionar ciertas conductas relacionadas con drogas no es compatible con varios de los principios que rigen la aplicación del derecho penal (Uprimny, Guzmán y Parra, 2013, p. 21). Uno de esos principios es el de lesividad o antijuridicidad material. Conforme a este principio, solo pueden ser criminalizadas y sancionadas penalmente conductas que efectivamente vulneren o pongan en riesgo bienes jurídicos fundamentales, en la medida en que protejan los derechos y las libertades de las personas o las condiciones esenciales del orden social. Esto significa que, en un Estado democrático que respeta el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, no son punibles penalmente comportamientos que pueden ser peligrosos para la persona que los realiza o considerados inmorales por algún sector de la sociedad, pero que no representan en sí mismos un comportamiento lesivo para terceros. Ello no significa que el Estado no debe intervenir para proteger la salud de las personas, sino que no debe hacerlo usando el derecho penal. Un ejemplo es el uso del cinturón de seguridad. Si bien la falta de uso del cinturón representa un riesgo para la salud del conductor o los pasajeros, no sería apropiada una respuesta penal como forma de prevenir dicho riesgo.

Tampoco deben ser criminalizadas y sancionadas con penas privativas de libertad aquellas conductas que afecten bienes jurídicos de menor importancia, pues la restricción de la libertad es una carga tan fuerte para quien las sufre que solo puede aplicarse legítimamente cuando se trata de sancionar la afectación a un bien jurídico tan o más importante que ella (Comisión Asesora de Política Criminal, 2012, p. 19). Usando el mismo ejemplo del automóvil, sería desproporcionado sancionar con cárcel a quien con su vehículo obstruya una rampa para silla de ruedas. Si bien la conducta constituye un daño a terceros, el uso de cárcel es una respuesta desproporcionada y excesiva.

En el caso de los delitos relacionados con drogas, según la clasificación usual de los códigos penales, el bien jurídico que se pretende proteger es la salud pública. Sin embargo, aunque se trata de un bien jurídico importante, las conductas relacionadas con drogas que han sido tipificadas como delitos, no suelen generar daños concretos y de manera directa sobre dicho bien. Si acaso, puede existir un peligro de que se produzca un daño sobre la salud de la persona que ha decidido voluntariamente consumir esas sustancias. En todo caso, como se ha reconocido en varios países, el consumo de drogas es una actividad por la cual una persona puede optar libremente, amparada en derechos fundamentales como la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad, razón por la que, de ningún modo, debería ser objeto de sanción penal (Pérez Correa, Uprimny y Chaparro, 2016). Solo respecto de muy pocos tipos penales relacionados con drogas se podría establecer la existencia de un daño concreto y directo, como en el caso de suministro a menores, pues la distribución de drogas a niños, niñas y adolescentes podría implicar una afectación a su libre desarrollo de la personalidad (Uprimny, Guzmán y Parra, 2012, p. 14). La gran mayoría de conductas sancionadas –como la siembra, la producción, la distribución o la comercialización– generan solo un riesgo abstracto e indirecto de afectar la salud como bien jurídico protegido, lo cual no justifica el uso del derecho penal y la consiguiente restricción a otro bien jurídico tan importante como la libertad de las personas (y los demás derechos que indirectamente son afectados).

Otro de los principios afectados es el de proporcionalidad.³ Este principio establece que la respuesta penal no solo debe ser usada como

3 El principio de proporcionalidad penal tiene su fundamento en el principio de legalidad y está relacionado con la prohibición de penas o tratos

última instancia, sino que, además, debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe causar más problemas de los que pretende resolver (Bernal Pulido, 2007; Alexy, 2009).

A partir de la década de los sesenta la evolución de las leyes de drogas en la región se ha caracterizado por tres tendencias (Cicad-OEA, 2015, p. 13). Primero, un uso prevalente de la herramienta penal para enfrentar la vinculación a distintas actividades relacionadas con drogas en detrimento de estrategias de salud pública –como los programas de prevención o tratamiento– y de política social –como la creación de entornos protectores u oportunidades de empleo para evitar que las personas se vinculen a estas actividades–. En segundo lugar, se ha caracterizado por una criminalización expansiva, lo cual ha implicado un aumento tanto del número de artículos en los códigos penales que sancionan estas conductas, de los verbos rectores establecidos en dichos artículos, y del monto y los límites mínimos y máximos de las penas para sancionarlos (Uprimny, Guzmán y Parra, 2012, pp. 18-36). El tercer rasgo es que en buena parte de los países esta criminalización ha tendido a ser indiferenciada, pues suele imponer penas severas similares a comportamientos de gravedad muy disímil, sin hacer las distinciones necesarias entre las diversas poblaciones afectadas y la gravedad de las distintas conductas (Cicad-OEA, 2015, p. 13). Ello ha llevado al establecimiento de penas desproporcionadas, pues en algunos países el tráfico de drogas ha llegado a ser sancionado con penas más altas que las del homicidio o la violación sexual (Uprimny, Guzmán y Parra, 2012).

Además de la desproporcionalidad penal, la imposición de penas privativas de la libertad para sancionar toda suerte de conductas relacionadas con drogas es desproporcional en otros dos sentidos: en sentido utilitario en tanto que, como se verá más adelante, los costos que ha generado este

cruels, inhumanos o degradantes como garantía para la protección de la dignidad humana, así como en varios textos constitucionales de los países analizados. “En efecto, resulta cruel e inhumano imponer a una persona una pena que no guarde una razonable proporción con la gravedad de su conducta” (Uprimny, Guzmán y Parra, 2012, p. 15). Este principio puede descomponerse en dos: a) ofensas comparativamente graves deben ser castigadas con severidad similar (ofensas de seriedad no pueden ser castigadas con la misma dureza), y b) debe haber una relación justa entre el castigo o la sanción impuesta y el daño que se busca evitar (Pérez Correa, 2014a).

desbordamiento punitivo no se compensan con los escasos beneficios que reporta; y en sentido constitucional, por cuanto se trata de una medida que limita derechos fundamentales, pero no parece un instrumento adecuado, necesario y proporcional para garantizar la satisfacción de otros derechos fundamentales o de valores esenciales de convivencia (Uprimny, Guzmán y Parra, 2013).

Mencionamos a continuación algunos factores que llevan a una mayor punición en la etapa judicial y las formas en que se han recortado garantías procesales para quienes son acusados de delitos de drogas. Posteriormente, mostramos cómo diversas disposiciones han establecido la obligatoriedad de la cárcel para estos delitos.

Criminalización secundaria: factores de mayor punición en la etapa judicial y garantías procesales recortadas

En la mayoría de los países estudiados el sistema para la definición judicial de la responsabilidad penal y el monto específico de la pena (en años de cárcel) en materia de drogas se caracterizan por la inflexibilidad, la confusión de diversas conductas en un mismo tipo penal y la severidad. Dichos sistemas se caracterizan por tener regímenes especiales de garantías limitadas para delitos de drogas, un uso indiscriminado de la prisión preventiva y la prevalencia de la flagrancia, entre otros. Estas disposiciones, o la forma en que se aplican por los operadores judiciales, terminan por ejercer una mayor presión sobre los sistemas penitenciarios.

En todos los países se establecen penas mínimas obligatorias de acuerdo con factores que en cada jurisdicción juegan de manera distinta, tales como: la sustancia en cuestión; la cantidad; los móviles y fines de la conducta; la unidad o pluralidad de los agentes; las circunstancias de modo, tiempo y lugar del hecho ocurrido; las circunstancias personales de la persona sancionada; el nivel de participación del acusado; su aceptación de culpabilidad y sus antecedentes penales. El establecimiento de penas mínimas, como se verá más adelante, impide que en algunos países las personas condenadas por delitos de drogas puedan recibir beneficios en la ejecución de la pena. En países como en Perú (Mangelinckx, 2013) o en Ecuador tras la reforma del Código Orgánico Integral Penal, varios de estos factores son tenidos en cuenta, lo cual reduce el problema de la indistinción en la fijación de la pena. Sin embargo, en otros, los criterios que determinan la fijación de la pena son muy restringidos, como es el caso de Bolivia o Colombia. En Estados Unidos, un sistema de reglas federales determina las sentencias basadas en el nivel de gravedad del delito

y los antecedentes penales: las reglas incluyen 43 niveles y el más alto es la condena a perpetuidad. Aunque se permite cierto nivel de flexibilidad, los lineamientos para la determinación de sentencias contemplan muchas divergencias para incrementar la pena y pocas para reducirla. Al final, el juez puede modificar la sentencia si el lineamiento resulta excesivo, pero no por debajo de las penas mínimas obligatorias (salvo en contadas excepciones) (Schaffer, 2016, p. 6).

En algunos países, la reincidencia es usada como un factor relevante en la determinación de la pena o programas de alternativas al encarcelamiento. Sin embargo, dada la crisis de los sistemas penitenciarios de la región, la reincidencia no debiera ser asumida como una falla exclusiva del sentenciado, sino también del Estado. El uso de la reincidencia como factor de riesgo ha llevado a la imposición de sentencias desproporcionadas. Un ejemplo de ello es lo ocurrido en el estado de Louisiana, donde un hombre que había cometido dos delitos no violentos relacionados con drogas, con ocho y veinte años de anterioridad, fue sentenciado a más de trece años por la posesión de dos cigarrillos de cannabis,⁴ precisamente por sus antecedentes penales (Schaffer, 2016, p. 7). En este sentido, consideramos que la reincidencia no debería ser utilizada en leyes penales –ya sea de drogas u otras– como un factor que por sí solo permita excluir a una persona de programas de desvío o alternativas al encarcelamiento o para agravar su pena.

Al considerar la severidad de las penas, existen algunas disposiciones específicas que permiten la imposición de condenas más severas para sancionar los delitos de drogas. En Brasil, por ejemplo, pese a que la política criminal a partir de la nueva Constitución de 1988 ha tenido importantes avances como el establecimiento de mayores garantías procesales, se siguen manteniendo disposiciones poco garantistas frente a ciertos delitos. Tal es el caso de una categoría de delitos denominada “crímenes hediondos”, dentro de los cuales está contemplado el tráfico de drogas, inicialmente en el artículo 5º, inciso XLIII de la Constitución, y posteriormente definido en la Ley 8.072/90.⁵ Para tales crímenes han sido prohibidos ciertos beneficios como la amnistía, la gracia o el indulto, y el aumento del

4 Corte Suprema de Louisiana. State vs. Bernardo Noble. Caso No. 2014-K-0795. Recuperado de http://www.drugpolicy.org/sites/default/files/Amicus_Brief_Noble_0.pdf

5 Para un análisis más detallado de la figura de los crímenes hediondos en Brasil puede consultarse el texto de Boiteux (2006).

plazo para la liberación condicional (aunque posteriormente estas disposiciones fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Supremo) (Boiteux, Chernicharo y Leão de Aquino, 2016).

En Colombia, según el artículo 301 del Código Penal, quienes son capturados en flagrancia solo pueden recibir un cuarto del beneficio de reducción de la pena que reciben los imputados al aceptar cargos anticipadamente, es decir, una reducción de máximo el 12,5 % de la pena y no del 50 % como contempla el artículo 351 del Código. Esto resulta particularmente desventajoso para el caso de las personas procesadas por delitos de drogas, pues el 94,9 % de las capturas policiales por tráfico, porte o fabricación de estupefacientes se realizan en flagrancia, mientras que para el resto de los delitos esta clase de capturas desciende al 83,4 %. Este aspecto implica una desventaja en la etapa de judicialización que juega particularmente en contra de las personas capturadas por estas conductas, pues, incluso si aceptan cargos, recibirán una condena más dura al no poder beneficiarse de rebajas mayores (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017).

En materia de garantías procesales, Alejandro Madrazo y Antonio Barreto han mostrado cómo la guerra contra las drogas ha justificado el menoscabo y gradual debilitamiento de valores constitucionales básicos, incluidas las garantías procesales en varios países de la región (Barreto y Madrazo, 2015). Entre los *costos constitucionales* de la guerra contra las drogas está la introducción en las décadas de los ochenta y noventa en Colombia de regímenes judiciales de excepción para responder a la amenaza de los carteles del narcotráfico. Ejemplo de ello es el Estatuto para la Defensa de la Justicia, que recogía instituciones procesales como la “justicia sin rostro”, un sistema que permitía la existencia en el proceso penal de jueces y testigos secretos, entre otros aspectos problemáticos.⁶ Evaluaciones posteriores señalaron los gravísimos costos que tal justicia

6 “El Estatuto para la Defensa de la Justicia, expedido por el entonces presidente César Gaviria, recogía, además de la justicia sin rostro, las innovaciones en materia procesal puestas en marcha por la jurisdicción de orden público y suponía retrocesos evidentes en materia de independencia investigativa. Este estatuto otorgaba amplias facultades de policía judicial a las Fuerzas Militares, a la par que restaba capacidad de actuar autónomamente al Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Mientras las primeras podían adelantar *motu proprio* investigaciones preliminares, el segundo solo podía llevar a cabo aquellas investigaciones que les fueran comisionadas por decisión del juez de Orden Público” (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013, p. 217).

representaba en materia de garantías procesales, costos que además no eran contrarrestados por una mayor eficacia en la lucha contra el crimen organizado (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013, p. 217).

Un ejemplo más reciente de los costos constitucionales es la introducción de un régimen excepcional para combatir al crimen organizado en México. A poco menos de dos años de haber declarado la guerra contra las drogas, el expresidente mexicano Felipe Calderón logró establecer, a nivel constitucional, un régimen penal especial –de derechos reducidos, y poderes y discrecionalidad policiacos amplificados, prohibidos en el régimen ordinario– para perseguir al “crimen organizado”. Entre otras, se incluyó la figura del *arraigo* a la Constitución, bajo la cual las personas pueden ser detenidas, sin comunicación y sin cargos formales, hasta por 80 días si se considera necesario para cualquier investigación de “crimen organizado”.⁷ El uso del arraigo no ha sido excepcional ni solo para enfrentar al crimen organizado. Una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones y Docencia Económica (CIDE) a personas sentenciadas y privadas de la libertad en Centros Federales muestra que 27 % de los encuestados declaró haber estado arraigados antes de que se formularan los cargos en su contra; pero solo 14,6 % de los condenados fueron sentenciados por delitos cometidos en la modalidad de “delincuencia organizada” (Pérez Correa y Azaola, 2012). En otras palabras, en casi la mitad de los casos se hizo un uso de la figura por fuera de su propósito constitucional.

En Argentina, recientemente, el presidente declaró, por medio del Decreto 228 de 2016, la emergencia de seguridad pública en todo el territorio nacional por el lapso de un año, con posibilidad de prórroga.⁸ La medida tiene como objetivo revertir la “situación de peligro colectivo” creada por el “delito complejo y el crimen organizado”; bajo el catálogo de delitos se incluyeron el tráfico, la producción y fabricación de estupefacientes.

7 Además del *arraigo*, los elementos que conforman este régimen paralelo son: i) la posibilidad de una retención policial ampliada al doble de tiempo (4 días) que en régimen penal ordinario, antes de ponerle a disposición el juez (art. 16); (ii) la incomunicación en la cárcel (exceptuando la comunicación con su abogado defensor) (art. 18); (iii) la compurgación de penas en centros de reclusión “especiales”, separados de la población general (art. 18); (iv) una autorización para establecer medidas, no especificadas, de vigilancia “especial” (art. 18) y (v) y sin derecho a saber quién es el acusador (art. 20) (Barreto y Madrazo, 2015, pp. 155-156).

8 Boletín oficial de la República de Argentina. Recuperado de <https://www.boletinoficial.gob.ar/pdf/linkQR/S2R5emtDRm0rejrdTVReEh2ZkUOdz09>

Entre las medidas que establece el decreto figura la aprobación de Reglas de Protección Aeroespacial, que autoriza a las Fuerzas Armadas a “identificar, advertir, intimidar y hacer uso de la fuerza (como último recurso)” a naves en el espacio aéreo argentino que “tengan entidad suficiente para ‘perturbar, poner en riesgo o causar un daño’ en el territorio nacional”. Estas normas, conocidas como “leyes de derribo”, tienen una amplia tradición en América Latina, donde en muchas ocasiones han sido adoptadas por decretos presidenciales, o incluso actas reservadas de Consejos de Seguridad, como ocurrió en Colombia en el año 1993 (Tokatlian, 2004). Varias voces se han opuesto a la adopción de esta medida en Argentina, señalando que es inconstitucional porque se trata de una “pena de muerte sumaria encubierta”, y que se ha demostrado que este camino no es eficaz para “desarmar el complejo mercado de las drogas ilegales, ni su tejido con las instituciones estatales involucradas en las redes de ilegalidad” (Hauser, 2016).

En Perú, la Constitución Nacional (art. 2.24.f) señala que en los casos de tráfico ilícito de drogas, la detención en comisaría puede ser hasta de 15 días, en comparación con el tiempo máximo de 24 horas para otros delitos (Mangelinckx, 2016).

Uno de los factores de mayor preocupación en relación con las garantías procesales como la presunción de inocencia y el recurso al encarcelamiento como *ultima ratio* es la prisión preventiva mandataria para delitos de drogas en algunos países. En México, la Constitución establece que la prisión preventiva procederá de manera oficiosa para un catálogo de delitos, entre ellos aquellos delitos contra la salud que la ley defina como graves.⁹ De acuerdo con el artículo 167 del Código Federal de Procedimientos Penales, para todos los delitos relacionados con las drogas deberá aplicarse la prisión preventiva de manera oficiosa. Esta situación se agrava debido a la corrupción existente, así como por fenómenos como policías que reciben bonos por un mayor número de detenciones o cuotas de consignación que llegan a imponer las procuradurías a los agentes del Ministerio Público.

9 Artículo 19. Constitución de los Estados Unidos de México. “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

La Corte Interamericana, en el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, se pronunció acerca de una norma que excluía a aquellas personas acusadas por delitos relacionados con drogas de los límites legales fijados para la prolongación de la prisión preventiva. La Corte consideró que “esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados”.¹⁰ También consideró que esa norma en sí misma violaba el artículo 2 de la Convención Americana. Esa postura fue reiterada en la sentencia del caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*.¹¹

En donde no es mandataria, la prisión preventiva también se aplica de forma extendida para los delitos de drogas. En Costa Rica, por ejemplo, según Cortés (2016), el análisis de una muestra de expedientes judiciales por esos delitos mostró que 80 % de las personas condenadas estuvo en prisión preventiva, con un promedio de 211 días de encarcelamiento. Además, según ese estudio, la prisión preventiva se aplica, de forma regular, en los casos relacionados con drogas, sin distinguir del tipo de delito y la pena impuesta.

La información sobre los criterios efectivos que aplican los jueces en los procesos de personas procesadas por delitos de drogas es escasa. En Colombia, el Ministerio de Justicia realizó un análisis de una muestra representativa de 817 expedientes de personas condenadas por delitos de drogas a las que, además, se les impuso una pena accesoria consistente en el pago de una multa. Algunos de los datos muestran que los jueces tienden a interpretar la ley en un sentido que aumenta el grado de punición sobre los procesados.¹² De todos los casos analizados, por ejemplo, en 97 % los fiscales solicitaron la detención preventiva y en 94 % de los casos los jueces la ordenaron. Esto sugiere que la detención preventiva se ordena

10 Corte IDH. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98.

11 Corte IDH. Caso *Acosta Calderón vs. Ecuador*. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 135.

12 Se requiere más análisis sobre otros delitos para poder ponderar esta información, aun cuando en sí misma revela el apego de jueces y fiscales al uso de la prisión preventiva en los casos relacionados con delitos de drogas. Para usar una expresión que circula entre abogados y operadores del sistema judicial, parece que “una medida de aseguramiento no se le niega a casi nadie”, y menos a los procesados por tráfico, porte o fabricación de estupefacientes.

independientemente de las razones que justificarían su adopción, tales como el nivel de peligrosidad de la persona, sus capacidades efectivas de obstruir el juicio o de eludirlo. De hecho, en 21,5 % de los casos las sentencias no señalan explícitamente las razones que motivaron la medida de aseguramiento, lo cual plantea el incumplimiento de un deber de justificación por parte de los jueces en la imposición de estas medidas. Para el caso de los delitos de drogas, esta evidencia muestra que la prisión preventiva se estaría aplicando en contravía con los estándares que señalan que se debe tratar de una medida excepcional, claramente motivada, para ser compatible con la presunción de inocencia (Bernal Uribe, 2015, pp. 263-267).

En Uruguay, el uso de la prisión preventiva para delitos de drogas es mayor que en los demás delitos, y parece haber contribuido significativamente al crecimiento de la tasa de encarcelamiento en dicho país. En el 2012, el 42 % de las personas detenidas por delitos relacionados con estupefacientes estaban siendo procesadas (Bardazano y Salamano, 2016). En Bolivia, seis de cada diez personas reclusas por delitos de drogas se encontraban en detención preventiva (Achá, 2016). La CIDH se ha pronunciado con preocupación sobre el abuso de la detención preventiva para delitos menores de drogas, señalando que “la privación de la libertad por faltas menores es incongruente con el principio de proporcionalidad” (CIDH, 2013, párr. 164). La evidencia que encontramos en los países analizados muestra que se está usando la prisión preventiva para delitos menores que no la justifican, puesto que son delitos que no tienen una víctima directa.

Por otra parte, en relación con temas probatorios, un análisis de expedientes judiciales en Ecuador muestra que:

...un testimonio privilegiado es el de los policías que aprehenden a una persona que, en su momento, es llevada a juicio. En cierto número de casos, especialmente vinculados a la tenencia de drogas, no existe otra prueba que el parte de aprehensión, ratificado por los autores ante el tribunal, que aseguran haber registrado al sujeto y haberle encontrado entre la ropa aquellas sustancias que posteriormente la prueba de laboratorio identifica entre aquellas sujetas a control. (Pásara, 2011)

Criminalización terciaria: mandatos de encarcelamiento.

Delitos de drogas y obligatoriedad de la cárcel

En lo que tiene que ver con la fase de la ejecución de la pena (criminalización terciaria), a las personas procesadas o condenadas por delitos de dro-

gas se les niega con frecuencia el acceso a penas alternativas a la prisión, de las cuales disponen los acusados por otro tipo de delitos. En Brasil, como se mencionó, por tratarse de “crímenes hediondos”, los delitos de droga están sujetos a un mecanismo más represivo de cumplimiento de pena que para otros crímenes, lo que implica que las personas deben pasar porcentajes mayores de tiempo mínimo en prisión como requisito para solicitar la transición a regímenes más favorables (Boiteux, Chernicharo y Leão de Aquino, 2016).

Conforme a la redacción original de la Ley de Drogas en Brasil, la aplicación de penas alternativas (sustitutivas de la privación de libertad) estaba prohibida para el crimen de tráfico de drogas, por dos razones: i) la pena mínima prevista para este tipo de delitos es de 5 años de prisión y la sustitución por penas alternativas solo sería posible, como regla general, para penas de hasta 4 años (conforme art. 44 del Código Penal) y; ii) en el caso de la figura del tráfico privilegiado, prevista en el artículo 33, § 4º, cuya pena podría alcanzar hasta 1 año y 8 meses de reclusión, en su redacción original, estaba expresamente prohibida esa sustitución. En 2012, el Supremo Tribunal Federal (al juzgar el *Habeas Corpus* 97.256) consideró inconstitucional tal prohibición, argumentando la vulneración al principio de individualización de la pena. Sin embargo, el poder judicial no siempre sigue el criterio del Tribunal Federal. Según un reciente estudio, solo en 12,2% del total de las sentencias analizadas (contra un 46,8% de condenas a pena de prisión) se aplicaron penas alternativas (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, 2015).

También en Perú, algunos beneficios que la ley contempla en la fase de ejecución de la pena para personas condenadas –como la libertad condicional– son negados a las personas sancionadas por delitos de drogas. E incluso en Uruguay, el país con la legislación menos punitiva del grupo, la escasa aplicación de medidas alternativas asegura que muchos pequeños delincuentes de drogas sigan encarcelados (TNI y Wola, 2010, p. 6).

En Colombia, la legislación penal contempla la posibilidad de que las personas que cometen delitos menores se beneficien de alternativas al encarcelamiento –cuando se trata personas que ya han sido condenadas, la legislación penal se refiere como subrogados penales a las alternativas al encarcelamiento, por ejemplo, libertad condicional, suspensión condicional de la ejecución de la pena, entre otras–. Sin embargo, reformas recientes como la Ley 1709 de 2014, han restringido la aplicación de algunos de estos subrogados para el caso de ciertos delitos de drogas. Dentro de

estas conductas hay dos posibilidades de aplicación de beneficios a quienes sean condenados por el inciso 2 del artículo 376 del Código Penal.¹³ Para el resto de los delitos, no hay lugar a ninguno de estos sustitutivos.¹⁴ Un condenado en estas circunstancias solo puede acceder a los beneficios de los artículos 64 y 38 G. Esto significa, en la práctica, que una persona condenada por el tráfico, porte o fabricación de estupefacientes inferior a 1.000 g de marihuana, 200 g de hachís y 100 g de cocaína debe cumplir un periodo determinado de reclusión en prisión, para poder acceder a alguno de estos subrogados penales.

En caso de estar condenado por el segundo inciso del artículo 376, se debe estar en el centro penitenciario por lo menos 32 meses, sin contabilizar el tiempo que tarde el juez en decidir sobre la solicitud de aplicación del beneficio. Es decir, en la mejor situación un condenado por delitos de drogas tiene que estar 32 meses para optar por cualquier beneficio penitenciario. Lo mismo se presenta en el caso de que el condenado se postule para la libertad condicional, ya que se requiere que cumpla las tres quintas partes de la pena, lo que en la práctica judicial significa que puede llegar a ser un tiempo mucho más largo. En el segundo caso, la estadía mínima es de más de tres años y cuatro meses (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017).

Sin embargo, el análisis de expedientes judiciales realizados por el Ministerio de Justicia y del Derecho muestra que son más los casos en que los jueces niegan los subrogados que aquellos en que los conceden.

13 Mediante este inciso se definen los umbrales de posesión de estupefacientes y sus respectivas penas de la siguiente manera: “Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Código Penal Colombiano (art. 376).

14 Vale la pena resaltar que estas restricciones no tienen aplicación cuando se trata de un condenado mayor de 65 años, cuando es una mujer a la que le faltan dos meses o menos para el parto o que esté dentro de los seis meses siguientes al nacimiento del bebé. Tampoco cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales, cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor o que sufra incapacidad permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio, caso en el cual es necesario preguntar a los operadores de justicia sobre la aplicación de esta norma.

Colombia: ¿mejor ser capo confeso que usuaria inocente?

Santiago Gallón Henao se entregó a la Fiscalía el 10 de julio de 2009, y fue procesado por apoyar financieramente un grupo de 300 paramilitares liderados por los hermanos Castaño, que delinquir en las poblaciones de Titiribí, Amagá y Angelópolis en el departamento de Antioquia entre 2000 y 2004. Este grupo fue responsable de masacres, hostigamientos y otra clase de violaciones graves y masivas de derechos humanos. Esta persona se acogió a sentencia anticipada por el delito de concierto para delinquir agravado y fue condenada a 78 meses de prisión, pero se le concedió rebaja de la mitad de la pena. Actualmente se encuentra libre. En el año 2015 fue incluido en la lista Clinton* por sus presuntos vínculos con la oficina de Envigado, una poderosa organización que controla el narcotráfico y otras actividades ilícitas en Antioquia y otros departamentos del país.

El día 18 de agosto de 2011, siendo las 16:45 horas, miembros de la Policía Nacional que se encontraban verificando antecedentes a personas que transitaban por las calles de Bogotá, solicitaron a Zury, una joven de 24 años de edad, una requisa. Antes de iniciar el procedimiento ella, muy nerviosa, entrega voluntariamente cuatro bolsas transparentes que en su interior contenían 80,6 g de marihuana. Fue capturada y puesta a disposición de la Fiscalía. En la audiencia de imputación Zury no aceptó cargos. Pese a que en el juicio alegó que se trataba de un porte para consumo personal, la jueza 1° penal del circuito de Paloque-mao con función de conocimiento consideró que no era así, pues a ella “le correspondía presentar las pruebas del caso para esa demostración, cosa que no hizo, tan solo realizó afirmaciones sobre esa posible condición”. Fue condenada a 64 meses de prisión y a una multa de 2 SMMLV.** No le fue concedida la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria porque la pena superaba los 5 años. Zury cumplió su condena en agosto de 2016.

* Oficialmente se denomina: Specially Designated Narcotics Traffickers o SDNT list. Creada en 1995 por el expresidente Bill Clinton para identificar las empresas y personas asociadas a los dineros provenientes del narcotráfico. Es elaborada por la Office of Foreign Assets Control (OFAC), del Departamento del Tesoro de Estados Unidos.

** Salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La combinación entre normas e interpretaciones judiciales restrictivas genera una enorme desproporcionalidad en el monto y las condiciones de ejecución de la pena, que tornan muy injusto el sistema penal en su respuesta a los delitos de drogas, como se muestra en el caso del recuadro.

El encarcelamiento por drogas: una de las principales causas de la crisis penitenciaria

Los excesos en el poder punitivo de los Estados en las distintas fases de la criminalización en materia de drogas –desde la definición de los tipos penales hasta la determinación judicial de las penas– descritos anteriormente, contribuyen a explicar el siguiente hecho: si bien la población en-

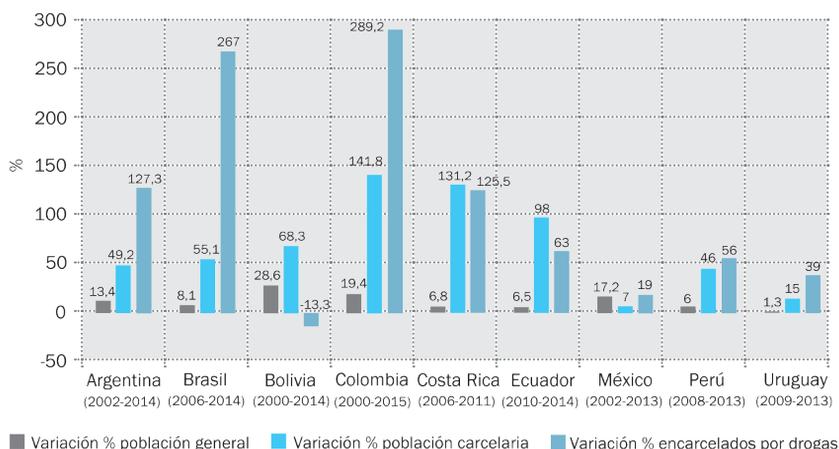
carcelada ha crecido a unos ritmos alarmantes en las Américas, mayores a los del resto del mundo, el crecimiento de las personas encarceladas por delitos de drogas ha sido todavía más acelerado en la mayoría de los países (en particular en los más grandes).

El uso del derecho penal sobre otras respuestas en el tema de drogas ha implicado una política muy costosa con efectos nulos e, incluso, contraproducentes en términos de reducción en el abuso de drogas, protección a la salud pública o individual, reducción del tamaño de los mercados ilegales o su contribución a la seguridad. Como se muestra a continuación, si bien la población encarcelada ha crecido a un ritmo alarmante en América, mayores a los del resto del mundo, el crecimiento de las personas encarceladas por delitos de drogas ha sido todavía más acelerado en la mayoría de los países (y en particular en los más grandes).

La gráfica 9 muestra la comparación entre el crecimiento poblacional, el de la población penitenciaria y el de los presos por delitos de drogas en los países latinoamericanos estudiados. El eje izquierdo muestra la variación porcentual de la población general, la población carcelaria y los presos por delitos de drogas en nueve países latinoamericanos en los últimos años. En todos los países, con excepción de Bolivia, la población encarcelada por delitos de drogas aumentó más rápido que la población en general, a un ritmo entre 8 y 33 veces mayor. Bolivia es el único país en el cual la población por delitos de drogas disminuyó, probablemente

GRÁFICA 9

Variación entre la población general, población carcelaria y población carcelaria por delitos de drogas en nueve países latinoamericanos

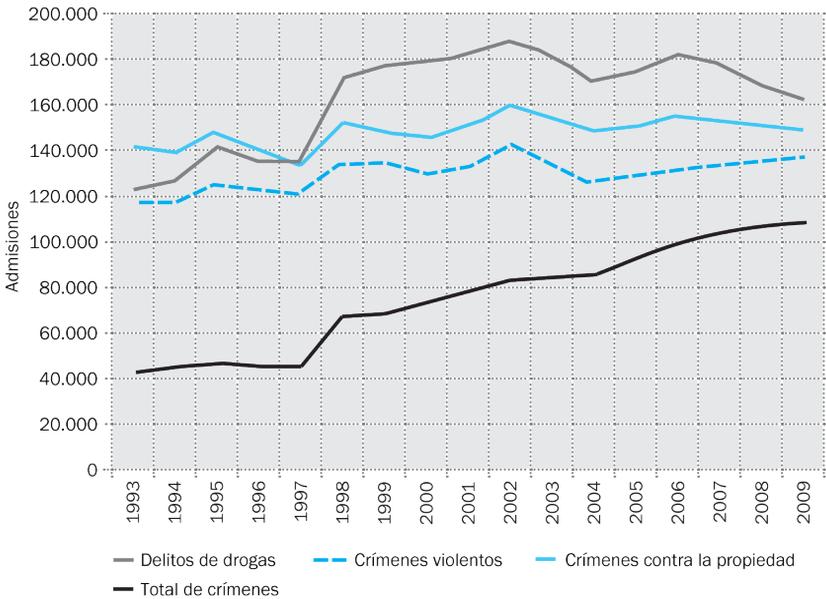


FUENTE: elaboración del CEDD con base en datos del Banco Mundial (2017).

porque algunas personas condenadas por estos delitos se favorecieron de indultos.¹⁵ En seis de los nueve países la población por delitos de drogas creció más rápido que la población carcelaria. En Brasil, mientras que la población carcelaria se incrementó en 55 %, la encarcelada por delito de drogas creció 267 %, es decir, a un ritmo cinco veces mayor. En Colombia, la población carcelaria creció 141 %, pero la población encarcelada por delitos de drogas aumentó 289 %.

En Estados Unidos ocurre un patrón similar. Si bien casi la mitad de las personas privadas de la libertad actualmente lo está por delitos violentos (es decir, contra la vida y la integridad personal), el principal motivo de ingresos a centros penitenciarios a partir de 1997 ha sido por delitos de drogas (ver gráfica 10). Pese a que los presos por drogas representan menos de una quinta parte de la población carcelaria, entre el periodo 1993-2011, más del 31 % de los ingresos al sistema penitenciario fueron

GRÁFICA 10
Admisiones al sistema penitenciario por tipo de delito en Estados Unidos, 1993-2009

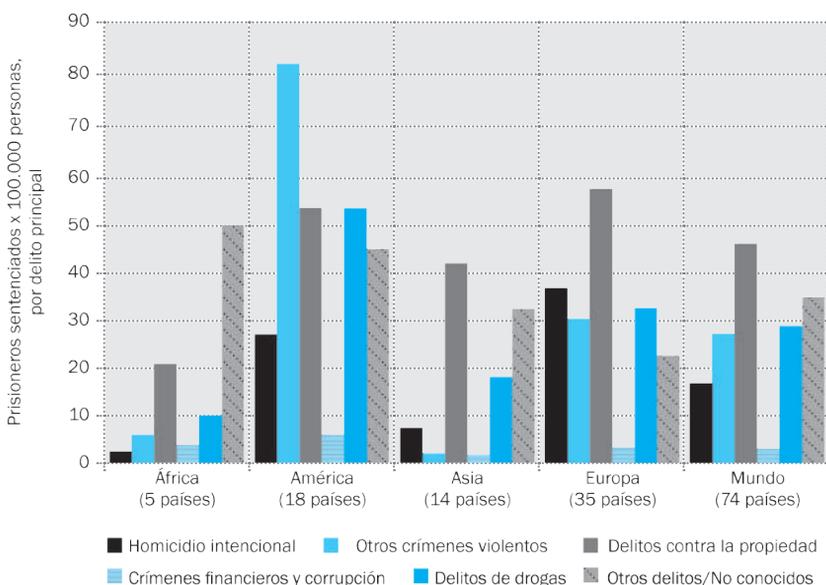


FUENTE: Rothwell (2015).

15 Como se mencionó, el Gobierno boliviano emitió, desde diciembre de 2012, cuatro decretos presidenciales para la concesión excepcional del indulto que benefició a 4.374 personas hasta diciembre de 2015.

GRÁFICA 11

Tasa de encarcelamiento en distintos continentes por tipo de delito



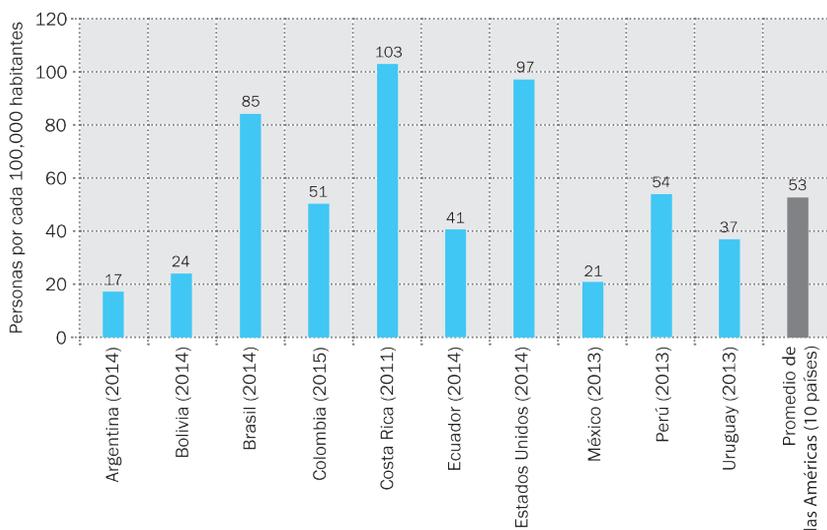
FUENTE: UNODC (2016a, p. 102).

por drogas. Entre 1980 y 2009, la tasa de arrestos por delitos de drogas se incrementó de 200 a 400 por cada 100.000 habitantes (Snyder, 2011), y la tasa de encarcelamiento por estos delitos de 15 a más de 140 por cada 100.000 habitantes durante el mismo periodo (National Research Council, 2001, p. 153).

Estos datos, sin embargo, no permiten ver la presión punitiva que se ha ejercido sobre la población en los países de América por las leyes de drogas existentes, en comparación con otras partes del mundo. Para ello, la gráfica 11 ofrece una comparación entre las tasas promedio de encarcelamiento por distintos delitos en varias regiones del planeta, de acuerdo con los reportes que presentan los Estados a UNODC. El continente americano tiene la mayor tasa de personas encarceladas por delitos de drogas. Alrededor de 51 personas por cada 100 mil habitantes está encarcelada por estos delitos, en comparación con 28 por cada 100 mil en el mundo. Los delitos de drogas son, en promedio en América, la tercera causa por la que más se encierra a la población, por detrás de los delitos violentos y casi al mismo nivel que los delitos contra la propiedad. Es relevante recordar, como se explicó, que los delitos de drogas no tienen una víctima directa sino que buscan proteger la salud pública como bien social.

GRÁFICA 12

Tasa de encarcelamiento por delitos de drogas en los países estudiados



FUENTE: datos de personas encarceladas por drogas en cada país recolectados por investigadores del CEDD; datos poblacionales tomados del Banco Mundial, 2017.

Entre los países analizados, la tasa de encarcelamiento por delitos de drogas está en niveles de entre 17 por cada 100.000 en Argentina y 103 por cada 100.000 habitantes en Costa Rica.¹⁶ En todos los países estudiados, con excepción de Argentina, México y Bolivia, la tasa de encarcelamiento por drogas supera a la del promedio de cualquier continente distinto a las Américas (gráfica 12).

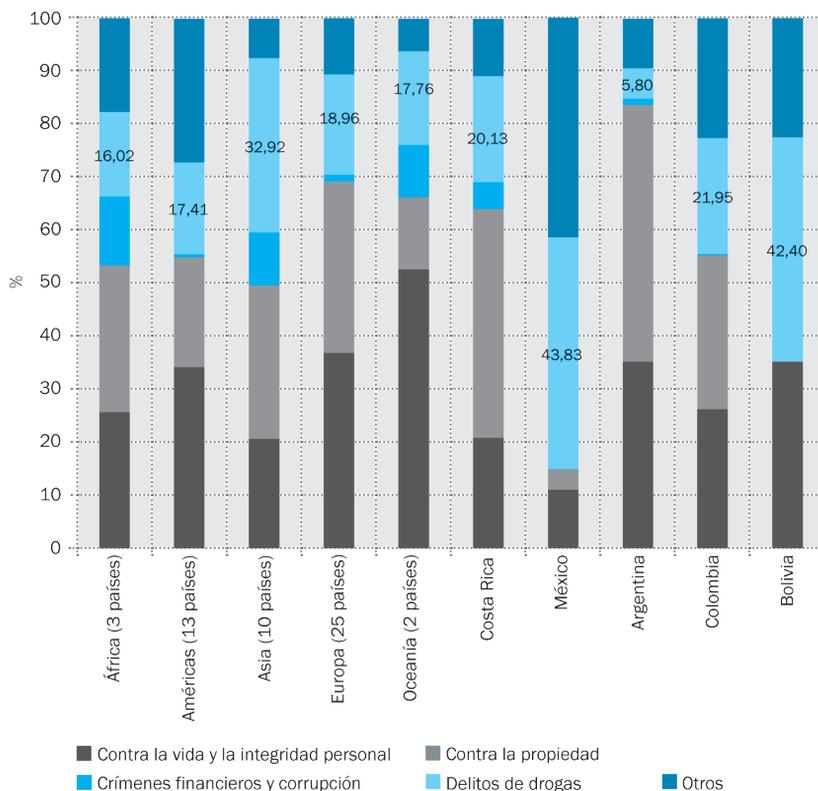
De acuerdo con los datos que reportan algunos Estados a UNODC, los delitos de drogas en el conjunto de las Américas tienen un peso inferior en la composición de la población penitenciaria respecto a los de Asia, superior a los de África, y en niveles equivalentes a los de Europa y Oceanía¹⁷ (gráfica 13). Sin embargo, las historias nacionales dan cuenta de situaciones muy diferentes: en algunos países, como México, las cifras

16 Los años de cada país varían de acuerdo a la disponibilidad de la información: para Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, 2014; Colombia, 2015; Costa Rica, 2011; México, Perú y Uruguay, 2013. Las tasas de encarcelamiento por delitos de drogas fueron construidas con base en los datos poblacionales del Banco Mundial, ver <http://data.worldbank.org>

17 Para un análisis detallado del encarcelamiento y otras sanciones más drásticas por delitos de drogas, como la pena de muerte, aplicadas en distintas regiones del mundo, puede consultarse el estudio de Pien Metaal y Valerio Loi (2016).

GRÁFICA 13

Distribución de la población privada de la libertad por tipo de delitos en distintos continentes y en algunos países de América Latina



FUENTE: UNODC (2016a).

En el caso de México, los datos refieren a la población interna en centros federales.

oficiales reportan que 43 % de las personas privadas de la libertad (a nivel federal) lo están por delitos de drogas, mientras que en Argentina, según los reportes del Estado, lo estaban un 5 % de las personas privadas de la libertad.

Los reportes oficiales, sin embargo, tienen inconsistencias con los datos recolectados por los investigadores del CEDD, que a continuación se examinan. Para medir el efecto que el encarcelamiento por delitos de drogas ha tenido sobre la crisis de los sistemas penitenciarios se ha optado por distintos métodos. El primero, y más simple, es analizar qué porcentaje de las personas en cárceles lo están por delitos de drogas. Un segundo método consiste en comparar el número de personas privadas de la libertad por drogas con el sobrecupo carcelario existente producto

del hacinamiento.¹⁸ En conexión con este último, otra posibilidad para dimensionar la contribución a la crisis penitenciaria del encarcelamiento por delitos de drogas es realizar un ejercicio hipotético para determinar cuánto disminuiría la sobrepoblación carcelaria si las personas encarceladas por delitos de drogas no estuvieran presas. A continuación se presentan los resultados de estos tres ejercicios.

Como se muestra en la tabla 4, en 6 de los 10 países estudiados, los delitos de drogas representaron, en el último año reportado, una mayor participación porcentual de la población carcelaria que en el primer año reportado. De los más de 2,7 millones de personas encarceladas en estos países, 572 mil lo están por delitos de drogas, lo que representa una de cada cinco personas, con una leve tendencia al ascenso. La participación de los presos por delitos de drogas oscila entre 10 y el 28 % de la población carcelaria, lo cual la sitúa entre la segunda y la cuarta causa de mayor encarcelamiento en estos países.

¿Cómo afectan los delitos de drogas la capacidad penitenciaria en países de la región? La gráfica 14 muestra –en las barras– la comparación entre el tamaño de la población encarcelada por delitos de drogas y la sobrepoblación carcelaria existente en los nueve países estudiados por el CEDD. En las líneas se compara la sobrepoblación actual con la tasa de sobrepoblación en el hipotético caso que las personas encarceladas por drogas no estuvieran en prisión.¹⁹ Para el ejercicio, es imposible dividir los tipos de delitos de drogas (entre los más graves y los menos graves). Sin embargo, estudios previos del CEDD muestran que la mayor parte

18 Por sobrecupo carcelario entendemos la diferencia entre la población privada de la libertad y la capacidad de albergue del sistema penitenciario. La tasa de sobrepoblación es un indicador porcentual de ese exceso. Así por ejemplo, en mayo de 2015, un país como Bolivia tenía una población privada de la libertad de 13.468 personas y una capacidad de albergue de 5.621 personas. La diferencia entre estas dos cifras es el sobrecupo carcelario, es decir, 8.027 personas. La tasa de sobrepoblación es la relación porcentual entre el sobrecupo y la capacidad del sistema penitenciario, es decir, en este caso, 142 %, lo que significa que Bolivia tiene un volumen de ocupación excedentario del 142 % de su capacidad.

19 Debido a la falta de datos en los países estudiados, es imposible separar en este ejercicio a las personas acusadas de delitos de drogas menos graves (como la posesión simple) de los más graves (como a la venta a menores). Sin embargo, estudios anteriores muestran que la mayoría de las personas sancionadas por delitos de drogas en estos países son consumidores, transportistas menores o personas que ocupan los puestos más bajos en la cadena de drogas (CEDD, 2014).

TABLA 4
Población carcelaria total, por delitos de drogas, y participación porcentual de presos por delitos de drogas en la población carcelaria en los diez países estudiados

	Población carcelaria total (último año reportado)	Encarcelados por delitos de drogas (último año reportado)	% Delitos por drogas (último año reportado)		% Delitos por drogas (primer año reportado)
Argentina (2002-2014)	69.060	7.435	10,77	>	7,07
Brasil (2006-2014)	622.202	174.216	28,00	>	11,83
Bolivia (2000-2015)	13.672	2.592	18,96	<	36,78
Colombia (2000-2015)	120.444	24.374	20,24	>	12,57
Costa Rica (2006-2011)	17.971	4.745	26,40	<	27,06
Ecuador (2010-2014)	26.591	6.467	24,00	<	29,54
México (2002-2013)	257.017	26.098	10,00	>	9,13
Perú (2008-2013)	68.858	16.526	24,00	>	22,46
Uruguay (2009-2013)	9.771	1.265	13,00	>	10,71
Estados Unidos (2006-2013)*	1.576.950	308.400**	19,31	<	22,92
Total	2.782.536	572.118	20,60	>	19,10

FUENTE: elaboración del CEDD con base en datos oficiales.

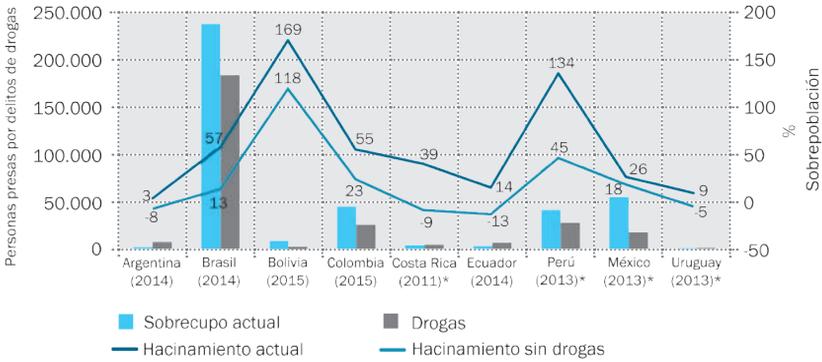
* La población carcelaria total en Estados Unidos incluye solamente las cárceles federales y estatales, pero no las locales. Tomado de Carson (2015, p. 2).

** Véase Schaffer (2016, p. 7).

de la población encarcelada por delitos de drogas son personas acusadas de posesión, usuarios o que ocupan los niveles más bajos de la cadena de narcotráfico (CEDD, 2014). Por tanto, la disminución que se muestra sería menor en el caso hipotético de que solo las personas acusadas por delitos menores o no violentos de drogas fueran excarceladas. Bajo esta hipótesis, el hacinamiento carcelario promedio caería del 56 al 20%. Visto en otros términos, la criminalización de conductas relacionadas con drogas explica un 64% de la sobrepoblación carcelaria promedio en los países

GRÁFICA 14

Comparación entre sobrecupo en el sistema penitenciario, personas presas por delitos de drogas y sobrepoblación con o sin delitos de drogas



FUENTE: elaboración del CEDD con base en datos oficiales.

* Para Costa Rica, Perú, México y Uruguay, la tasa de hacinamiento utilizada fue la última disponible en el World Prison Brief del ICPS, correspondiente a una fecha más reciente que aquella a la que hacen referencia los datos de encarcelamiento por delitos de drogas.

estudiados. En este ejercicio hipotético, es decir, si se excarcela a quienes están privados de la libertad por delitos de drogas, la sobrepoblación desaparecería en Argentina, Uruguay y Ecuador. En Perú disminuiría del 134 al 45 %, y en Brasil del 57 al 13 %.

Un tercer método para evaluar el peso que el encarcelamiento por drogas ha tenido sobre la crisis de los sistemas penitenciarios es medir cuántos de los ingresos a cárceles en los últimos años han sido por delitos de drogas. Se trata de un análisis de una *variable de flujo*, y no de *stock*, como los realizados anteriormente.²⁰ Por limitaciones de información (bien sea de disponibilidad o de acceso), ese ejercicio no fue posible realizarlo para los países de América Latina. Sin embargo, teniendo en cuenta que en la mayoría de los países estudiados el crecimiento porcentual por delitos de drogas ha sido mayor que el de la población carcelaria, es probable que estos delitos representen una de las principales causas de nuevos

20 Variables *stock* o inventario son aquellas que expresan cantidades en un momento dado: por ejemplo, la cantidad de personas encarceladas a diciembre de 2016. Las variables *flujo* se refieren a cantidades en un periodo de tiempo, por ejemplo: cuántos ingresos de personas a las cárceles hubo durante el año 2016. Las variables *flujo* modifican los *stocks* o inventarios: la cantidad de personas encarceladas en 2016 está determinada por las que lo estaban en el 2015 más la diferencia neta entre ingresos y egresos de personas a las cárceles durante 2016.

ingresos a las cárceles hoy. De esta forma, si bien en estos países las personas encarceladas por estos delitos representan solo entre el 10 y el 30 % de la población carcelaria, es muy posible que en países como Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú (donde más ha crecido la población interna por delitos de drogas), estos delitos expliquen un porcentaje aún mayor de los nuevos ingresos a centros penitenciarios. Este fenómeno, como se verá posteriormente, plantea que no basta con implementar alternativas al encarcelamiento para quienes están presos por estos delitos (afectando las variables *stock*), sino que es necesario, además, modificar las leyes y la política criminal, que son los factores mediante los cuales se incide en los nuevos ingresos a las cárceles (o en las variables flujo).

La cárcel y la protección de la salud

El uso de la cárcel para responder al fenómeno de las drogas debe evaluarse en función de sus objetivos. Si los objetivos propuestos no se están cumpliendo, resulta necesario replantear la respuesta estatal y la herramienta usada. Es importante recordar que el uso del derecho penal y de la cárcel en el tema de drogas recibió un impulso decisivo con la incorporación de las convenciones internacionales de drogas a los Códigos Penales de América Latina. Paradójicamente, el énfasis punitivo que ha adquirido la legislación de drogas desde entonces ha llevado a que se olvide que el objetivo fundamental de estas convenciones es “la protección de la salud y el bienestar de la humanidad”.²¹ Las convenciones establecen medidas orientadas a garantizar que las sustancias psicoactivas estén disponibles en cantidades suficientes para usos médicos y científicos, al tiempo que se busca prevenir su desvío para otros usos a través de canales ilegales. De esta forma, mandatos como el de la Convención de 1988 de adoptar medidas para tipificar como delitos una serie amplia de conductas relacionadas con drogas,²² que además los Estados han interpretado de manera

21 Así lo establece el Preámbulo de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961 y lo ratifican los instrumentos posteriores.

22 El artículo 3.1 de la Convención de 1988 establece: “Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:
1) a) i) La producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en la

todavía más restrictiva al impedir que sean sancionados con alternativas a la cárcel, deberían evaluarse, en primera medida, por su contribución a objetivos como la protección de la salud y el bienestar de la humanidad.

En ninguno de los países analizados, ni a nivel global, ha disminuido la prevalencia de usos problemáticos de drogas (abuso o dependencia) o las muertes por sobredosis por efecto de los mayores niveles de encarcelamiento.²³ Por el contrario, el establecimiento de sanciones penales se ha convertido en una fuente de discriminación y mayores riesgos contra usuarios de drogas (CEDD, 2014). Estos riesgos se explican por la renuencia de los usuarios a buscar asistencia sanitaria en la preparación y el uso de drogas inyectables u otras por temor a ser detenidos, estigmatizados, encarcelados o sometidos a tratamiento en contra de su voluntad. Además, la criminalización de distintas conductas presiona a los usuarios a adquirir las drogas en mercados ilegales, exponiéndolos a riesgos de salud y de seguridad. Adicionalmente, la tipificación como delito de la difusión de información sobre el uso de drogas, en particular sobre las prácticas de seguridad relacionadas con el consumo de drogas y reducción de daños, no es compatible con el derecho a la salud, ya que dificulta la capacidad de los individuos para tomar decisiones informadas al respecto, y contraría lo establecido en las Guías Internacionales sobre VIH y derechos humanos (UNAIDS, 2011).

Lejos de proteger la salud, la cárcel la lesiona pues, como se mencionó en el primer capítulo, en ella se viven condiciones de riesgo tanto para la persona que es privada de la libertad como para sus familiares dependientes. Además de los riesgos de contagio, dentro de las cárceles existe una alta prevalencia del uso de drogas ilícitas, por lo que el encarcelamiento, lejos de prevenir su uso, lo potencia. La UNODC (2015a, p. 2) estima

Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971; ii) El cultivo de la adormidera, el arbusto de coca o la planta de cannabis con objeto de producir estupefacientes en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961 y en la Convención de 1961 en su forma enmendada; iii) La posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica con objeto de realizar cualquiera de las actividades enumeradas en el precedente apartado i)”.

23 Sobre las respuestas del Estado al uso de drogas en los países de la región puede consultarse el estudio previo del CEDD, “En busca de los derechos: usuarios de drogas y respuestas estatales en América Latina” (CEDD, 2014).

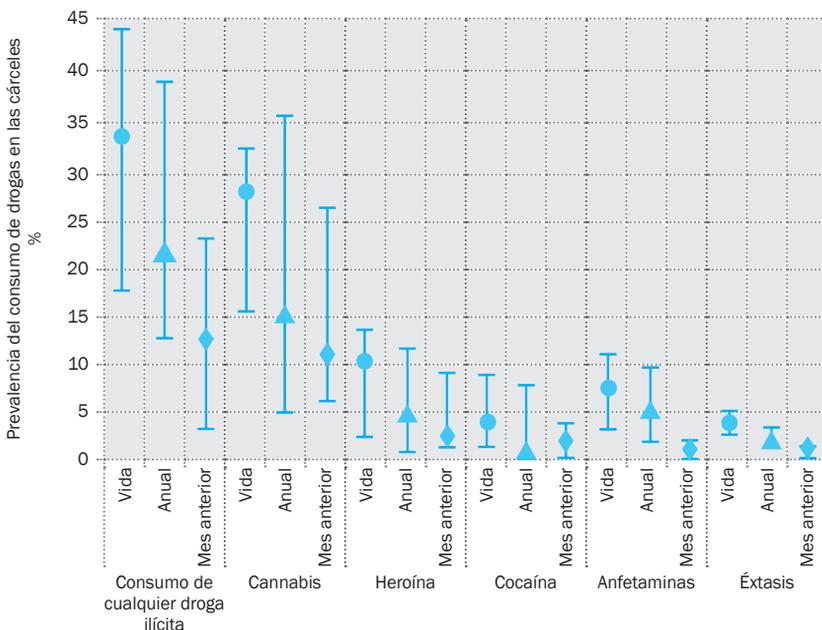
que una de cada tres personas consume drogas al menos una vez durante su encarcelamiento.

La gráfica 15 muestra las prevalencias en el uso de drogas en las cárceles del mundo (promedio y desviaciones), según los reportes que los Estados realizan a UNODC. Aunque los datos son limitados, se estima que una de cada tres personas consume drogas al menos una vez durante su encarcelamiento. En comparación con la prevalencia promedio para la población en general, las cárceles tendrían una prevalencia de uso de drogas ilícitas de entre cuatro y cinco veces mayor. La droga más consumida en cárceles es el cannabis, seguida de heroína, cocaína, anfetaminas y éxtasis. Según UNODC:

...la prisión es un entorno de alto riesgo donde el consumo de drogas inyectables suele producirse en condiciones especialmente peligrosas. Ello podría explicar por qué el entorno carcelario puede caracterizarse por unos elevados niveles de enfermedades infecciosas, en particular el VIH, aunque también la hepatitis C y la tuberculosis, y por el acceso limitado a programas de prevención y tratamiento, lo que aumenta el riesgo de contraer virus transmitidos por la sangre. (UNODC, 2015a, p. 2)

GRÁFICA 15

Prevalencia del consumo de drogas en las cárceles



FUENTE: UNODC (2015a, p. 2).

La tabla 5 compara la prevalencia del uso de drogas en la población en general y para la población en cárceles en algunos de los países estudiados. En estos países, la probabilidad de consumo de drogas es entre seis y once veces más alta dentro de las cárceles que fuera de ellas.

TABLA 5
Prevalencia de uso de drogas en la cárcel frente a la población en general en tres países estudiados

País	Prevalencia uso de droga en cárceles	Prevalencia uso general
Bolivia	Año 2013, el 38 % de la población penal del país consumía cocaína (CEDD, 2014)	<ul style="list-style-type: none"> ■ Cocaína (2007) Vida: 3,22 Año: 0,55 Mes: 0,41 (Cicad-OEA, 2011)
Colombia	Año 2007 Cualquier droga: 60 %, último año (UNODC, 2016a)	<ul style="list-style-type: none"> ■ Marihuana (2008) Vida: 7,99 Año: 2,27 Mes: 1,60 ■ Cocaína (2008) Vida: 2,48 Año: 0,72 Mes: 0,43 (Cicad-OEA, 2011)
México	Año 2009 Cualquier droga, último mes: 11,9 % Marihuana, último mes: 9,3 % Cocaína, último mes: 1,8 % (Azaola y Bergman, 2009)	<p>Consumo de cualquier droga (2008): 1,8 % último año (CEDD, 2014)</p> <ul style="list-style-type: none"> ■ Cocaína (2008) Vida: 2,4 % Año: 0,44 % Mes: 0,27 % ■ Marihuana (2008) Vida: 4,20 % Año: 1,03 % Mes: 0,70 % (Cicad-OEA, 2011)

FUENTE: elaboración del CEDD con base en varias fuentes.

Si en nombre de posibles daños sobre la salud se castiga a quienes cometen ciertas conductas relacionadas con drogas, es contradictorio enviarlas a la cárcel, donde el riesgo de abusar de ellas es mucho mayor. Esto es particularmente grave cuando las personas que cometen delitos tienen dependencia o abusan de drogas. La oferta de tratamiento en cárceles, además de ser escasa y deficiente, es menos costo-efectiva que alternativas fuera de prisión; un estudio realizado por el Justice Policy Institute

demuestra que el tratamiento de drogas en la prisión representa beneficios de entre USD 1,91 y USD 2,69 por cada dólar invertido, mientras que los programas terapéuticos fuera de prisión alcanzan a representar beneficios de USD 8,87 por cada dólar invertido (McVay, Schiralid y Ziedenberg, 2004). Estudios comparativos en el mundo han encontrado que la tasa de mortalidad relacionada con drogas es entre 50 y 100 veces más alta para las personas que han salido de prisión frente a la población en general (UNODC, 2016a, p. 20; World Health Organization, 2014). Adicionalmente, las historias de vida de las personas privadas de la libertad por delitos de drogas muestran que los miembros dependientes de su núcleo familiar terminan más expuestos a situaciones de abuso de drogas y de vinculación a actividades delincuenciales (Wola, 2015).

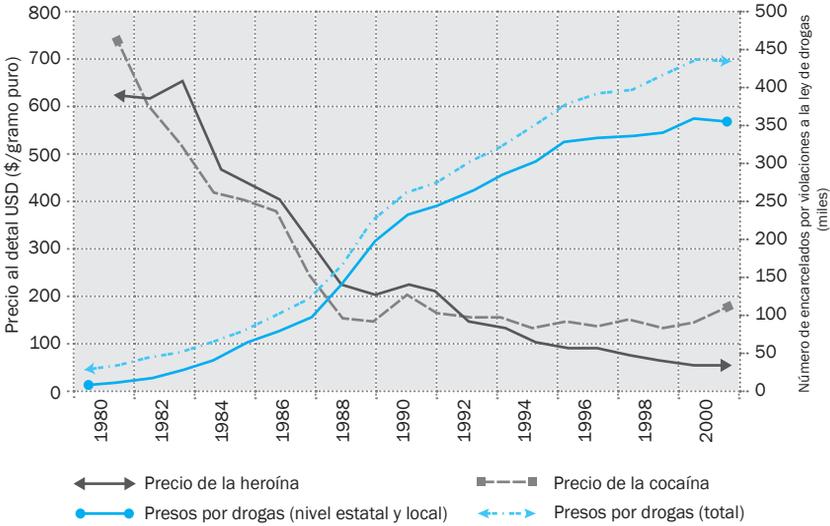
La lógica de la prohibición se basa en la idea de que el uso del derecho penal para reprimir las conductas de drogas es una estrategia efectiva para la reducción de la oferta de sustancias ilícitas, lo cual puede contribuir a golpear a las organizaciones del narcotráfico y a proteger la seguridad pública, pues el aumento de los precios derivado de una oferta restringida desestimularía su consumo. Esto, sin embargo, no resulta cierto. En primer lugar porque, como se verá más adelante, la persecución penal se ha dirigido principalmente en contra de personas que ejecutan tareas de bajo nivel y alto riesgo, que son fácilmente reemplazables, y cuyo encarcelamiento es, por decir lo menos, poco efectivo para desmontar organizaciones criminales y reducir la oferta de drogas (UNODC, 2008). En segundo lugar, porque incluso cuando ha llevado al desmonte de estas organizaciones, rápidamente surgen otras. Así,

...un triunfo coyuntural –como la desarticulación de una mafia exportadora– solo provoca un desabastecimiento temporal, que se traduce en el corto plazo en un alza de precios, justamente lo que busca la prohibición a fin de disminuir el consumo. Pero lo paradójico radica en que dicha alza es un poderoso incentivo para que otros ingresen en esa actividad, siempre y cuando la demanda persista en el largo plazo. Y esta ha persistido pues depende de muchísimos factores, la mayor parte independientes de la represión. (Uprimny y Guzmán, 2010)

De hecho, en los países que establecen sanciones para el uso de drogas, la imposición de dichas penas no ha tenido un efecto disuasivo frente al uso y, por el contrario, ha generado más daños sobre el bienestar de las personas que usan drogas (UNODC, 2008).

GRÁFICA 16

Precio de cocaína y heroína en las calles de Estados Unidos frente a personas encarceladas por delitos de drogas



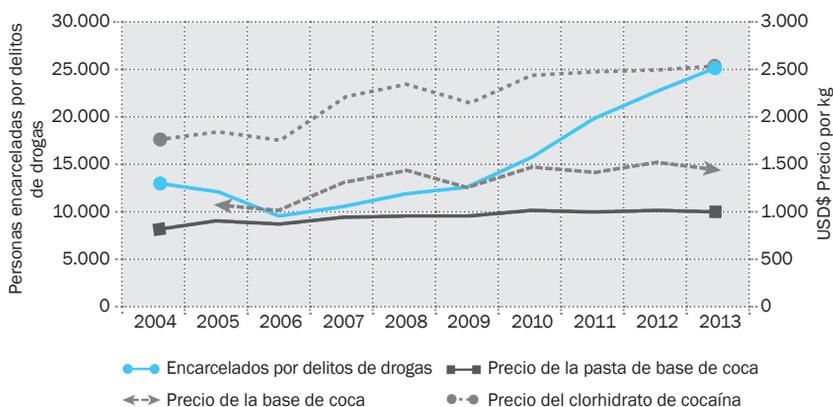
FUENTE: Bewley-Taylor, Trace y Stevens (2005, p. 6).

Además, diversos estudios han mostrado que el encarcelamiento masivo no ha sido eficaz para reducir la disponibilidad y el acceso a sustancias ilícitas pues, contrario a la lógica del prohibicionismo, su precio ha venido disminuyendo a medida que aumenta la población encarcelada por delitos de drogas (National Research Council, 2001; Reuter *et al.*, 2013).²⁴ La gráfica 16 muestra este fenómeno en las décadas de los ochenta y los noventa en Estados Unidos.

24 El estudio de Reuter, Pollack y Pardo (2016) muestra que no solo el encarcelamiento, sino otras medidas como la erradicación forzada, la interdicción y otras medidas tradicionales *de law enforcement*, tanto frente al tráfico a gran escala como al narcomenudeo, han sido poco efectivas para reducir la disponibilidad de drogas ilícitas, aumentar los precios y, por esta vía, reducir el consumo. Por el contrario, muchas de estas medidas han generado consecuencias secundarias contraproducentes, tales como el aumento de otros crímenes (por el efecto de concentrar esfuerzos en la persecución de conductas relacionadas con drogas), un incremento en la violencia por el intento de organizaciones criminales de llenar el vacío de aquellas que son derrotadas, desconfianza en las instituciones por los sesgos raciales o contra poblaciones como los campesinos, daños a la salud porque los usuarios deben acudir al mercado ilegal, entre otras. En vez de concentrarse en la reducción de la oferta y los precios, los autores proponen avanzar hacia políticas de prevención, tanto de la criminalidad

GRÁFICA 17

Crecimiento de la población encarcelada por delitos de drogas y precios de base de coca, pasta base y clorhidrato de cocaína en Colombia, 2004-2013



FUENTE: elaboración del CEDD con base en datos del Inpec y UNODC (2015b).

Colombia es otro ejemplo de la desconexión existente entre el encarcelamiento masivo y el comportamiento de las variables del mercado ilegal de drogas en las que se quiere incidir. La gráfica 17 muestra el crecimiento de la población encarcelada por delitos de drogas y el comportamiento del precio de la pasta base y la cocaína en el país en la última década. Los precios de la coca, la pasta base de coca y del clorhidrato de cocaína no han reaccionado al crecimiento de la población encarcelada por estos delitos a partir de 2008. Además, justamente en estos años, la prevalencia del uso problemático de drogas ha venido en aumento.

Además de su dudosa eficacia en la protección de la salud, la persecución penal y el encarcelamiento de personas que han cometido delitos de drogas han tenido unos costos enormes. En Argentina, el presupuesto que se gastó en 2014 en mantener a las personas privadas de la libertad por drogas en los cinco principales servicios penitenciarios, donde se concentra el 90 % de la población del país por esto delitos, fue de aproximadamente 1.522 millones de pesos anuales, lo que equivale a USD 190,2 millones (Corda, 2016). En Colombia se estima que el gasto de mantener

asociada a drogas como del consumo, así como a un enfoque de reducción de distintos tipos de daño (reducción del abuso; reducción del daño por unidad de consumo; reducción de los daños que usuarios pueden ocasionar a terceros; y reducción del daño causado por actividades de producción, tráfico y distribución, más que de estas actividades en sí mismas).

presas a personas que cometieron delitos de drogas asciende a 2,37 billones de pesos constantes de 2014 (es decir, 1.184 millones de dólares) (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017). Los estudios realizados en Estados Unidos o en el Reino Unido sobre costo-efectividad en términos de reducción de la reincidencia para el caso de delitos de drogas sugieren que estos recursos serían mejor empleados si se trasladaran a alternativas al encarcelamiento, incluidos programas comunitarios, tratamiento residencial o vigilancia electrónica (National Research Council, 2001; Matrix Knowledge Group, 2007; WSIPP, 2015).

III. ¿QUIÉNES SON LAS PERSONAS ENCARCELADAS POR DELITOS DE DROGAS?

El encarcelamiento por delitos de drogas ha afectado especialmente a ciertas poblaciones. Las desigualdades socioeconómicas y de poder existentes en los países de la región se trasladan al proceso penal y determinan que se castigue principalmente, y a veces con mayor severidad, a los actores que ocupan posiciones de mayor vulnerabilidad y tienen menos poder en la cadena de las drogas ilícitas. En primer lugar, existen ciertos factores facilitadores o inhibidores de fenómenos como el abuso de drogas, la producción o el tráfico que hacen más o menos vulnerables a algunos territorios y poblaciones (Thoumi, 2015). En segundo lugar, la autoridad punitiva de los Estados en la región para sancionar delitos de drogas se ha ejercido selectivamente: dura contra los más débiles y débil contra los más duros (Garzón, 2015). ¿Quiénes son las personas que están encarceladas por delitos de drogas? ¿Cuáles son sus delitos y las sustancias por las que son perseguidos? Este capítulo presenta una caracterización de la población encarcelada por delitos de drogas y de sus perfiles en cada uno de los países estudiados. Una segunda parte se centra en la situación de algunas poblaciones específicas: mujeres, jóvenes, extranjeros y otras poblaciones.

Entre la pobreza y las oportunidades en la ilegalidad: persecución y encarcelamiento de eslabones débiles

Aunque la información sobre las características de la población encarcelada por delitos de drogas es escasa o de difícil acceso en los países estudiados, es posible identificar algunos rasgos comunes de las personas detenidas y encarceladas por delitos de drogas en los países estudiados. En su mayoría se trata de personas con bajos niveles de educación, en con-

dición de pobreza o con trabajos de baja remuneración. Un importante número fue detenido en flagrancia y nunca antes habían cometido delitos. En términos de las organizaciones de narcotráfico, como se muestra en este apartado, las personas encarceladas ocupan los eslabones débiles de la cadena de las drogas ilícitas.

En Argentina, según los datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la mayoría de las personas privadas de la libertad en 2013 no había terminado la secundaria (85 %) y un porcentaje considerable tampoco terminó la primaria (31 %); 82 % no tenía un trabajo de tiempo completo y 44 % no tenía profesión u oficio; 60 % recibió penas de 3 a 9 años de prisión, y 69 % de ellos habían cometido un delito por primera vez (Corda, 2016). En el 2014, según una encuesta realizada en el Sistema Penitenciario Federal (SPF) y el de la provincia de Buenos Aires (SPBA), las personas encarceladas constituían una población bastante homogénea:

...son mayoritariamente jóvenes, con bajos niveles de instrucción y provenientes, en su mayoría, de familias desestructuradas [...] el 71 % de los condenados se encontraba trabajando antes de ser detenidos. Sin embargo, dichos trabajos eran en general de una baja calidad económica ocupacional. [...] Son muy pocos los que dirigían alguna operación de robos o de tráfico de drogas o que fueron acusados por cometer delitos millonarios. En cambio, abundan los delincuentes que forman parte del último eslabón de la cadena y que son los más fácilmente reemplazables por otros cuando los primeros son detenidos.

En Brasil, como otros países de la región, el perfil general de la población en prisión es mayoritariamente de jóvenes (hasta 24 años), afrodescendientes, pobres y con escasas oportunidades, siendo el delito de tráfico de drogas el más frecuente entre ellos. De la población privada de la libertad, 75 % tenía máximo primaria completa (2014). Mientras que 32 % de la población general en el país tiene enseñanza media completa, para el caso de la población carcelaria solo 9,5 % había concluido este nivel (Departamento Penitenciario Nacional de Brasil, 2016, p. 46). El perfil general de los internos por tráfico de drogas sigue la lógica estructural selectiva de control social de la pobreza. La policía sabe dónde buscar a las personas que quiere capturar: en las comunidades pobres de la periferia y en las favelas (Boiteux, Chernicharo y Leão de Aquino, 2016).

En Colombia, a mayo de 2016, según datos del Inpec, 79,3 % de las personas privadas de la libertad no habían podido concluir su educación media y 42 % tenían máximo primaria.¹ Cabe señalar que los niveles de pobreza para el caso de las familias cuyo jefe de hogar tenía máximo educación primaria o secundaria en 2013 eran del orden de 41,9 y 27,1 % respectivamente (DANE, 2013, p. 14), lo cual sugiere que muchas de estas personas provienen de familias pobres. En una muestra de personas condenadas por el delito de tráfico, porte o fabricación de estupefacientes entre 2010 y 2014, el Ministerio de Justicia y del Derecho pudo determinar que 19,4 % estaban desempleadas y la gran mayoría se dedicaba a oficios informales de baja remuneración. Solo 4,41 % se dedicaba a un oficio en ejercicio de una carrera profesional o estaban estudiando (Ministerio de Justicia y del Derecho, en prensa).

En relación con el rol de las personas en redes delincuenciales, en 2014, 78,9 % de las personas encarceladas por delitos de drogas habían cometido una conducta delictiva por primera vez y solo 3,9 % habían reincidido dos veces o más. Por lo menos 78 % estaban recluidas por cometer un delito de drogas, sin concurso con otra clase de delitos; los concursos con delitos violentos, sean estos o no con armas de fuego no superaban el 12 %. Y, a partir de la premisa de que para considerar que una persona puede tener una participación importante en una organización criminal debería haber sido condenada o estar procesada, además, por el delito de concierto para delinquir, habría que concluir entonces que solo un 6,51 % de los ingresos en los últimos cinco años por delitos de droga tendrían esta característica (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017). La persecución penal de delitos como el mantenimiento de plantaciones o el tráfico en pequeña escala, perpetrados en su mayoría por eslabones débiles, es mucho más eficiente que la de otros como el lavado de activos, donde suelen estar los “peces más gordos” (García Villegas, Espinosa y Jiménez Angel, 2013, pp. 36-40). En 2014, 94,9 % de las capturas policiales por delitos de drogas eran en flagrancia. Los departamentos más pobres, particularmente los del sur del país, tenían una mayor proporción de capturas por conductas como el mantenimiento o la financiación de plantaciones (también por tráfico para procesamiento), mientras que los departamentos de la zona

1 Estadísticas de Inpec. Recuperado de [http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad %EDsticas/Estadisticas/Estad %EDsticas](http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Estad%EDsticas)

cafetera y Antioquia, tenían mayor participación de capturas por tráfico de estupefacientes (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017).

En Costa Rica, una muestra de 2012 expedientes condenatorios por delitos de drogas en 2014, analizada por los investigadores del CEDD (Cortés, 2016), muestra que el nivel educativo de la mayoría de las personas privadas de la libertad por drogas es primaria completa (33 %), seguido por los que tienen primaria incompleta (27,3 %) y secundaria incompleta (21 %). Solamente 6,8 % terminó la secundaria, 4 % concluyó estudios universitarios y 1,7 % no sabe leer ni escribir. Las ocupaciones principales varían según el sexo, ya que 53 % de las mujeres son amas de casa, y 17 % comerciantes, mientras que entre los hombres con un 18 % es comerciante, seguido por desempleados y construcción (12 % ambos). Otras ocupaciones registradas en los expedientes de las mujeres son estilista, cocinera, empleada y enfermera, todos con porcentajes muy bajos. Entre los hombres se observaron los trabajos de porteador, peón agrícola, chofer, mecánico, transportista, lava carros y seguridad, entre otros. En menos de la mitad (43 %) de los casos se mencionan antecedentes de consumo de drogas, tomando en cuenta que para 15 % de los casos esto no se reportó en el expediente.

En México, los datos muestran que la población en reclusión es bastante homogénea, tratándose principalmente de hombres jóvenes provenientes de sectores económica y socialmente desaventajados. La Primera Encuesta realizada a población interna en centros federales de readaptación social (Pérez Correa y Azaola, 2012, p. 7) indica que los internos sentenciados en el sistema penitenciario federal son principalmente hombres y mujeres jóvenes (mayoritariamente entre 31 y 40 años), con hijos (78,8 % de los hombres y 88,4 % de las mujeres) y con fuertes desventajas sociales. Proviene de contextos violentos y cuentan con escasa educación: 53,7 % de los varones internos y 60 % de las mujeres no completaron la secundaria; 56,6 % de los hombres y 45,3 % de las mujeres dijeron que la razón por la que no continuaron estudiando fue la necesidad de trabajar. En Ciudad de México y en el conurbado estado de México, los datos de la encuesta muestran que se la población penitenciaria está conformada por jóvenes, principalmente varones, con escolaridad ligeramente por debajo del promedio de su localidad (Bergman *et al.*, 2014, pp. 10-11). Es relevante que uno de cada cuatro internos dijo que se fue de su casa antes de cumplir quince años y el motivo más frecuente del abandono del hogar fue la violencia intrafamiliar.

Delitos y sustancias que trafican las personas privadas de libertad

Como se mencionó, las personas encarceladas por delitos de drogas en América Latina ocupan, en su mayoría, los eslabones más bajos de la cadena de las drogas ilícitas y suelen desempeñar funciones de bajo nivel en las organizaciones. En general, no se trata de las personas que más se enriquecen de las actividades relacionadas con drogas, sino de quienes son fácilmente reemplazables en las actividades que realizan. Además, debido a la forma en que se regula la posesión, suele tratarse de usuarios que poseen sin intención de comercializar o que son equiparados con vendedores de pequeñas cantidades, también conocidos como microtraficantes o narcomenudistas.

En Brasil, en una investigación realizada por la Universidad de São Paulo (De Jesús *et al.*, 2011), se analizaron 667 personas capturadas en flagrancia entre noviembre de 2010 y enero de 2011 en la ciudad de São Paulo. En estos casos, a 62,13 % les fueron encontrados menos de 100 g de alguna sustancia. La marihuana fue la sustancia más común (57,61 %), y en 61 % de los casos se encontraron menos de 30 papeletas. En el caso de la cocaína, en 70 % de los casos fueron incautados menos de 100 g de la sustancia; en el 56 % fueron encontrados entre una y 30 papeletas de pasta base; en esos casos, 30,66 % de las personas alegaron ser usuarios, 20,8 % negó la propiedad de la droga, 12,04 % negó el tráfico, 6,21 % dijo sobrevivir del tráfico y 1,46 % dijo realizaban transporte de drogas. Todos estos casos fueron sancionados penalmente por tráfico. De acuerdo con Boiteux y Wiecko (2009), las sentencias condenatorias emitidas por tráfico entre 2006 y 2008 en Río de Janeiro y Brasilia confirman que la marihuana y la cocaína fueron las sustancias más presentes en las incautaciones en las dos ciudades, siendo bajas las cantidades de drogas incautadas. En Brasilia, 68,7 % de los casos involucraron una cantidad de marihuana inferior a 100 g, y en relación con la cocaína, la mayoría de las sentencias (28,8 %) involucra cantidades de 100 g a 1 kg. En Río de Janeiro, en 50 % de los procesos la cantidad de marihuana presentada fue de menos de 104 g. Llama la atención el número de procesos en los que se trató de pequeñas cantidades: 35,1 % de los condenados por cocaína tenían en su poder hasta 10 g, mientras que 9 % portaban hasta 10 g de marihuana. Esto sugiere que podrían ser usuarios detenidos por la policía como traficantes (Boiteux y Wiecko, 2009).

En Costa Rica, la razón principal por la que se ejecutaron sentencias por delitos tipificados en la Ley de Psicotrópicos fue la “venta de drogas”,

con un 58,4% del total, seguido por el “tráfico / transporte de drogas”, con un 12,6%. De todos los casos, un 61,9% obtuvieron penas de cinco a menos de siete años de prisión, lo que coincide con las penas por procesos abreviados que suele ofrecer la Fiscalía, lo que indica que en la mayoría de los casos existe evidencia suficiente para que las personas acusadas se declaren culpables con tal de recibir condenas más bajas, sin poder así brindar una declaración en un juicio formal (Cortés, 2016). Asimismo, menos de la mitad de los casos que ingresaron a la Fiscalía Penal de Adultos por violación a la Ley de Psicotrópicos entre 2003 y 2013 terminaron en sentencias con penas privativas de libertad por parte de los juzgados penales (Cortés, 2016).

La mayoría de las personas encarceladas en ese país entre 2006 y 2011 fue acusada por cuatro conductas: venta (33%), transporte (20,2%), infracción a la ley de psicotrópicos (21,7%) y tenencia / posesión (17,8%). La variable que más aumenta es la “venta”, conducta que se triplicó en este mismo periodo. El análisis de la muestra de expedientes penales señala que en cerca del 70% de los casos revisados se presentó un procedimiento abreviado, con penas de cinco años y cuatro meses (35,5%), seis años (16,5%) y siete años (6,7%). Una cuarta parte cumple condenas de prisión de ocho años (24,3%) y solamente un 5% recibe penas mayores a estas. Pese a ello, cerca del 80% estuvo en prisión preventiva, con un promedio de 211 días de encarcelamiento. La venta al menudeo representa un 68,8% de todos los casos de encarcelamiento por delitos de drogas analizados en esta muestra de expedientes. Este delito representa cerca del 80% de las conductas por las que los hombres están encarcelados, mientras que entre las mujeres llega al 60%. Un hecho característico de todos estos casos es que se realiza venta controlada o experimental por parte de agentes encubiertos o colaboradores confidenciales. Solo en 3,9% de los casos se señaló que la persona encarcelada era líder o jefe de una organización dedicada a la venta de drogas, y de estas más de la mitad recibió penas menores a los ocho años, similares a las de los eslabones más débiles (Cortés, 2016).

En los casos de personas condenadas por venta al menudeo, según el análisis de una muestra de expedientes penales, la droga de mayor presencia fue el cannabis, aunque entre las mujeres fue el crack. En el 60% de los casos donde fue posible obtener información sobre el peso de las sustancias involucradas, se incautaron menos de 10 g y en 80% menos de 50 g de alguna sustancia (Cortés, 2016).

En Colombia, según datos de la Policía Antinarcóticos, el 93 % de las personas que fueron capturadas –aquellas aprehendidas por la policía que no siempre llegan a instancias de la Fiscalía– por delitos de drogas en 2013, tenían menos de 250 g de marihuana, cocaína, pasta base o bazuco (Ministerio de Justicia y del Derecho, en prensa). Según el análisis de una muestra de expedientes judiciales condenatorios entre 2011 y 2014 por el delito de tráfico, porte o fabricación, 72,9 % de los casos involucraron una sola droga ilegal, y solo en 22,5 % de los casos se trató de personas que poseían dos o más al momento de su captura. Entre quienes portaban una sustancia, la más frecuente fue la cocaína, con 47,2 % de los casos, seguido de la marihuana, con 44,1 %. El porcentaje restante se distribuye entre casos en que la sustancia involucrada era algún insumo para el procesamiento, heroína o incluso hoja de coca. En términos de las cantidades involucradas en el delito, para la cocaína, la mayor parte se concentra en casos que involucran menos de 20 g (los cuales representaron el 20,75 % de todos los casos en los que está involucrada una sola sustancia ilegal y el 43 % de los que involucran únicamente cocaína). Para la marihuana, la persecución se concentra en casos de menos de 200 g (lo que representan el 23 % de los casos de una sola sustancia y el 52 % de todos los que tuvieron que ver con marihuana) (Ministerio de Justicia y del Derecho, en prensa).

En México, de acuerdo con la Primera Encuesta en Centros Penitenciarios Federales (CIDE), realizada en 2012, 62 % de las personas internas sentenciadas en dichos centros lo estaban por delitos contra la salud. De estas, 58,7 % habían sido sentenciadas por un delito relacionado con la marihuana y 38,5 % por el delito de posesión (traer consigo). Cruzando los datos de la encuesta resulta que 10,2 % de la población en reclusión sentenciada en centros federales lo estaba solamente por conductas relacionadas con “consumir” o “traer consigo” marihuana (Pérez Correa y Romero, 2016). Esto significa que en 2011 había 1.509 internos sentenciados por estas conductas. En los estados, la marihuana también aparece como la principal sustancia perseguida. En los 11 estados que proporcionaron información para la investigación del CEDD en México, 62,24 % de las detenciones reportadas fueron por marihuana, seguidas por cocaína (22,63 %) y metanfetaminas (13,24 %) (Pérez Correa y Romero, 2016).

En Perú, la mayoría de los presos por drogas, a marzo de 2014, habían sido detenidos por el delito de tráfico ilícito (tipo base) (49,9 %). Esta categoría suele incluir en su mayoría a personas que transportaron

pequeñas cantidades de drogas (Mangelinckx, 2016); le siguen aquellos que estaban por formas agravadas de tráfico ilícito (28,9% del total), promoción o favorecimiento del tráfico (12,8%) y micro comercialización (8,2%). Resulta preocupante que entre los que estaban por tráfico hay un alto número de internos mayores de 60 años (3,9%). En términos de nivel educativo, 91,8% de los internos por drogas tenían educación secundaria completa o menos. Según investigaciones de penalistas y de la Comisión Episcopal de Acción Social (2015 p. 22), “al estudiar el nivel educativo y la profesión desempeñada por el padre y la madre, queda claro que a la cárcel siguen yendo, esencialmente, trabajadores pobres, hijos a su vez de trabajadores poco cualificados y sin estudios”. Estas investigaciones señalan que la gran mayoría de las personas privadas de la libertad proceden de familias desestructuradas o numerosas, y que han vivido en la calle (Comisión Episcopal de Acción Social, 2015).

En Uruguay, el porcentaje de reincidentes dentro del total de la población privada de la libertad es alto (59,6% en 2012) y ha venido en aumento. De cada diez personas procesadas por delitos de tráfico de drogas en 2014, dos se encontraban desocupadas o pensionadas al momento del procesamiento, seis realizaban algún oficio en posiciones de precariedad laboral (“changas”, jornaleros, en “labores”, en la prostitución, u otros) y solo dos eran estudiantes, empleados privados o públicos (Bardazano y Salamano, 2016).

Usuarios de drogas: criminalización y encarcelamiento

Pese a que cada vez toma más fuerza la idea de que el consumo de drogas, y las conductas necesarias para realizarlo, no deben ser tratados como asuntos de índole penal, sino de salud, en el mundo, y especialmente en la región latinoamericana, se continúa persiguiendo y sancionado penalmente a los usuarios. Según datos que los Estados reportan a UNODC, el número de capturas policiales por conductas asociadas al consumo de drogas ilícitas supera al del tráfico. Aunque para el caso de los usuarios la tasa de condenas (es decir, el porcentaje de los capturados que terminan condenados) es menor que para los delitos relacionados con el tráfico, todavía se sigue condenando y encarcelando a usuarios de drogas (Metaal y Loi, 2016). De hecho, UNODC estima que casi una cuarta parte de las personas que se encuentra en prisión en el mundo por delitos de drogas lo está por conductas relacionadas con el consumo, no con la producción, el tráfico o la comercialización de drogas ilícitas (UNODC, 2016a, p. 102).

Por las declaraciones políticas que han suscrito los Estados de las Américas en el sentido de que el uso de drogas debe ser tratado bajo un enfoque de salud pública y no con medidas represivas, cabría esperar que en los países analizados este fenómeno fuera excepcional.² Sin embargo, las respuestas de los Estados de las Américas frente al consumo de sustancias de uso ilícito continúan siendo predominantemente punitivas y represivas (CEDD, 2014). Es decir, que es a través de las instituciones penales, y no las de salud, como los Estados abordan el consumo de drogas de uso ilícito. Significa además que es a través de policías –o incluso de militares–, fiscales y jueces penales, que los Estados abordan a los usuarios de sustancias controladas en estos países, quedando expuestos a la arbitrariedad y la corrupción por parte de algunos de ellos. Esto sucede porque, pese a que el uso de drogas no está criminalizado, la posesión o tenencia, u otras actividades necesarias para que las personas puedan ejercer su derecho a usar drogas, sí lo están –de formas diferentes y dependiendo de cada país–. La tabla 6 muestra la regulación del uso y la posesión de drogas en los nueve países latinoamericanos estudiados.

En términos normativos, la posesión o tenencia suele distinguirse entre: a) la posesión con fines de distribución (que puede ser comercial o gratuita), y b) la posesión que no se realiza con esos fines. Esta última, a su vez, se distingue entre aquella que se presume se realiza para consumo estrictamente personal (conocida como posesión para consumo) y la posesión que, sin exigir que tenga fines de distribución, no es tolerada. Este último tipo es conocido como posesión simple (Pérez Correa *et al.*, 2015).

Existen tres posibilidades mediante las cuales se regulan las conductas de drogas: a) la conducta se tipifica como delito y se sanciona; b) la conducta se tipifica como delito, mas no se sanciona; y c) la conducta no se tipifica ni se penaliza. Actividades como el tráfico, el comercio, la

2 Al respecto pueden consultarse: Declaración de Antigua, Guatemala, adoptada el 6 de junio de 2013, y el informe “El problema de las drogas en las Américas” (OEA, 2012), que representaron un giro en la postura de los Estados. Posteriormente, se han producido las siguientes declaraciones que han ratificado la voluntad reformista: Visión Regional de Unasur para Ungass 2016; Declaración de Quito de la Celac, resultado de la II Reunión Ministerial sobre el problema mundial de las drogas; Declaración de Brasilia sobre Puntos de Convergencia de los Estados Parte y Asociados de Mercosur frente a la Ungass 2016. Para consultar estas y otras declaraciones: <http://idpc.net/es/alerts/2015/09/primer-borrador-para-la-ungass-2016-aportaciones-de-estados-miembros-y-organismos-regionales>

TABLA 6
Regulación del consumo y la posesión de drogas
en los países latinoamericanos estudiados

País	Consumo	Posesión	Regulación (síntesis)
Argentina	No	Sí	La posesión o tenencia simple y la tenencia con fines están tipificadas como delito. El artículo 14 de la Ley 23.737 tipifica la posesión para consumo como delito. Sin embargo, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 14 siempre que “se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros” (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallo Arriola - A. 891. XLIV).
Bolivia	No	Sí	La posesión para consumo es delito de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 1008, sancionable con tratamiento forzoso. Sin embargo, en la práctica esta disposición no se aplica. En caso de que un examen médico determine que la persona porta más de lo necesario para su consumo, dentro de 48 horas es procesada por tráfico.
Brasil	No	Sí	La posesión para consumo y la posesión simple están tipificadas como delito. El artículo 28 de la Ley 11.343/06 señala que el juez determina cuándo la sustancia se considera para consumo personal tomando en cuenta, entre otras cosas, la “naturaleza” de la sustancia, la cantidad y los antecedentes de la persona. Las sanciones para posesión por consumo no incluyen penas privativas de libertad (art. 33 de la Ley 11.343/06).
Colombia	No	Sí	El consumo está prohibido constitucionalmente, pero la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, con base en la doctrina de la dosis de aprovisionamiento, que el porte para consumo no está penalizado incluso si sobrepasa la dosis personal (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221). Sin embargo, la posesión simple sí está tipificada como delito. ¹

1 En la Sentencia C-491 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo del Código Penal que tipifica como delito el porte, en el entendido de que no incluye la penalización del porte o conservación de dosis, exclusivamente destinada al consumo personal de sustancia estupefaciente, psicotrópica o droga sintética, aun cuando sobrepase ligeramente la dosis personal. “Artículo 376. *Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.* El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

País	Consumo	Posesión	Regulación (síntesis)
Costa Rica	No	No	Ni la posesión para consumo, ni la posesión simple son delitos. La posesión solo es delito si se determina que la intención de la persona es para que “distribuya, comercie, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, cultive, produzca, transporte, almacene o venda las drogas, las sustancias o los productos referidos en esta Ley, o cultive las plantas de las que se obtienen tales sustancias o productos” (art. 58, Ley 8204). La posesión está tipificada y sancionada tratándose de semillas “con capacidad germinadora u otros productos naturales para producir las referidas drogas” (art. 58, Ley 8204, aunque en la práctica esta ley no se aplica).
Ecuador	No	Sí	La posesión simple y para uso están tipificadas como delito, pero cuando la posesión es para consumo, no es sancionada (art. 220 del Código Orgánico integral Penal). La posesión simple se materializa por encima de los umbrales. ²
México	No	Sí	La posesión para consumo personal es un delito, pero no se procede penalmente, siempre que no se exceda de los umbrales máximos establecidos por la Ley General de Salud (art. 479), no sea en lugares como escuelas o cárceles y se trate de alguna de las sustancias contempladas en la LGS. La posesión simple es delito. ³
Perú	No	Sí	La posesión para consumo no es punible siempre que no exceda los umbrales de cantidad permitidos o se encuentre en posesión de dos o más tipos de sustancias. Por encima de los umbrales, es punible.
Uruguay	No	Sí	La posesión para consumo no es delito. El juez, de acuerdo con las “reglas de la sana crítica”, decide cuándo una sustancia será destinada a consumo personal. En el caso del cannabis, se entiende para consumo hasta 40 g de marihuana o 6 plantas (art. 7, Ley 19.172). La posesión simple es delito, salvo que se cuente con autorización legal de artículo 5 de la Ley 19.172.

2 Resolución 001 Consep-CD-2013 que establece las cantidades máximas admisibles de tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para consumo personal. Segundo Suplemento R.O. 19-20 de junio de 2013.

3 El artículo 477 a la Ley General de Salud establece la posesión simple cuando alguien posee alguno de los “narcóticos señalados en la tabla en cantidad menor a la que resulte de multiplicar por mil las previstas en dicha tabla” y “cuando por las circunstancias del hecho tal posesión no pueda considerarse destinada a comercializarlos o suministrarlos, aun gratuitamente”. Dicha conducta es sancionable con penas de entre “diez meses a tres años de prisión y hasta ochenta días de multa”.

FUENTE: Pérez Correa *et al.* (2015).

siembra y la distribución se regulan de la primera forma: como delitos que se sancionan. Por su parte, el consumo generalmente se regula mediante la tercera forma, sin tipificarse como delito, y consecuentemente sin sanción. Las diversas formas de posesión oscilan entre la primera y la segunda forma, con diferencias según cada país. Muestra de ello es que ningún país tipifica la conducta del consumo de sustancias de uso ilícito como delito, pero en todos, con excepción de Costa Rica, la posesión sí se regula al ser tipificada como delito en alguna de las formas mencionadas previamente (Pérez Correa *et al.*, 2015).

Sin embargo, al tipificar la posesión como delito, se mantiene a los consumidores dentro de la esfera penal ya que todo consumidor, para poder consumir, debe antes poseer la sustancia. Aún en los supuestos en que la posesión para consumo no se castigue penalmente, son policías, fiscales o jueces penales –es decir, agentes del sistema penal– quienes determinan la finalidad de la posesión. Los consumidores son arrestados y frecuentemente llevados a las fiscalías para determinar su calidad de consumidores, con todos los riesgos que esto implica en el contexto latinoamericano, marcado por corrupción, abuso en la discrecionalidad y exceso en el uso de la fuerza.

Mecanismos como la definición de umbrales para distinguir la posesión para uso personal de aquella orientada a otros fines, no han sido suficientes para evitar este riesgo.³ Como se verá a continuación, en los países

3 Es frecuente que la posesión sea tolerada bajo un esquema de umbrales máximos de portación de sustancias. En este esquema, los Estados predefinen una cantidad determinada de algunas sustancias ilícitas por debajo de las cuales se debe presumir la posesión para consumo personal. En las Américas, estos umbrales suelen ser muy bajos y, frecuentemente, las cantidades no corresponden a las prácticas de consumo y abastecimiento de los usuarios. En algunos casos, como el mexicano, por encima de esas cantidades se tiene por comprobada, sin más elementos, la intención de venta o comercio. Esto resulta violatorio de principios constitucionales conforme a los cuales el usuario de drogas no debería ser criminalizado y, además, del principio de presunción de inocencia. En otros casos, como en Colombia con la doctrina de la dosis de aprovisionamiento desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, se exigen elementos adicionales para sentenciar a una persona cuando sobrepasa los umbrales permitidos, como por ejemplo, establecer intencionalidad de venta o distribución. Sin embargo, aun en este escenario, el usuario queda bajo la esfera de las instituciones penales, siendo materia de policías y fiscales, y no de instituciones de salud como se afirma discursivamente. Teniendo en cuenta que los umbrales pueden ser armas de doble filo, el CEDD ha recomendado usarlos siempre como pisos, por debajo de los cuales no se

estudiados por el CEDD se sigue deteniendo o procesando a usuarios de drogas. Y cuando todos los controles administrativos y judiciales para distinguir a aquellos que poseen para consumir de quienes lo hacen para traficar o vender fallan, se llega incluso a condenar y encarcelar injustamente a usuarios de drogas equiparándolos con microvendedores.

En Argentina, de acuerdo con la más reciente investigación del CEDD (Corda, 2016), en 2014 la Procuraduría de Narcocriminalidad (Procurar) de la Procuración General de la Nación presentó un informe en el cual indicó que en el año 2012 se registraron 9.414 causas por el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal por los fiscales federales de todo el país (38,2 % del total), siendo esta la razón por la que más causas se iniciaron (Procuraduría de Narcocriminalidad, 2012). A este número habría que sumar las causas por el mismo delito que se registran en las fiscalías de la provincia de Buenos Aires, territorio donde intervienen las agencias penales locales. En el año 2008, las causas por tenencia para consumo personal iniciadas por los fiscales de la provincia de Buenos Aires fueron de 7.484 (Procuraduría de Narcocriminalidad, 2014).

Teniendo en cuenta que estas causas siguieron creciendo a partir de dicho año, es posible inferir que durante el 2012 se habrían registrado más de quince mil causas por tenencia para consumo personal; lo cual permite pensar en un número igual o mayor de usuarios alcanzados por el sistema penal en todo el país. (Corda, 2016)

De hecho, las causas iniciadas por este motivo representan más de la mitad del total en jurisdicciones como Córdoba (60 %), Mendoza (52 %) y Resistencia (51 %) (Procuraduría de Narcocriminalidad, 2012). Aunque no hay información para saber en qué terminaron estas causas, se han presentado casos de condenas contra usuarios, así como también contra autocultivadores (Revista THC, 2011; 2012; 2013).

En Brasil, una de las hipótesis sobre el aumento de personas privadas de la libertad a partir de la nueva Ley de Drogas, es que muchos usuarios jóvenes están siendo condenados como traficantes, portando pequeñas cantidades. Esto parece ser el caso en Río de Janeiro, Brasilia (Boiteux y Wiecko, 2009) y São Paulo (De Jesús *et al.*, 2011).

pueda tener a una persona como vendedora, y no como techos por encima de los cuales se le presume como narcomendista o microtraficante (Pérez Correa, Corda y Boiteux, 2015).

15 g de marihuana, más de cinco meses de prisión

Un caso que tuvo mucha repercusión pública, ocurrido en la provincia de Santiago del Estero en Argentina, muestra que los usuarios pueden terminar en prisión. Distintos medios gráficos recogieron el caso de un joven de veintidós años quien había sido encontrado a mediados de 2013 con 15 g de marihuana y estuvo detenido durante más de cinco meses. Un año después se estableció que su tenencia era para consumo personal. El caso formó parte del documental *La máquina de hacer perejiles*, y un apéndice, que se publicaron en 2014, disponibles en YouTube.

De todas esas fuentes se puede reconstruir que todo comenzó a principios de 2013, cuando el joven había sido detenido con 12 g de cannabis y se le inició un proceso penal donde habría participado un policía con el cual tuvo un altercado anterior. Entre sus pertenencias se incautaron 12 g de marihuana. Las agencias judiciales, en vez de citarlo a declarar como le habían dicho, lo comenzaron a investigar por el delito de comercialización de estupefacientes.

El resultado de esa investigación llevó a que el 19 de junio de 2013 se allanara el puesto de diarios familiar donde trabajaba el joven, al cual se le incautó la cantidad de 15 g de marihuana. Según el relato del joven, al momento del allanamiento uno de los integrantes de la fuerza de seguridad que intervino había acompañado a la persona que le vendió esa misma sustancia la noche anterior. Pese a lo exiguo de esa sustancia se mantuvo detenido al joven apoyándose en los supuestos elementos colectados que indicaban que la vendía. Así, recién recuperó su libertad el 26 de noviembre de 2013 y el 10 de junio de 2014 se consideró que se trataba de una tenencia para consumo personal.

Si bien no habría vuelto a la cárcel el proceso penal aún no se cerró. El mismo joven señaló que en el marco de ese expediente debía finalizar estudios, realizar tareas comunitarias y hacer rehabilitación; exigencias que se imponen como alternativas al avance del proceso penal.

Respecto de la imposición de la rehabilitación, la propia persona sostuvo que era una “tontera” y refirió: “yo no soy un enfermo porque consumo marihuana”. Sin embargo, se impone como uno de los requisitos para evitar la posibilidad de la continuación del proceso, e incluso, de volver a prisión.

FUENTE: Corda (2016).

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado la doctrina de la dosis de aprovisionamiento, de acuerdo con la cual, si una persona es capturada con una cantidad levemente superior a la dosis personal, no debe ser penalizada, siempre que su propósito no sea distribuirla, sino conservarla para su propio consumo.⁴ En sentencia reciente, la Corte Su-

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de noviembre de 2008. Proceso 29183. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Ver también Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de noviembre de 2008. Proceso No. 29183. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

prema ha ido más allá y, en sede de casación, lo cual hace tal precedente de obligatorio cumplimiento por los operadores judiciales, estableció que “la cantidad de estupefaciente que se lleve consigo no es el único elemento definitorio de la antijuridicidad, sino solo uno más de los que habrán de valorar los juzgadores a fin de determinar la licitud de la finalidad del porte”.⁵ Teniendo en cuenta que muchos casos llegan a sentencia, no es de extrañar que, como se ha mostrado en anteriores investigaciones (CEDD, 2014), una buena parte de las ochenta mil personas que la Policía captura anualmente (esta cifra anual de capturas se refleja en 221 capturas diarias o 9 capturas cada hora) sean contra usuarios (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017). Pero además, según una muestra de expedientes condenatorios por delitos de drogas entre 2011 y 2014, 30,71 % de las condenas fueron por “llevar consigo” exclusivamente, es decir, por porte o posesión simple de drogas sin que se probara que las sustancias fueran con fines distintos al uso. En algunos de estos casos, incluso, se condenó a personas con posesión de cantidades inferiores o ligeramente superiores a la dosis personal (Ministerio de Justicia y del Derecho, en prensa).

En Ecuador, si bien el artículo 364 de la Constitución de la República de Ecuador considera formalmente que el uso o consumo de drogas no es un delito, en los hechos, la sola “tenencia” o “posesión” para el consumo sí lo ha sido según el artículo 62 de la Ley 108 y 220 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). El 88,8 % de las personas remitidas al sistema penal por las agencias policiales son aprehendidas por meros actos de “tenencia o posesión”. Entre 2007 y 2014, la Defensoría Pública reportó que entre sus defendidos privados de la libertad, las estadísticas por aprehensiones por delitos de drogas fueron: 232 por el delito de comercialización o elaboración, 515 por el delito de tráfico ilícito y 15.532 por el delito de tenencia o posesión. En otras palabras, hubo un promedio de 2.220 personas detenidas al año por tenencia o posesión de drogas que requirieron defensa pública (Paladines, 2016, p. 22).

En Estados Unidos, el derecho penal ha sido usado tanto para reducir la oferta como la demanda de drogas, con lo cual la tasa de encarcelamiento por posesión de drogas creció casi en la misma proporción que aquella de personas encarceladas por tráfico (Caulkins y Chandler, 2006). En 2014, 83 % de todos los arrestos por delitos de drogas correspondía

5 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández. Rad. 42617.

a posesión. Además, 2014 fue el primer, año desde 2009, en que se incrementó el número de arrestos por cannabis, llegando a 619.809 casos. Debido al sistema de fijación de penas, muchas de las condenas más draconianas por posesión tienen lugar a nivel estatal.

En México, de acuerdo con la Procuraduría General de la República, entre 2006 y 2014 fueron detenidas 453.069 personas en el ámbito federal por delitos contra la salud. De estas, 175.993 fueron detenidas por posesión (en sus diversas modalidades) y 156.189 por consumo (a pesar de que el consumo no es un delito).⁶ Esto significa que 73,3 % de las personas detenidas a nivel federal por delitos de drogas lo fueron por posesión o consumo.

Para el estudio de México se realizaron varias solicitudes de información a los estados (provincias) sobre personas privadas de la libertad por delitos de drogas. Aunque no todos dieron dicha información,⁷ de acuerdo con las respuestas recibidas, 73.992 personas habían sido detenidas por delitos contra la salud en 18 estados que dieron información entre 2012 y 2014. Asimismo, aunque la mayoría de los estados solo reportaron delitos contra la salud en general sin especificarlos, diez de ellos especificaron delitos. De los 13.049 detenidos en esos lugares, 6.172 (47 %) fueron detenidos por posesión simple y 1.432 (11 %) por posesión para consumo. En otras palabras, 58 % de las detenciones de drogas en estos estados o provincias entre 2012 y 2014 fueron por delitos de posesión para consumo o posesión simple. Además, la mayoría de las detenciones fueron por marihuana (Pérez Correa y Romero, 2016).

En Perú, el Código Penal no penaliza la posesión de pequeñas cantidades de droga para el uso personal (art. 299). Sin embargo, la Policía Nacional del Perú a menudo detiene ilegalmente a usuarios de drogas. Entre 2000 y 2013, la Policía detuvo a 43.515 personas por consumo o posesión, lo cual representa el 55,5 % del total de detenciones por drogas.⁸

6 Solicitud de información vía Infomex, PGR, folio 0001700072215.

7 De los 32 Estados, solo 18 dieron información sobre los delitos específicos de drogas: Baja California, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Distrito Federal, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, San Luis Potosí, Tlaxcala y Zacatecas.

8 La institución justifica tales detenciones en los siguientes términos “se colige que dicho accionar está enmarcado y respaldado por la normatividad vigente; así como por los Manuales y Guías de Procedimientos Operativos Existentes [...] el personal policial realiza un procedimiento operativo policial para la intervención del ciudadano que posee drogas, con la finalidad de identificarlo, establecer qué tipo de drogas posee y si la cantidad es punible o no. Ello conlleva a la necesidad de realizar pruebas de descarte

Algunos de estos casos llegan hasta las fiscalías especializadas: entre 2009 y 2013, 3.588 casos por consumo o posesión llegaron a conocimiento del poder judicial (5,4 % de los casos por drogas) (Mangelinckx, 2016). Entre la población en prisión, el alto porcentaje de privados de la libertad por microcomercialización, sumado a la existencia de algunos casos de usuarios encarcelados por este delito, ha llevado a algunos a sugerir que varias de las personas encarceladas por esta causa serían usuarios (Mangelinckx, 2016).

En Uruguay, las investigaciones realizadas sobre la jurisprudencia de los tribunales de apelaciones en lo penal con relación a la interpretación de la eximente de pena para la tenencia destinada al consumo personal muestran un criterio restrictivo que ha tendido a la criminalización de cantidades menores (Bardazano, 2012). La aún escasa jurisprudencia posterior a la reforma del año 2013 no exhibe la incorporación en el discurso judicial de un cambio paradigmático. Algo similar ha ocurrido en relación con el cultivo propio; un ejemplo de ello es una sentencia que condenó a una mujer por el delito de producción de sustancias estupefacientes prohibidas (29 plantas de cannabis), a la pena de veintitrés meses de prisión con descuento de la prisión preventiva sufrida por exceder las seis plantas de las que habla la Ley.⁹ Entre 2011 y 2014, a diferencia de lo ocurrido con los procesamientos judiciales por el delito de tráfico que cayeron en 55 %, aquellos relacionados con posesión / uso crecieron 17 %. En total,

de la sustancia y pesaje de la misma y en algunos casos además solicitarle examen toxicológico, análisis químico, antecedentes policiales y requisitorias, etc.; las cuales no se realizan en el lugar de la intervención y permitirán posteriormente que el representante del Ministerio Público establezca o no la comisión de un ilícito” (Policía Nacional del Perú, 2015).

- 9 El Tribunal señaló que el caso debía examinarse teniendo en cuenta la Ley 19.172, que exime de responsabilidad a algunos cultivadores, por tratarse de una ley posterior más beneficiosa para la encausada. Sin embargo, estableció que la persona encausada no puede acogerse a la eximente de responsabilidad: “...ni en el régimen anterior ni en el vigente, una persona que tiene un ‘vivero’ con 29 plantas de marihuana, luz artificial, toldos para ocultarlas y protegerlas, tiene explicación ni justificación alguna para estar excluida del reproche penal. Ni siquiera es posible considerar la plantación como necesaria para su consumo ya que excede las seis plantas de marihuana de que habla la Ley”. Sin perjuicio de ello, “en lo atinente a la pena impuesta a la referida encausada, la misma será abatida al mínimo legal, esto es veinte meses de prisión, en atención a la naturaleza del ilícito imputado, circunstancias aleatorias, peligrosidad y personalidad del agente” (TAP 4, Sent. 140/2014, 17.07.2014).

durante este periodo, 6.161 personas fueron procesadas por posesión, lo cual representa el 58 % de los procesamientos por delitos relacionados con estupefacientes. Uno de cada cuatro procesados recibió condena. A diferencia de los condenados por tráfico, las personas condenadas por posesión / uso lo han sido en su mayoría por posesión de marihuana (44 %), seguida por cocaína (33 %) y pasta base (21 %). De cada diez, seis son hombres y cuatro son mujeres (Bardazano y Salamano, 2016).

La única excepción es Costa Rica, en donde no existen umbrales para consumo personal, sino un modelo discrecional que se basa en la evidencia y los factores atenuantes de la comisión de un delito. Normalmente, la Fiscalía General de la República ha determinado desestimar los casos de consumo evitando así que la policía arreste a personas usuarias (Cortés, 2013). Esto ha implicado que los policías no arrestan a usuarios sino que, al encontrar a alguien consumiendo en la vía pública, los requisa y decomisa la sustancia, sin ser común que los detengan. El informe de Costa Rica muestra que esta excepción se explica por la existencia de directrices de prácticas institucionales para no criminalizar a los usuarios (Pérez Correa, Corda y Boiteux, 2015, pp. 7-8).

Sin embargo, en el análisis de una muestra de expedientes penales por delitos de drogas en Costa Rica, el 49 % de los condenados por venta al menudeo eran también consumidores. La droga de mayor consumo entre esta población es el cannabis, seguida por crack, cocaína y alcohol. Esto muestra que un grupo significativo de estas personas venden la misma droga que consumen como una forma de abastecimiento personal, así como de subsistencia económica (Cortés, 2016). Un ejemplo se encuentra en los niveles más bajos de los expendedores de cocaínas fumables de Costa Rica, conocidos como los “robots”, que usualmente son personas jóvenes con dependencia al crack y que reciben cierta cantidad de esta misma sustancia como pago por su venta. Los “robots” son los que se exponen más a la violencia del mercado ilícito y del Estado (Cortés, 2015).

Como se mencionó, existe un fuerte consenso de que el consumo de sustancias no es un asunto de índole penal, sino uno social y de salud. El informe de 2013 de la Organización de los Estados Americanos (OEA), por ejemplo, afirma que el consumo de drogas debe tratarse como una cuestión de salud pública e incluso recomendó a los Estados parte “la experimentación con modelos de regulación legal de ciertas drogas” (OEA, 2013, p. 5). Estudios pasados del CEDD han mostrado que el tratamiento del consumo (y de los usuarios) por la vía penal resulta problemático

señalando que las respuestas que criminalizan a los usuarios de drogas frecuentemente resultan más nocivas para el bienestar de los usuarios (y para la sociedad en general) que los consumos mismos, y no son útiles en términos de disminuir los índices de consumo (CEDD, 2014). La respuesta penal termina por vulnerar distintos derechos fundamentales de los usuarios como son el derecho a la salud, a la información, a la autonomía personal, a la libre determinación, entre otros. Además, como muestra el informe sobre usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina (CEDD, 2014), usar el aparato penal para resolver los problemas de consumo contribuye a generar un ambiente de estigmatización y discriminación hacia los usuarios de drogas, lo que les impide buscar ayuda médica cuando la necesitan.

La tipificación del delito de posesión o tenencia –tal como se hace en las Américas, penando la posesión simple o de bajas cantidades de sustancias– genera como consecuencia la inevitable criminalización de los consumidores, debido a que todo consumo, en algún momento, implica la posesión de las sustancias objeto del mismo (Pérez Correa, 2015). Para que el consumo sea de facto abordado como un asunto de salud y no penal, se deben tomar en cuenta las conductas necesarias para llevar a cabo el consumo y extraer dichas prácticas del derecho penal. Si las conductas en torno al consumo –posesión, siembra, compra, etc.– permanecen dentro de la esfera penal, los consumidores permanecerán en la esfera de lo penal también.

Poblaciones específicas

Mujeres

Aunque la mayoría de las personas encarceladas por drogas son hombres, el encarcelamiento genera impactos diferenciales y desproporcionados sobre las mujeres (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016). La posición de vulnerabilidad económica y familiar que las mujeres enfrentan en la sociedad se agrava con la prisión, ya que usualmente asumen los roles de cuidado de personas dependientes (hijos e hijas, adultos mayores o personas con discapacidad). Para ellas, la cárcel suele implicar una mayor presión y una grave afectación para las personas con las que vivían. En muchos casos, su encarcelamiento conduce a la ruptura del vínculo familiar y a una mayor exposición de sus dependientes a situaciones de riesgo y vulnerabilidad.¹⁰ A esto se suman las cargas desproporcionadas que

¹⁰ “Los niños, niñas y adolescentes que tienen a sus padres o madres en-

ellas asumen por involucrarse en una actividad ilegal, pues es común que afronten mayores reproches por sus actos delictivos, tanto en el sistema de justicia (policía, defensores, fiscales y jueces), como en otros espacios (en las comunidades, en la familia, en el trabajo, etc.). En varios países, el delito de transporte, por el que frecuentemente son sentenciadas, conlleva penas más severas que otros delitos de drogas. Ello significa que, aun cuando su participación muchas veces se reduce a transportar pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, reciben sentencias de muchos años de prisión. Finalmente, existen impactos de género que tienen que soportar dentro de la cárcel en el marco de un sistema penitenciario diseñado para los hombres, así como lo que tienen que sufrir cuando recuperan su libertad, pues las dificultades para encontrar un empleo decente terminan por perpetuar el círculo vicioso de pobreza, vinculación a mercados de drogas y encarcelamiento.

Incluso cuando sus familiares son encarcelados, las mujeres tienen que asumir varias responsabilidades en su cuidado que repercuten en sus vidas, lo cual convierte la sanción penal en un castigo no solo contra los individuos, sino contra las familias y, en particular, contra las madres, hijas y esposas de los internos (Pérez Correa, 2015). Ante las carencias de los sistemas penitenciarios, son ellas quienes mantienen a los y las internas, quienes los visitan varias veces por semana y quienes los vinculan con el exterior. También deben asumir los costos de su defensa legal, pues en sistemas penitenciarios corruptos trabajan para pagar los sobornos, y para que sus familiares puedan acceder a bienes básicos como agua, comida o medicamentos. Además, el estigma que genera el encarcelamiento de un familiar implica una afectación negativa a sus relaciones familiares y sociales. Incluso, algunas mujeres con familiares en prisión tienen que abandonar sus empleos y padecen problemas de salud (Pérez Correa, 2015).

carcelados pueden enfrentar situaciones similares de vulnerabilidad; no obstante, hay una cantidad importante de literatura que destaca algunos aspectos específicos cuando es la madre quien está presa. El trabajo publicado por Claudia Stella (2009) tuvo como sujetos privilegiados de su relevamiento a los hijos de presas, en el entendido de que existe un condicionamiento histórico por el cual el cuidado de los niños siempre estuvo a cargo de la mujer. Analizando datos de censos penitenciarios, señala que los datos estadísticos de la literatura internacional muestran que cuando el padre está preso la mayoría de los niños continúan siendo cuidados por sus madres, sin embargo, cuando se trata de un encarcelamiento materno, apenas el 10 % queda a cargo de sus padres" (Saavedra *et al.*, 2014, p. 34).

Todo esto es muy distinto cuando ellas son las encarceladas, pues es frecuente que reciban menos visitas que los hombres internos. Lejos de comprensión y apoyo, usualmente reciben mayores presiones y reproches por todas las responsabilidades que ya no pueden asumir o que deben seguir cumpliendo dentro de la cárcel.

La población femenina que se encuentra en prisión en los países de América ha crecido más rápido que la de hombres. Pero dentro de la población carcelaria femenina, la reclusa por delitos de drogas ha crecido a un ritmo más rápido en la mayoría de los países. En Argentina y Bolivia, por ejemplo, la población femenina privada de la libertad por drogas ha crecido porcentualmente más rápido que la masculina reclusa por estos delitos. Los delitos de drogas son, en todos los países estudiados, con excepción de México, la principal causa de encarcelamiento femenino: mientras que para la población en general los presos por drogas representan entre 8 y 30 % de la población carcelaria, las mujeres privadas de la libertad por drogas representan entre 24 y 80 % de la población femenina encarcelada. En Brasil, Costa Rica, Perú y Argentina (a nivel federal) las mujeres presas por delitos de drogas representan más del 60 % de la población femenina, mientras que a nivel global, según las estimaciones de UNODC, solo 12 % de las mujeres en prisión lo están por estos delitos (UNODC Bolivia, 2016). Esto significa que en estos países la participación de las mujeres encarceladas por delitos de drogas supera entre cinco y seis veces la media global (tabla 8).

Las mujeres encarceladas por delitos de drogas son frecuentemente detenidas por realizar tareas de bajo nivel, pero de alto riesgo, como:

- Servir de portadoras para el tráfico internacional, interno, o para ingresar drogas a las cárceles.
- Ser vendedoras en pequeña escala, cultivadoras o procesadoras.
- Realizar labores de apoyo doméstico, como la preparación de alimentos o la limpieza para grupos de delincuencia organizada.
- Fungir como operarias de otra clase de tareas de bajo nivel tales como almacenamiento de sustancias ilícitas, transmisión de información o funciones de intermediación.
- Ser usuarias de drogas que portan pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, a pesar de que en la mayoría de los países de la región el uso no está penalizado. (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016)

TABLA 7
Indicadores de encarcelamiento femenino por delitos de drogas en los nueve países estudiados de América Latina

	Número de encarcelados por drogas (hombres y mujeres)	Porcentaje de encarcelados por drogas en relación con el total	Porcentaje de aumento de la población en prisión por drogas	Número de mujeres encarceladas por delitos de drogas	Porcentaje de mujeres encarceladas por drogas en relación con el total de mujeres	Porcentaje de aumento de mujeres encarceladas por drogas ¹
Argentina²	6.979 (2013)	10,88 %	113,35 % (2002/2013)	513 ³ (dic/2012)	65 % ⁴ (dic/2012)	271 % (1989/2008)
Bolivia⁵	3.939 (2013)	27,32 %	- 17 % (2000/2013)	827 ⁶	48 % ⁷	114,38 % (2003-2013)
Brasil⁸	146.276 (jun/2013)	25,94 % (jun/2013)	344,87 % (2005/2013)	16.489 (jun/2013)	60,63 % (jun/2013)	290 % (2005/2013)
Colombia⁹	23.141 (2014)	21 % (2014)	289,2 % (2000-2015)	3.830 (2014)	45 % (2014)	211 % (2000-2014)
Costa Rica¹⁰	4.645 (dic/2011)	26,4 % (dic/2011)	225,52 % (2006-2011)	944 (dic/2011)	75,46 % (dic/2011)	189,18 % (2006-2011)
Ecuador¹¹	4.156 (2015)	17 % (2015)		709	43 %	
México¹²	26.098 (2013)	10 % (2013)	19 % (2011-2013)	Federales 1.547 (2014) Locales 528 (2013)	44,8 % (ago/2014) 14,2 % (may/2013)	ND 2,3 % (2011-2013)
Perú	19.329 (jul/2014)	27 % (jul/2014)	50 % (2008/2014)	2.679 (jul/2014)	60,6 % (jul/ 2014)	35 % (2008/2014)
Uruguay¹³	1.265 (2013)	12,9 % (2013)		205	24 % (2013)	

1. El aumento se calcula sobre el número absoluto de mujeres encarceladas.
2. SNEEP, Informe anual de la República Argentina. Estos datos son de las cárceles federales.
3. Ver WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016, p. 34).
4. *Ibid.*
5. Instituto Nacional de Estadística (INE).
6. Ver WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016).
7. *Ibid.*
8. Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN), Brasil.
9. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) (2015).
10. Cálculo hecho a partir de los datos del Observatorio de la Violencia del Ministerio de Justicia y Paz. Consultar <http://sisvi.mj.go.cr/SISVI/>
11. Ministerio de Justicia del Ecuador.
12. Conforme a los datos del Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistemas Penitenciarios Estatales, a diciembre de 2014, 252 mil personas estaban privadas de la libertad por delitos del fuero común: 239.667 hombres (95,1%) y 12.233 mujeres (4,8%), de las cuales 11.488 (4,5%) lo estaban por narcomenudeo, 10.614 hombres (92,3%) y 874 mujeres (7,6%). En el fuero federal había privadas de la libertad 35.679 personas, 33.000 hombres (92,4%) y 2.679 mujeres (7,5%), de las cuales 13.794 (38,6%) lo estaban por delitos contra la salud, 12.581 hombres (91,2%) y 1.213 mujeres (8,7%). Esto quiere decir que 25.282 personas estaban presas por delitos de drogas (8,7% del total). De ellas, 2.087 eran mujeres (8,2% del total). Sin embargo, las mujeres detenidas por drogas representaban el 13,9% de las mujeres encarceladas (aunque en el fuero federal representaban el 45% del total y en el común el 7%). Recuperado de: http://www.inegi.org.mx/lib/olap/consulta/general_ver4/MDXQueryDatos.asp?c=.
13. Informes de actuación y evaluación del Sistema Penitenciario Nacional. Poder Legislativo. Comisionado Parlamentario.

FUENTE: Botieux (2015, p. 3).

Muchas de estas mujeres crecen en entornos propicios para el involucramiento en actividades ilícitas y no cuentan con los medios o el capital social para generar alternativas. Ante esta situación, las redes de tráfico han optado por sustituir, de forma creciente, a quienes caen capturados desarrollando actividades de bajo nivel por mujeres en situación de necesidad, lo cual ha llevado a hablar de una feminización de los delitos de drogas que tendría relación directa con la feminización y la criminalización de la pobreza (Caicedo, 2015).¹¹ El más reciente estudio de WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016) afirma que muchas de las mujeres involucradas en delitos de drogas reconocen haberse involucrado por su propia voluntad y ser conscientes de los riesgos que estaban corriendo. Sin embargo, con relativa frecuencia, se presenta la coacción de extraños, de la pareja o de un familiar para involucrarse, por lo que el informe también apunta a que algunas de estas mujeres fueron engañadas, y no tenían conocimiento de lo que estaban haciendo o desconocían los riesgos que estaban tomando. Incluso, algunas manifiestan haber recibido amenazas por miembros de las organizaciones criminales para obligarlas a realizar la conducta por la que fueron sancionadas. Estos factores no suelen ser tenidos en cuenta al dictar sentencia, las cuales resultan excesivamente largas y desproporcionadas (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016, pp. 8-13).

En varios países, además, las mujeres pertenecientes a pueblos indígenas y minorías étnicas tienen más probabilidades de ser detenidas, procesadas y condenadas por delitos de drogas. Por ejemplo, en Estados Unidos, las mujeres afroamericanas tienen siete veces más probabilidades de ser encarceladas que las mujeres blancas (Kensy, Stengel, Nougier y Birgin, 2012). Por estas y otras razones es que se ha señalado que la guerra contra las drogas es también una guerra contra las mujeres (Chesney-Lind, 2003). Como sucede para los hombres, las discriminaciones que enfrentan estas mujeres en la vida social se trasladan y exacerban en la cárcel.

En Argentina, con la entrada en vigencia de la Ley 23.737, la población femenina detenida por delitos de drogas creció a un ritmo mucho más acelerado que en el caso de los hombres, tanto en el sistema federal como en la provincia de Buenos Aires. Entre el periodo 1989-2008, la población femenina reclusa por estos delitos en el sistema federal aumentó

11 La feminización de los delitos de drogas puede entenderse como el aumento de la participación de las mujeres dentro de la población total reclusa por delitos de drogas. Conforme a los datos, este fenómeno estaría ocurriendo en Argentina y Bolivia.

271 %, mientras que la de hombres creció 112 %. Nueve de cada 10 extranjeras encarceladas por delitos de drogas en prisiones federales lo fueron por ser “correos humanos”; de ellas, el 96 % cometieron una conducta delictiva por primera vez y casi todas están en el último eslabón de la cadena del narcotráfico (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2011). Entre 2005 y 2012, el número de mujeres encarceladas en la Provincia de Buenos Aires por delitos de drogas casi se duplicó, pasando de 600 a 1.179. Con la implementación de la *desfederalización* en la persecución penal de los delitos de drogas en 2013, el porcentaje de mujeres presas por estos delitos creció rápidamente en varias provincias como Córdoba (29 %) y Salta (78 %) entre 2012 y 2013 (Corda, 2016). En una encuesta realizada a mujeres que se encuentran en prisión por delitos de drogas en distintas partes del país se encontró que 78 % eran madres y 58,5 % no convivía con una pareja antes de la detención. El 80,5 % de las mujeres encuestadas afirmó ser el principal sustento de su hogar (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2014, pp. 321-328). Adicionalmente, varios estudios han documentado violaciones de los derechos humanos de las mujeres encarceladas y el aumento de las condiciones de vulnerabilidad de sus allegados (CELS, 2011; Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria, 2013, p. 183).

En Brasil, las mujeres en prisión por delitos de drogas no ocupan posiciones de alto nivel en el mercado ilícito. Cerca de 55 % de ellas son afrodescendientes, un 57 % son solteras y 50 % tiene menos de 29 años. Cuando son encarceladas, además de ser abandonadas por sus compañeros, son alejadas de sus hijos, los cuales en su gran mayoría pasan a ser criados por abuelos o tías (cuando no son enviados para adopción). Las mujeres embarazadas en prisión han tenido que soportar situaciones como ser esposadas en el parto, o dar a luz en un furgón policial o en la prisión (cuando el transporte no llega a tiempo). El perfil de las mujeres en situación de maternidad en la prisión indica que 78 % son jóvenes entre 18 y 22 años, 77 % son mujeres negras, 75,6 % no poseen la enseñanza primaria completa, y 9,8 % declaró no saber leer ni escribir. La mitad mantenía empleos precarios (85 % sin un documento oficial) y la mayoría era responsable del sostenimiento del hogar. El 70 % había cometido por primera vez un delito. La mayoría había sido condenada a penas entre cinco y nueve años (44,4 %); y 33,3 % de los casos recibieron penas de menos de cuatro años (Boiteux, Chernicharo y Leão de Aquino, 2016).

En Bolivia, un informe de la Fundación Construir, basado en una muestra de mujeres encarceladas señala que, en cuanto al estado civil,

50 % de las mujeres vivía en unión conyugal, sin embargo, sus parejas fueron alejándose con el encarcelamiento; solo 36,8 % habían concluido el bachillerato; 38 % de las mujeres provenían de hogares disfuncionales o fueron abandonadas por sus familiares. Se trata, en su mayoría, de mujeres pobres que buscan sobrevivir en los penales y mantener a su familia. Pero en los recintos penitenciarios el trato que reciben es discriminatorio y solo cuentan con una celda si tienen dinero para pagarla (Fundación Construir, 2014).

En Colombia, la población femenina en cárceles desde 1991 hasta el 2015 se multiplicó por cinco, mientras que la masculina casi que se triplicó. Casi cinco de cada diez mujeres en prisión lo está por delitos de drogas. De estas, solo una lo está por haber cometido una conducta violenta o por pertenecer a una organización criminal. Del total de mujeres que ingresaron a las cárceles por delitos de drogas entre 2010 y 2014, 93 % tenía hijos, mientras que en el caso de los hombres, los que tenían hijos representaban el 76 % del total. El grupo mayoritario de ingresos por delitos de drogas para el caso de las mujeres según su estado civil entre 2011 y 2014 fue el de madres solteras (43 de cada 100), mientras que para los hombres fue el de hombres en unión libre (41 de cada 100). Para el 52,8 % de las mujeres madres (divorciadas, separadas, solteras y viudas) que ingresaron por estos delitos, el encarcelamiento se dio en circunstancias en las que no contaban con un/a compañero/a del núcleo familiar que las apoyara en el cuidado de sus hijos; mientras que para los hombres esto ocurrió en el 27,2 % de los casos. Existen sesgos implícitos en la persecución penal por delitos de drogas contra las mujeres que tienden a agravarse con el tiempo: si bien ellas solo han estado involucradas en alrededor del 10 % de las noticias criminales que llegaron al sistema penal por delitos de drogas entre 2008 y 2015, durante este mismo periodo, entre el 14 y el 22 % de las sentencias condenatorias por estos delitos se profirieron contra mujeres. Entre el 2000 y el 2014, el Estado colombiano gastó 400 mil millones de pesos (a precios de 2014) para mantener a estas mujeres en prisión, es decir, 140 millones de dólares (Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro y Chaparro, 2016).

En Costa Rica, los delitos de drogas son la principal causa de encarcelamiento femenino. Según los datos del Sistema de Información en Violencia (Sisvi) del Observatorio de la Violencia del Ministerio de Justicia y Paz, para el 2011 ellas representaban un 75,5 % del total de mujeres que se encontraban privadas de la libertad. Pero según información más reciente,

reportada también por el Ministerio de Justicia y Paz, las mujeres recluidas por delitos de drogas representaban en 2014 un 53,8% de la población femenina presa en el régimen institucional (es decir, en establecimientos carcelarios). Esta disminución en términos relativos puede tener que ver con la comparación entre regímenes (institucional, semi-institucional, entre otros) pero también con la progresiva incorporación de un enfoque de género en la política criminal y penitenciaria en el tema de drogas (Cortés, 2016). En el año 2012, la Defensa Pública realizó un estudio que mostraba que 65% de las mujeres encarceladas estaban sentenciadas por la Ley de Psicotrópicos, y de estas un 23,5% habían sido sentenciadas por introducción de drogas a centros penales; además, el 50% tenía tres o más hijos a su cargo (Defensa Pública de Costa Rica, 2012). Como resultado de este estudio, y del trabajo de incidencia de la Defensa Pública y organizaciones sociales, en el 2013 se aprobó la Ley 9162 para introducir la proporcionalidad y especificidad de género. La reforma agregó el artículo 77 bis a la Ley de Psicotrópicos que redujo las penas de cárcel que podían ir de ocho a 20 años, a un rango de tres a ocho años, para las mujeres sentenciadas por intento de introducción de drogas en un centro penitenciario y que cumplían uno o varios criterios de vulnerabilidad socioeconómica.¹² Luego de la aprobación de la reforma, y con apoyo del Juzgado de Ejecución de las Penas, fueron excarceladas más de 150 mujeres condenadas por este delito, quienes se beneficiaron de la posibilidad de recibir penas alternativas en aplicación del principio de la ley más favorable (Cortés, 2016).

Sin embargo, a pesar de los avances, las mujeres de aquel país siguen siendo condenadas por otra clase de delitos de drogas en proporciones mayores al promedio de su participación en otros delitos. En 2011, 83,6% de las mujeres que se encontraban en prisión fueron sentenciadas por delitos de drogas distintos a la introducción de drogas en centros penitenciarios. Entre las mujeres en prisión por estos delitos, 46% tenía más de cuarenta años, mientras que los hombres encarcelados que superaban esta edad representaban el 39% del total, lo cual plantea que en el caso femenino se tiende a encarcelar más a las mujeres de mayor edad, y en

12 Estos criterios indican que la mujer: a) se encuentra en condición de pobreza; b) es jefa de hogar en condición de vulnerabilidad; c) tiene bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerita la dependencia de la persona que tiene a su cargo; d) es una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

los hombres a los más jóvenes (Cortes, 2016). El análisis de una muestra de expedientes condenatorios de siete provincias del país, en su mayoría posteriores al 2008, ratifica estas conclusiones y plantea que hay una diferencia en el tipo de ocupaciones de las personas que se involucran en estas actividades, aunque en ambos casos se trata de trabajos precarios e inestables: 53 % de las mujeres son amas de casa y 17 % comerciantes, en tanto que entre los hombres un 18 % es comerciante, seguido por desempleados y construcción (12 % ambos). Otras ocupaciones registradas en los expedientes de las mujeres son estilista, cocinera, empleada y enfermera (Cortés, 2016). Esto plantea la necesidad de considerar alternativas al encarcelamiento por conductas distintas a la introducción de drogas en centros penitenciarios, pues también se trata de mujeres (y hombres) en posiciones de vulnerabilidad, cuyo encarcelamiento poco contribuye al desmonte de las organizaciones del narcotráfico.

En México, de acuerdo con la Primera Encuesta a población interna en centros federales de readaptación social (CIDE, 2012), de las mujeres en reclusión, 88 % tienen hijos, mientras que en el caso de los hombres los tiene 78 % de los encuestados. Sobre la edad de procreación, 65 % de las mujeres dijo que tuvo su primer hijo entre los 15 y los 19 años. En contraste, en la población masculina, la edad del primer hijo se concentra entre los 17 y los 23 años. De la misma manera, la encuesta mostró que las mujeres en prisión tienen un menor promedio de escolaridad que los hombres. Asimismo,

...las mujeres en prisión en general, y las mujeres encarceladas por delitos de drogas en particular, suelen compartir las siguientes características: son pobres, procedentes de hogares y comunidades marginadas, con bajos niveles educativos y sin antecedentes penales. Antes de desempeñar funciones vinculadas con drogas ilícitas, la mayoría ha trabajado en numerosas actividades informales, como limpieza de casas, lavado y planchado de ropa, elaboración de alimentos, venta informal en semáforos, etc. Y algunas tienen una historia de vida marcada por la violencia, incluyendo la de tipo sexual. (Giacomello y Blas, 2016, p. 2)

En Perú, seis de cada diez mujeres en prisión han cometido delitos de drogas. La participación de las mujeres peruanas en la industria de las drogas ha aumentado y esto ha resultado en un mayor número de mujeres procesadas y encarceladas por estos delitos. El bajo nivel de educación, la pobreza y la exclusión social son los factores predominantes que

contribuyen a este fenómeno. Estas mujeres tienden a tener roles menores dentro de la cadena de comercialización, tratándose a menudo de portadoras o de intermediarias para la compra y venta de drogas ilícitas. Entre 2008 y 2013, el tráfico pasó de representar de un 34 a un 49 % de las capturas policiales de mujeres, seguida del consumo (27 %) y de la microcomercialización (24 %). En relación con las mujeres presas por drogas, el 46 % se encontraba privada de la libertad por delitos de tráfico ilícito, y solo 27 % por formas agravadas. En Perú son más las mujeres en prisión que están sindicadas que las que están condenadas por delitos de drogas: en el 2008, las primeras representaban 72 % del total, porcentaje que cayó a 54 % en 2013, pero sigue siendo excesivamente alto (Mangelinckx, 2016).

En Uruguay, las mujeres tienen una mayor participación en los mercados de drogas asociados a contextos de mayor marginalidad, mientras que entre las personas condenadas por tráfico de cocaína y marihuana representan una quinta y una tercera parte respectivamente; en el caso del tráfico de pasta base, cuatro de cada diez condenas son contra mujeres. Esto resulta particularmente preocupante, si se tiene en cuenta que desde 2015, el Poder Ejecutivo ha implementado una estrategia policial de combate a los puntos de venta de pasta base, como forma de mejorar los niveles de seguridad. Es decir, la prioridad se ubica en la persecución del microtráfico y el narcomenudeo en el mercado de drogas ilegales más precario –el de la sustancia más barata–, en donde la participación de las mujeres es mayor (Bardazano y Salamano, 2016).

Mujeres con hijos en prisión

El tema de las madres gestantes o con hijos en prisión merece una mención especial, aunque solo pocos países tienen información disponible. Por los efectos devastadores que los niños y las niñas pueden sufrir al separarse de sus madres, y por ser ellas, en muchas ocasiones, las únicas personas de la que dependen, se trata de un asunto frente al cual los Estados deben buscar políticas que protejan al máximo sus derechos y los de sus hijos e hijas. Las Reglas de Bangkok alientan a los Estados a imponer, en el caso de los delitos no violentos ni graves, “sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo”.¹³ Asimismo, en su informe sobre el uso de la prisión preventiva en América, la CIDH señaló que:

13 Cfr. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. Regla 64.

...en función del interés superior del niño, las autoridades judiciales competentes deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan niños a su cargo. En estos casos debe potenciarse el empleo de otras medidas cautelares no privativas de la libertad. La Comisión ha observado, por ejemplo, que en los hechos un alto porcentaje de las mujeres privadas de su libertad que tienen a su cargo niños, han sido detenidas por delitos no violentos, como el microtráfico de drogas. (CIDH, 2013, p. 86)

En Argentina, en 2009, mediante la Ley Provincial 13.943, se modificó el artículo 159 del Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, y se incorporó la posibilidad de evitar la prisión durante el proceso para mujeres embarazadas o con hijos menores de cinco años de edad. El mismo año, la Ley Nacional 26.472 modificó el Código Penal y la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, y permitió la prisión domiciliaria para mujeres embarazadas, con hijos menores de cinco años o personas con discapacidad bajo su cuidado. Según los datos del SNEEP, aún existe un número importante de niños y niñas en las prisiones de Argentina. Si bien años atrás había aproximadamente 200 mujeres convivendo con sus hijos o hijas, a partir del año 2009 oscilan alrededor de 150, sin una clara tendencia al descenso. En 2013, había 164 en esta situación (Corda, 2016, p. 30).

Aunque se han concedido alternativas a la prisión, en muchos casos se siguen negando. En el informe 2014 sobre cárceles, de la Procuración Penitenciaria de Argentina existe un apartado dedicado a esta cuestión en la que se señala:

...continúa resultando preocupante la discriminación que subyace a los argumentos esgrimidos por el poder judicial, en las denegatorias de los pedidos de arrestos domiciliarios.¹⁴ La condición social de las mujeres solicitantes constituye a menudo el eje central de los fundamentos judiciales que obstaculizan el acceso al instituto. De este modo, las mujeres quedan inmersas,

14 Es importante señalar que el uso estricto del arresto domiciliario no es suficiente, ya que las mujeres que sean beneficiarias de las alternativas a la prisión deben contar con el permiso especial para trabajar fuera de su hogar, ya que si no pueden atender las necesidades de sus hijos, el beneficio puede tener impactos similares a la cárcel, o generar una reincidencia.

nuevamente, en una peligrosa zona marginal cuando el poder judicial les niega el pleno ejercicio de su maternidad en virtud de su origen socioeconómico. (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2014, pp. 334-335)

Igualmente, resulta preocupante que un artículo de prensa del año 2014 describiera las condiciones de detención de las madres con sus hijos e hijas en las cárceles de provincia de Buenos Aires y relataba el caso de un niño de 21 días de nacido que falleció en prisión. Con posterioridad al hecho, las madres publicaron una carta donde pedían que la unidad sanitaria contara con una ambulancia exclusiva para servicios sanitarios, que fuera manejada por personal de salud (Cosecha Roja, 2014).

En Colombia, las mujeres embarazadas enfrentan múltiples barreras para acceder a servicios de salud adecuados en la cárcel (Colectivo Juana Julia Guzmán, 2009) y, en ocasiones, sufren también el estigma por parte de operadores judiciales o personal penitenciario, quienes las califican de “malas madres” (Mejía, 2014). Para las mujeres con hijos en prisión se han creado guarderías al interior de las cárceles, pero no han tenido los resultados esperados pues las madres tienen acceso muy restringido a ellas, ya que no se les permite involucrarse de manera activa en el proceso de crianza; además, sus hijos deben ser remitidos a los tres años con un familiar o institución externa que pueda hacerse cargo de ellos (Unifem, 2006, p. 44). La Comisión Asesora de Política Criminal (2012, p. 163), y organizaciones sociales han hecho un llamado urgente para incorporar la perspectiva de género en este y otros aspectos de la política criminal y penitenciaria (Uprimny, Martínez, Cruz, Chaparro y Chaparro, 2016).

En Perú, las mujeres internas con hijos representan el 5,2 % de la población penal femenina. Así, para abril de 2013, había 209 madres con un total 212 niños menores de tres años. Según el artículo 8° del Reglamento del Código de Ejecución Penal, la protección de las internas gestantes, incluyendo el alumbramiento e hijos que convivan con ellas, conlleva que reciban atención médica en establecimientos públicos de salud o en ambientes adecuados del establecimiento, así como programas de salida para los niños. El artículo 12° prevé que a las mujeres privadas de su libertad se les respete el derecho de permanecer en el establecimiento penitenciario con sus hijos hasta que estos cumplan tres años de edad, oportunidad en la cual serán entregados a la persona que corresponda de conformidad con la normatividad sobre la materia, o, en su defecto, se procederá por la vía legal correspondiente a la colocación familiar u otra institución tutelar

conforme a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes (Mangelinckx, 2016).

En Uruguay, recientemente, en el marco de la discusión acerca del traslado de las reclusas con hijos pequeños alojadas en El Molino (una institución pequeña destinada exclusivamente a albergar a madres y sus hijos, con una capacidad para 30 reclusas y en la cual, a diciembre de 2015, se encontraban alojados 27 niños), la Institución Nacional de Derechos Humanos ha señalado lo perjudicial que es esta medida para las mujeres y sus hijos, así como la necesidad de recurrir a soluciones alternativas al encarcelamiento para madres con hijos pequeños, en lugar de seguir aumentando las plazas con esta finalidad en establecimientos inadecuados (Bardazano y Salamano, 2016).

Otros países también contemplan lugares especiales en las cárceles para que las madres estén con sus hijos, sin embargo, sería preferible optar por medidas alternativas a la prisión en las que se brinde apoyo socioeconómico cuando sea necesario, pues en estos sitios ni las madres ni sus hijos e hijas cuentan con condiciones adecuadas. En el caso de los delitos de drogas es difícil justificar siquiera el uso del derecho penal. Tomando en cuenta la gravedad de los costos que genera el encarcelamiento, los Estados deben incorporar y promover la adopción de mecanismos que permitan a las madres infractoras de la ley la custodia de sus hijos, bajo condiciones en las que se protejan los derechos de ambos.¹⁵ En los casos de mujeres embarazadas y con personas dependientes a cargo, el encarcelamiento debería ser el último recurso, incluso, debería evitarse por completo (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016).

15 Dos experiencias de referencia son: 1) en Argentina, la Asociación de Familiares de Detenidos en Cárcel Federales (Acifad), tiene como objetivo proteger los derechos sociales de los hijos/as de personas encarceladas. Esta organización defendió con éxito la necesidad de realizar el pago, por parte del Estado, de la "Asignación universal por hijo" a las familias cuyo principal proveedor económico es la persona encarcelada. Esta asignación es un pago mensual otorgado a los niños y las niñas que son ciudadanos de Argentina, y cuyas madres y padres no trabajan en la economía formal; 2) en Estados Unidos, en el estado de Nueva York, Justice Home es un programa propiciado por la Women's Prison Association (WPA) como una alternativa específica de género al encarcelamiento para mujeres comprometidas con hacer cambios en su vida. A través del programa, las mujeres son seleccionadas para vivir en sus casas, con sus hijos, y participar en diferentes programas de tratamiento, educación y empleo, en lugar de ser encarceladas en la forma tradicional (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016, p. 37).

Jóvenes y adolescentes

Las políticas prohibicionistas han llevado a que miles de adolescentes y jóvenes¹⁶ de las Américas sean perseguidos y encarcelados, truncando sus proyectos de vida e impidiendo que puedan estudiar. Además, las mismas condiciones de riesgo que se describieron en la primera sección, existen en los centros de detención para menores. Estos jóvenes ven su salud vulnerada y son expuestos a situaciones de violencia y uso de sustancias ilícitas. Dos rasgos caracterizan la situación de estos adolescentes y jóvenes: 1) la existencia de una percepción social negativa y discriminatoria hacia ellos y ellas, a quienes se estigmatiza considerándoles como proclives al delito y la violencia; esto implica que la carga represiva de las políticas de drogas suele impactar sobre esta población; y 2) su participación marginal o en los niveles subalternos de las redes de tráfico de drogas (Achá, 2015, p. 3).

En Colombia, 31,9 % de las personas aprehendidas por tráfico, porte o fabricación se encuentran entre los 18 y los 25 años de edad, y 25,8 % tienen de 26 a 34 años. De acuerdo con los datos obtenidos por el CEDD, 40,71 % de los internos en las cárceles colombianas por delitos de drogas tienen entre 18 y 29 años. En Bolivia, tomando como muestra la cárcel de Palmasola en el departamento de Santa Cruz, que es la cárcel más poblada del país, entre las personas de 16 a 21 años, los delitos de drogas son la tercera causa de encarcelamiento. En Brasil, pese a que la población que tiene entre 18 y 34 años representa el 27 % del total, dentro del sistema penitenciario representan el 74 % (Departamento Penitenciario Nacional de Brasil, 2016). En Costa Rica, según datos de 2011, 10,44 % de los internos bajo la Ley 8.204 se hallaba entre las edades de 18 a 24 años, mientras que 18,07 % tenía entre 25 a 29 años. En México, a nivel federal, 65,2 % de las personas sentenciadas en 2012 por delitos de drogas eran jóvenes de entre 18 y 34 años de edad. En Perú, 82,5 % de la población penal por delitos de drogas tiene entre 20 y 49 años. En Uruguay, la mayor proporción de personas procesadas se concentra en las edades comprendidas entre los 25 y los 34 años de edad: en los delitos de tráfico el segundo tramo etario comprende entre los 35 y los 40 años, en tanto que en los delitos de posesión es de 18 a 24 años (Achá, 2015, p. 4).

16 En América Latina se denomina adolescentes a las personas que se encuentran entre los 12 y hasta antes de cumplir los 18 años de edad. Se entiende por jóvenes a las personas que tienen entre 18 y 35 años de edad (Achá, 2015).

En relación con los adolescentes, y de acuerdo con el Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil, los jóvenes privados de la libertad por delitos de drogas participan en los niveles más bajos del transporte, y son quienes se involucran en el microtráfico; además, en un alto porcentaje son consumidores que venden drogas para sustentar su propio consumo, y son quienes forman parte de los niveles más bajos del narcotráfico. Su utilización como soporte del mercado de drogas es una tendencia creciente en varios países (Sistema Subregional de Información e Investigación sobre Drogas, 2010). La situación se agrava por la incapacidad de los Estados de implementar debidamente la Justicia Penal para Adolescentes. Esta, por principio, debiera tener una función fundamentalmente educativa. Sin embargo, muchos de los sistemas de la región han terminado por perder esta función y generar afectaciones más graves sobre las trayectorias de vida de los adolescentes en conflicto con la ley.¹⁷

En México, las conductas relacionadas con drogas fueron la primera causa de detención de adolescentes, en Colombia la segunda y en Brasil, la tercera (Achá, 2015). En Perú, el número de adolescentes detenidos por drogas entre 2008 y 2012 aumentó 73 %. Durante este periodo un total de 3.155 adolescentes fueron detenidos por estas conductas, de los cuales el 52 % fue por consumo o posesión (Mangelinckx, 2016). La relación entre el uso de drogas y la actividad delictiva en el caso de adolescentes está vinculada a la falta de lazos familiares o afectivos, a la falta de oportunidades y a otras carencias que sufre una parte de la población adolescente, sin embargo, las respuestas siguen basándose en la represión. En Ecuador, por ejemplo, según el Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil que cita al Consejo de la Niñez y la Adolescencia, 80 % de las personas menores

17 Por ejemplo, en Colombia, evaluaciones recientes del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA) señalan que en su implementación, “la lógica de sancionar a un delincuente prima sobre la de un proceso judicial que debería ayudar a formar un sujeto de derechos, quien asume responsablemente su ejercicio y a quien se le propicia un ambiente adecuado para reparar el daño causado a su proyecto de vida, el de sus víctimas y la comunidad afectada” (Rubio, 2013). Además, “la política social escasamente penetra los muros del SRPA: son contados los cursos que ofrece el Servicio Nacional de Aprendizaje, por ejemplo. Casi nulos son los tratamientos para la atención de las adicciones o de problemas psiquiátricos causados por las mismas. Son inexistentes los modelos flexibles que garanticen el derecho a una educación con calidad y pertinencia” (Rubio, 2013). Bajo estas condiciones, la privación de la libertad pierde toda función pedagógica.

de edad detenidas por conductas delictivas no tiene familia, o en algunos casos sus padres son migrantes, en otros los han abandonado o habían fallecido (Achá, 2015).

Según el Observatorio Regional de Justicia Penal Juvenil, en Colombia 25,4% de los adolescentes varones y 30,1% de las adolescentes mujeres privados/as de su libertad cumplen con los criterios de dependencia de sustancias; asimismo, en 2012 en Costa Rica, al menos 80% de la población que estaba privada de su libertad en el Centro de Formación Juvenil Zurquí presentaba problemas de consumo de drogas. La oferta de tratamiento y rehabilitación para aquellos que abusan de drogas también tiene serias deficiencias (Sistema Subregional de Información e Investigación sobre Drogas, 2010).

Extranjeros

Entre los extranjeros privados de la libertad en los países estudiados, y en los que existe información al respecto, los delitos más frecuentes son los relacionados con drogas. Además de las dificultades derivadas para algunos de ellos por la diferencia de idioma, las personas extranjeras también enfrentan problemas para mantener el contacto con su familia y para recibir visitas, teniendo en cuenta que muchas de ellas no reciben una sola visita durante el tiempo que permanecen en prisión. Asimismo, enfrentan una falta de apoyo por parte de los consulados de sus países, a lo que se suma el desconocimiento del derecho vigente, la dificultad para obtener acceso a una defensa penal efectiva y a beneficios por no tener una dirección fija, trabajo previo, etc. En los países que lo permiten, los trámites de repatriación a sus lugares de origen suelen ser lentos y engorrosos.

En Argentina, según la página de internet del Sistema Penitenciario Federal (SPF), para febrero de 2015 había 1.131 personas extranjeras detenidas en relación con estos delitos, lo que representaba el 52,33% de las personas de otros países en ese servicio. Según la misma fuente, para febrero de 2015 había 2.161 personas de otros países, lo cual representa el 20,3% del total de la población en las cárceles federales. La misma fuente ratifica que la población extranjera en cárceles federales oriunda de otros países sufre el encarcelamiento preventivo en mayor medida: el 70,66% (1.527 personas) estaban procesadas, en tanto que el 29,34% (634) se encontraban condenadas. Asimismo, dentro de la población extranjera alojada en el SPF, las mujeres representan un porcentaje mayor comparadas con la población de extranjeros en general; ellas alcanzan el 12,63% (273) de la población de otros países que vive en ese servicio, casi duplicando el

6,9 % de mujeres en la población general. También se advierte, a partir de la información del SPF, que el porcentaje de mujeres de otros países detenidas por delitos de drogas es más alto que en cualquier otra población: mientras que entre los hombres el porcentaje es del 48,83 % (922 personas), entre las mujeres es mucho mayor; además, 76,56 % de las mujeres de otros países están en las cárceles federales por delitos de drogas; al mes de febrero de 2015 había 209 mujeres en el Sistema Penal Federal (Corda, 2016).¹⁸

En Brasil, en 2014 había 2.625 personas extranjeras privadas de su libertad. La mayoría (53 %) provenía de países de América, después seguía África (29 %); Nigeria (330) y Paraguay (315) eran las nacionalidades extranjeras más comunes entre la población interna en Brasil, seguidas de Bolivia (312 personas), Perú (244) y Colombia (198). Una investigación realizada en São Paulo destaca la situación de extrema vulnerabilidad vivida por las detenidas extranjeras (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2011). A pesar de no existir datos oficiales en relación con el delito por el cual son acusados los extranjeros y las extranjeras detenidas en Brasil, diversos estudios señalan al tráfico de drogas como el principal delito, lo que es una realidad común en diversos países latinoamericanos. En el mismo sentido, recientemente la Defensoría Pública Federal ha revelado que más del 90 % de los extranjeros presos atendidos por este órgano cumplían penas por el crimen de tráfico de drogas (Boiteux, Chernicharo y Leão de Aquino, 2016).

En Perú, a diciembre de 2013, los presos extranjeros representaban el 3 % de la población penitenciaria total. Alrededor del 90 % de estas personas había sido detenida por tráfico ilícito de drogas en la modalidad de “burrero” o “correos humanos”. Estas personas provenían de más de 70 países, aunque la mayoría eran colombianos (17,6 %), seguidas de españoles (17,1 %), mexicanos (10 %), bolivianos (5 %), portugueses (4,6 %), ecuatorianos (4,4 %) y holandeses (3,3 %). En general, el burrero solo interviene en el transporte y es ajeno al núcleo de personas integradas o no a una organización criminal, quienes lo captan y hacen posible el acto de transporte. Su labor se circunscribe a trasladar instrumentalmente la droga, sin interesarle por cuenta de quién realiza el transporte. La pena para un burrero suele ser de seis años. Sin embargo, si la cantidad de drogas

18 La información fue sustraída de la página de la SPF, y se puede consultar en <http://www.spf.gob.ar/www/index>.

El trágico destino de Tania

A finales de octubre del 2009, Tania, de 21 años, y su hermana Melody, de 18, ambas de nacionalidad española, viajaron a Perú con la intención de encontrar trabajo. Pocas semanas después fueron detenidas en el aeropuerto Jorge Chávez cuando intentaban transportar un kilo de cocaína adherido a sus cuerpos. Tania y Melody fueron sentenciadas a seis años de prisión y luego internadas en el establecimiento penitenciario para mujeres Virgen de Fátima (Lima). Según el INPE, Tania no se adecuaba al régimen penitenciario (cuando en realidad sufría de una profunda depresión) y, por esa razón, fue trasladada en febrero del 2011 al Anexo, el establecimiento penitenciario de mujeres de máxima seguridad, junto con las mujeres que estaban presas por terrorismo.

El traslado al Anexo y la separación de su hermana solo empeoraron su salud mental. Ahí conoció a Thais, otra española detenida en octubre del 2009 cuando tenía 19 años. Thais también sufría de depresión y ansiedad. El 13 de octubre del 2012, Thais se suicidó en su celda, lo que agravó aún más el estado depresivo de Tania. Este mismo mes, Tania intentó suicidarse por primera vez. El 7 de enero del 2014, Tania regresó a su pabellón y se ahorcó con su chalina.

Tania tenía 25 años de edad y ya llevaba cuatro años reclusa, pues debía purgar una condena de seis años. Había intentado suicidarse en otras dos oportunidades.

FUENTE: Mangelinckx (2016).

sobrepasa los 10 kg, la pena puede ser de hasta 15 años por tratarse de una forma agravada (Mangelinckx, 2016).

Un problema invisible es el de los latinoamericanos que son encarcelados por delitos de drogas en otros países. En Colombia, por ejemplo, se estima que alrededor de 14.200 colombianos y colombianas están detenidos en diferentes cárceles del mundo, 128 de ellos en cadena perpetua o 15 condenados a pena de muerte. Según el diario *El Tiempo*: “las redes de narcotráfico han visto en países asiáticos un destino para la cocaína, y para ponerla allí usan las llamadas ‘mulas’ o ‘correos humanos’. Reportes oficiales dicen que cada mes tres personas son sorprendidas en China con droga, y la mayoría son del Eje Cafetero y el Valle” (El Tiempo, 2015). Muchas de estas personas afirman haber sido puestas como “carnadas” por los traficantes para distraer la atención y lograr que otras personas lleguen con la droga a sus destinos finales.

Otras poblaciones

Las investigaciones del CEDD en cada país pusieron de relieve la realidad por la que pasan otras poblaciones privadas de la libertad por delitos de drogas, las cuales sufren situaciones de vulnerabilidad y discriminación en los sistemas penitenciarios.

Un colectivo que merece ser analizado dentro de las personas que están en prisión por delitos de drogas son las personas transgénero. Si bien no resultan numerosas, repiten similares o peores situaciones de vulnerabilidad, a lo que es posible sumar la discriminación que aún perdura sobre este colectivo y que se agrava por estar en prisión. Según la información de la página de internet del Sistema Penitenciario Federal de Argentina, a febrero de 2015 había 25 personas en la categoría “transgénero”. El equipo de género y diversidad sexual de la Procuración Penitenciaria de la Nación informó que en uno de los establecimientos penitenciarios del SPF había siete personas trans, y que seis de ellas estaban por delitos contra la ley de drogas. En 2012, Argentina sancionó la Ley de Identidad de Género (Ley 26.743), lo que significó un avance en el reconocimiento de los derechos de distintos colectivos. Pese a este avance, en ciertos medios de comunicación se suele reproducir el concepto “narcotravesti”. Las noticias de prensa muestran que en la mayoría de los casos registrados tal categoría se atribuye a mujeres trans que ejercían trabajo sexual, y a las cuales se les ha encontrado vendiendo pequeñas cantidades de estupefacientes (Corda, 2016). De acuerdo con la Procuración Penitenciaria de la Nación (2016, p. 10), de 27 mujeres trans recluidas en cárceles federales, 19 están detenidas por delitos de drogas, lo que representa 70 % de estas personas detenidas.

En los países productores, como Perú, Bolivia, México y Colombia, las poblaciones rurales, indígenas, afros y campesinas han sido tradicionalmente criminalizadas por vincularse, como una forma de sobrevivencia, al cultivo de plantas que sirven de insumo para la producción de estupefacientes, como coca, marihuana y amapola. En Colombia, el mayor porcentaje de internos por el delito de conservación y financiamiento de plantaciones lo tienen los departamentos de Antioquia, Norte de Santander y Chocó (que tradicionalmente han tenido presencia de cultivos mantenidos por poblaciones campesinas), y los mayores índices de capturas por estos delitos los reportan los departamentos del sur de Colombia (Uprimny, Chaparro y Cruz, 2017). La persecución penal, sumada a estrategias como la aspersión aérea, ha generado un asedio permanente sobre estas poblaciones y situaciones de desconfianza en el Estado, que podrían ser evitadas bajo otro tipo de aproximaciones, basadas en un enfoque de desarrollo rural integral que reduzca las vulnerabilidades que enfrentan (Indepaz, 2015; Mansfield, 2016).

IV. ALTERNATIVAS A LA RESPUESTA PENAL PARA LOS DELITOS RELACIONADOS CON DROGAS: TIPOS Y EFECTOS

En la Declaración de Antigua, Guatemala, adoptada el 6 de junio de 2013, los Estados de las Américas reconsideraron las tendencias en el uso expansivo e indiscriminado del derecho penal para sancionar toda clase de conductas relacionadas con drogas ilícitas, alentado a apoyar la implementación de alternativas al encarcelamiento. A esta declaración se sumó el pronunciamiento de la Asamblea General de la OEA, en septiembre de 2014, en el que se hacía un llamado a los países miembros a

...promover, según corresponda, de conformidad con la legislación nacional, alternativas al encarcelamiento, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el enfoque de género, la gravedad de la conducta cometida y la adecuación de la condena, con miras a evitar el delito, logrando la rehabilitación y reinserción en la sociedad de personas encarceladas a fin de garantizar el bienestar de las personas y las comunidades, y reduciendo el hacinamiento carcelario, con pleno respeto de los derechos humanos.¹

Estos llamados se concretaron en la conformación de un Grupo de Trabajo, por iniciativa del Gobierno de Colombia, que produjo un informe para generar propuestas alternativas al encarcelamiento para delitos relacionados con drogas, presentado en el marco del 57° periodo de sesiones de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (Cicad). El informe reconoce que las personas arrestadas, condenadas y

1 Reflexiones y lineamientos para diseñar y hacer un seguimiento de políticas integrales que traten el problema mundial de las drogas en las Américas. Recuperado de <http://www.scm.oas.org/age/index.htm#Basics>

encarceladas por estos delitos son, en su mayoría, los eslabones más débiles de la cadena de las drogas ilícitas. Su encarcelamiento, además de no haber sido eficaz para la protección de la salud y la seguridad públicas, ha generado impactos negativos sobre los derechos y la salud de las personas privadas de la libertad, además de un uso poco eficiente de los recursos fiscales, policiales y judiciales. Un abordaje integral, equilibrado y respetuoso de los derechos humanos en el marco de la política de drogas empieza por “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” (Cicad-OEA, 2015, p. 16). El informe contiene el recuento de una amplia gama de alternativas que los países podrían aplicar, desde la no criminalización de las conductas, pasando por programas para desviar los casos del sistema judicial hacia programas de tratamiento o de justicia restaurativa, hasta las amnistías o los indultos.

La declaración final adoptada en la Asamblea Especial de las Naciones Unidas sobre Drogas hace reiterados llamados a abordar las causas y consecuencias fundamentales del problema mundial de las drogas, en los ámbitos social, económico, de la salud, de los derechos humanos, de la justicia, de la seguridad pública y de la aplicación de la ley; asimismo, reconoce la importancia de las intervenciones amplias y equilibradas en materia de políticas, e incluye el ámbito de la promoción de medios de vida sostenibles y viables.² En relación con las alternativas a la respuesta penal y al encarcelamiento, la Declaración recomendó:

Alentar la formulación, adopción y aplicación, teniendo debidamente en cuenta los sistemas nacionales, constitucionales, jurídicos y administrativos, de medidas sustitutivas o complementarias en lo que respecta a la condena o la pena en los casos en que proceda, de conformidad con los tres tratados de fiscalización internacional de drogas, y teniendo en cuenta, según proceda, las reglas y normas pertinentes de las Naciones Unidas, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de la Libertad. (Reglas de Tokio)³

2 A.G. A/Res/S-30/1. Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas (19 de abril de 2016).

3 *Idem.*, párrafo 4j.

De conformidad con el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos son prevalentes sobre las derivadas de las convenciones de drogas (CEDD, 2015).⁴ En la Declaración de Ungass, los Estados se comprometieron a garantizar que sus políticas de drogas se aborden de plena conformidad con los propósitos fundacionales de las Naciones Unidas: paz, derechos humanos y desarrollo.⁵

Pese a esto, los Estados de la región han optado, incluso sin que las propias convenciones de drogas obliguen a hacerlo, por castigar con pena privativa de la libertad las conductas que las convenciones sancionan. Algunos de ellos, como se mencionó en el capítulo 2, han incluso establecido como obligatoria la prisión preventiva para delitos de drogas o han excluido la posibilidad de beneficiarse de subrogados penales o alternativas al encarcelamiento a quienes cometen estos delitos. Esta interpretación de las convenciones ha llevado a que, en la práctica, las políticas de drogas resulten violatorias de los derechos, agravando el problema de hacinamiento carcelario en la región, e impidiendo la ejecución de la pena en condiciones dignas, lo cual ha sido reconocido como una violación de los Estados a la prohibición de establecer penas crueles e inhumanas.⁶

-
- 4 “Si bien no siempre es fácil establecer una jerarquía entre esos distintos instrumentos, es claro que el documento constitutivo de la Organización, la Carta de las Naciones Unidas, tiene prioridad sobre todos los demás instrumentos. [...] En el contexto de la fiscalización de drogas, esto significa que los tratados pertinentes deben aplicarse de conformidad con las obligaciones consignadas en la Carta. Entre esas obligaciones figura el compromiso de los signatarios de proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales”.
 - 5 “Reafirmamos nuestro compromiso inquebrantable de garantizar que todos los aspectos de la reducción de la demanda y medidas conexas, la reducción de la oferta y medidas conexas, y la cooperación internacional se aborden de plena conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, el derecho internacional y la Declaración Universal de Derechos Humanos, con pleno respeto de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados, todos los derechos humanos, las libertades fundamentales, la dignidad inherente a todas las personas y los principios de igualdad de derechos y respeto mutuo entre los Estados” (A.G. A/Res/S-30/1, Preámbulo, *cit.*).
 - 6 El artículo 3.4 (literales b, c y d) de la Convención de 1988, establece: “... en los casos apropiados de infracciones [de oferta] de carácter leve, las Partes podrán sustituir la declaración de culpabilidad o la condena por la aplicación de otras medidas tales como las de educación, rehabilitación

La concepción de un problema social como un asunto de justicia penal presupone que el individuo opta por una conducta criminal en ejercicio de un uso desviado de su libertad, es decir, pudiendo actuar de otro modo. Sin embargo, como ha señalado Amartya Sen, “existe una profunda complementariedad entre la agencia individual y las circunstancias sociales. Es importante reconocer simultáneamente la centralidad de la agencia individual y la fuerza de las circunstancias sociales en el alcance de la libertad individual” (2000, p. 12). Muchos “problemas sociales” o “conductas individuales”, que hoy se pretenden resolver llevando a las personas ante los sistemas penales, o incluso a las prisiones, podrían empezar a ser vistos como fenómenos a los que hay que responder bajo un enfoque más amplio de desarrollo humano. El tema de las drogas es, precisamente, uno de ellos. La guerra contra las drogas ha llevado a que se establezcan como delitos una serie amplia de conductas sin consideración de los contextos en los que esta peligrosa receta se aplica, y sin un debate profundo sobre las mejores respuestas que cada sociedad podría adoptar frente al fenómeno de las drogas. Por ello hay voces que han empezado a hacer un llamado por que las políticas de drogas sean repensadas bajo el enfoque de desarrollo humano, el cual debería ser el nuevo marco de justificación para diseñarlas y evaluarlas (Collins, 2016).

De acuerdo con Rodrigo Uprimny (2003), existen varias clases de modelos para responder al fenómeno de las drogas, los cuales se sitúan entre dos tipos de respuestas extremas. De un lado, está el modelo “guerra a las drogas”, el cual se propone lograr un “mundo libre de drogas” apelando a un derecho penal máximo, mediante la prohibición absoluta de la producción y comercialización, e incluso el consumo de sustancias controladas. Este modelo, cuya implementación fue impulsada por Estados Unidos en el mundo entero a partir de la década de los setenta, es el que ha conducido a que los países de América Latina prioricen las respuestas punitivas, en detrimento de las respuestas en salud pública. En el otro extremo se encuentra la alternativa de liberalización total del mercado de

o reinserción social, así como, cuando el delincuente sea un toxicómano, de tratamiento y postratamiento”. De igual forma, el Protocolo de 1972 a la Convención de 1961, en su artículo 36.1, literal b, señala que: “... cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, las Partes podrán en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente [...] someterlas a medidas de tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social”.

las drogas, conforme a la cual las sustancias psicoactivas deben estar sometidas a reglas de mercado similares a las de cualquier otra mercancía y el Estado no debería interferir con el establecimiento de regulaciones más estrictas.

En el intermedio de estos modelos figuran dos estrategias. De un lado estaría un modelo de prohibición flexible, el cual, desde una perspectiva más pragmática, considera que es imposible lograr un mundo libre de drogas, y que a lo que debe aspirarse es a reducir los daños asociados a los usos problemáticos de las sustancias. Aunque este modelo se sigue moviendo dentro del ámbito prohibicionista en la medida en que mantiene la necesidad de criminalizar la producción y gran parte de la distribución, defiende la necesidad de despenalizar el consumo, a fin de evitar el marginamiento de los consumidores y los daños que se les ocasionan cuando se los convierte en objeto de persecución penal.

La otra estrategia intermedia es el modelo regulatorio, el cual plantea aceptar la oferta y distribución de drogas de forma legal, pero estrictamente regulada. Conforme a este modelo, resulta inadmisibles penalizar comportamientos que no afectan derechos de terceros como es el caso del consumo de drogas, el cual es un comportamiento frente al que los individuos deberían poder optar libremente. Pero, además, reconoce que solo ciertos patrones de consumo de drogas, por ejemplo, el abuso o la dependencia, representan problemas de salud. En tal sentido, considera que la mejor forma de responder al fenómeno de las drogas no es prohibirlas, lo cual puede generar consecuencias negativas contraproducentes, sino tolerarlas, desestimulando su abuso mediante instrumentos no punitivos. De esta forma se reducirían los daños de las políticas prohibicionistas – que no se limitan solo a la marginación y la afectación de derechos de los usuarios, sino también a la creación de un mercado ilegal enormemente lucrativo, controlado por organizaciones criminales con capacidad de generar violencia y desestabilizar el Estado de derecho–, así como los daños que el abuso de drogas puede generar sobre la salud.

En línea con este último modelo, nosotros defendemos la necesidad de sacar el derecho penal de la órbita de las conductas relacionadas con drogas, o restringirlo a casos muy específicos –como el suministro a niños y niñas–. En su lugar, proponemos avanzar hacia esquemas regulatorios diferenciales para cada sustancia, reconociendo que no hay respuestas únicas y consolidadas, y es necesario dar lugar a una experimentación controlada para formular políticas basadas en evidencia (Caulkins, 2016).

Contrario a lo que se ha pensado, la regulación de las drogas no necesariamente implica una concesión o mano blanda con el crimen organizado vinculado al narcotráfico. Por el contrario, combinada con una política criminal más inteligente (que concentre los esfuerzos y recursos existentes en perseguir su capital y a sus aliados), y una política de desarrollo humano (que reduzca las vulnerabilidades de la población más pobre que la lleva a vincularse a la economía de la droga), puede ser la forma más efectiva de derrotarlo.

No obstante, la Junta Internacional de Fiscalización de Drogas (JIFE) ha señalado que la opción de la regulación sería incompatible con las convenciones internacionales, las cuales obligan a sancionar como delitos un conjunto amplio de conductas asociadas con drogas –desde la producción a la venta–. Pero en años recientes han surgido interpretaciones más flexibles de dichas convenciones, conforme a las cuales ciertos modelos regulatorios serían compatibles con las mismas (Thoumi, 2016). De hecho, Estados Unidos, el país que impulsó la consolidación del régimen internacional de drogas, ha defendido la compatibilidad de que algunos de sus Estados hayan decidido implementar mercados regulados de cannabis con fines recreativos (Jelsma, 2016). Nosotros defendemos la posibilidad de adoptar estos modelos, dentro de una interpretación más armónica e integral de las convenciones de drogas dentro del derecho internacional, compatible con las obligaciones de derechos humanos, tal y como ha sido defendido por otros miembros del CEDD (Uprimny, 2013) y expertos en la materia (Wola *et al.*, 2017).

No obstante, conscientes de que estas interpretaciones apenas empiezan a abrirse paso, y que en varios países de la región hay todavía fuertes resistencias políticas a modelos regulatorios, aquí nos concentramos en el análisis de alternativas al encarcelamiento, las cuales representan una forma de mitigar los impactos que el modelo prohibicionista ha tenido sobre los sistemas penitenciarios de la región, totalmente compatibles incluso con las interpretaciones más ortodoxas de las convenciones de drogas. En la siguiente sección se mencionan algunas de las alternativas al encarcelamiento que han sido adoptadas por los países de la región, así como los efectos que han tenido en términos de disminuir las consecuencias negativas del encarcelamiento descritas en los capítulos anteriores.

Tipos de alternativas y sus efectos sobre el sistema penitenciario

Existe una amplia variedad de alternativas al encarcelamiento que se han implementado, las cuales pueden ser clasificadas por distintos criterios (Cicad-OEA, 2015). En primer lugar, pueden clasificarse por el momento en que operan. Conforme a este criterio tendrían las siguientes tipologías:

1. Medidas tomadas antes de la apertura de un proceso penal (preprocesales) y enfocadas a desviar los casos a otras instancias antes de la entrada al sistema judicial penal, a priorizar mejor las intervenciones policiales o de las entidades del sistema penal en los casos más estratégicos, o a prevenir la ocurrencia de nuevas conductas delictivas.
2. Medidas aplicadas durante procedimientos penales y enfocadas, ya sea a prevenir casos penales que resulten en encarcelamiento, o bien a establecer una sanción proporcional al delito.
3. Medidas para reducir la población carcelaria, enfocadas a la liberación anticipada de sentenciados o individuos en prisión preventiva acompañado de estrategias de integración social. (Cicad-OEA, 2015)

Las alternativas al encarcelamiento también pueden ser clasificadas de acuerdo con la población a la que benefician: mujeres, jóvenes, personas en situación de vulnerabilidad, cultivadores, correos humanos, personas con problemas de abuso de sustancias, etc.

Y pueden ser clasificadas, a su vez, de acuerdo con sus niveles de implementación (nacional o local), o al tipo de enfoque al que apuntan (no criminalización, desjudicialización, reducción del encarcelamiento o búsqueda de proporcionalidad en las penas).

1. En relación con las medidas preprocesales, de priorización penal, los estudios han demostrado que cuando la persecución penal se enfoca en los actores que más se lucran de las redes del tráfico de drogas y tienen mayor capacidad de generar más violencia, se producen mejores resultados en términos de seguridad pública (Kleiman, 2011; Lessing, 2015). Existen varios ejemplos de esta clase de políticas. En Rio de Janeiro, desde el 2008 se inició un programa donde la intervención policial se enfoca en la captura de quienes controlan las redes criminales violentas al tiempo que se acompaña de programas sociales. En Estados Unidos, la iniciativa Drug Market Intervention Strategy se basa en un principio simi-

lar: primero se identifica a los jefes de organizaciones, se construyen los casos judiciales en su contra, y posteriormente se permite la posibilidad de que en los operativos policiales los capturados que cumplían funciones de segundo orden puedan beneficiarse de alternativas a la cárcel en la medida en que se desvinculen de dichas actividades. (UNODC, 2016a, p. 98)

En Colombia, la Fiscalía General de la Nación adoptó una política de priorización con el fin de desarrollar una investigación penal más eficiente. Su punto de partida es el reconocimiento de que la institución no cuenta con la capacidad para investigar eficazmente todos los fenómenos criminales, pero sí tiene que asegurar que al menos los más importantes sean investigados y judicializados. En palabras del exvice fiscal Jorge Perdomo:

...se trata de una nueva forma de investigar, más estratégica, en donde se analiza el delito de forma integral y se focalizan mejor los recursos. A esto le llamamos priorización, investigación en contexto y estrategia de asociación de casos, lo cual en su conjunto constituye una herramienta eficaz para incrementar los impactos a estas organizaciones dedicadas al delito. (Perdomo, 2015)

En la actualidad, la priorización tiene una perspectiva más amplia, que permite un manejo de las cargas de trabajo más eficiente al interior de las diversas unidades de la institución. Uno de los riesgos de estas políticas, además de las dificultades en su gestión, es que en un contexto de debilidades estructurales en las capacidades de investigación, se termine priorizando los casos más difíciles entre los fáciles, por ejemplo, redes familiares de personas en contextos de marginalidad dedicadas al microtráfico, cuya persecución tampoco afecta a las estructuras criminales de mayor jerarquía.

En Argentina, la Ley 26.052 de 2005, permitió que las agencias penales de las provincias que integran el Estado federal argentino, previo dictado de una ley local, asumieran la persecución mediante sus agencias penales de los delitos menores relacionados con drogas, con el objetivo de que el nivel federal se concentrara en los casos de mayor envergadura. Así, tanto la venta al menudeo, las conductas asociadas al consumo (cultivo y tenencia para consumo) y la tenencia simple, dejaban de ser competencia de las agencias penales federales y pasaron a ser competencia de las

provincias, de allí que esta reforma se conoció como “desfederalización”. En 2016, solo cinco provincias habían decidido perseguir mediante sus agencias penales los delitos de los consumidores y el tráfico de drogas en menor escala: Buenos Aires a fines de 2005, Córdoba a fines de 2012, Salta desde 2014 y Chaco desde 2015. Entre Ríos adhirió a la “desfederalización” en 2014, pero parcialmente. Esto significaba que las agencias penales locales podían intervenir en un primer momento, pero luego la causa continuaba en la justicia federal. Desde finales de 2014, dos jueces federales declararon la inconstitucionalidad de la norma local y han tornado incierto el futuro de la reforma. Sin embargo, contrario a lo esperado, la desfederalización ha producido una intensificación de la persecución penal sobre los pequeños actores del tráfico y los usuarios de estupefacientes (Corda, 2016), lo que obliga a cuestionar la estrategia planteada.

Otras medidas preprocesales son aquellas basadas en mecanismos de desvío administrativos para clasificar mejor los casos, distinguiendo aquellos que deberían ir al proceso judicial de aquellos que ameritarían un tratamiento distinto. Existen programas de desvío de usuarios dependientes a servicios de salud o de tratamiento sin necesidad de que los casos entren al sistema judicial. Un ejemplo de esto son las “Comisiones de disuasión” en Portugal (comisiones administrativas que revisan los casos de personas arrestadas por uso de drogas para determinar la atención que debe dárseles). El programa “Law Enforcement Assisted Diversion” (LEAD – Desvío asistido por los oficiales encargados de aplicar la ley), en Seattle, Estados Unidos, es también una iniciativa en la que los oficiales de la policía pueden desviar a quienes cometen delitos menores –posesión o venta al menudeo– a un programa de supervisión con apoyo orientado a evitar la reincidencia, y, en caso de cumplir con unos requisitos, no ser remitidos al sistema penal (Beckett, 2014). El gran desafío de estos programas en la región es el diseño de una red integral de apoyo a quienes cometen conductas menores, para evitar su reincidencia, y las resistencias sociales que puede haber en su implementación.

En Bogotá, Colombia, el programa Jóvenes en Paz fue un esfuerzo conjunto de la Secretaría de Gobierno, el Instituto para la Protección de la Niñez y la Juventud (Idipron) y la Secretaría de Integra-

ción Social. El Convenio 3373 de 2014 destinó \$12.000 millones de recursos públicos para que 5.000 jóvenes, entre los 18 y los 28 años, que llevaran un año desescolarizados y estuvieran en alto riesgo de vincularse a actividades ilegales, estudiaran tres días y trabajaran dos con la Administración Distrital, a cambio de un ingreso de hasta \$720.000 mensuales (alrededor de \$35.000 diarios). Entre las actividades que deben realizar estos jóvenes está la apropiación territorial en sus barrios en alguna temática y liderar campañas pedagógicas en Transmilenio y el Sistema Integrado de Transporte Público (SITP). Sin esperar los resultados de su evaluación, el programa ha sido objeto de críticas y cuestionamientos por organismos de control como la Contraloría Distrital y, con la llegada de una nueva administración el programa ha sido desmontado, lo cual muestra los desafíos en la sostenibilidad que pueden tener esta clase de programas y las resistencias institucionales que pueden existir.

2. Otra clase de reformas son aquellas orientadas a atender la desproporción de las sanciones por delitos de drogas. En agosto de 2014, Ecuador implementó un Código Orgánico Integral Penal que redujo notablemente las sentencias para infracciones de poca monta relacionadas con drogas. Dado que el nuevo código pudo ser aplicado retroactivamente, en el primer año de su implementación más de 2.700 personas fueron liberadas de las cárceles ecuatorianas. Además, muchas otras personas recibieron sentencias menos severas. En el caso de las mujeres, su porcentaje en prisión por delitos de drogas bajó de 80 a 43 %. Ese fue un claro ejemplo de cómo una reforma legislativa podría tener un impacto positivo (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016). Sin embargo, ocurrió que en octubre de 2015, la Asamblea Nacional, sin una justificación sólida de política criminal, incrementó las penas otra vez, por lo que es probable que la tasa de mujeres y hombres encarcelados por delitos de drogas aumente nuevamente (Paladines, 2016). Un ejemplo de legislación que incorpora una perspectiva de género y medidas proporcionales en la persecución penal de delitos relacionados con drogas es el caso de Costa Rica, que en julio de 2013 promulgó la Ley 9161 que incorporó la perspectiva de género en la modificación del artículo 77 de la Ley 8204, para reducir las penas por introducir drogas en centros penitenciarios. Gracias

a la reforma, más de 150 mujeres que habían sido sentenciadas con la ley anterior salieron de prisión. Asimismo, en la actualidad, las mujeres que por primera vez cometen el delito de introducción de drogas en recintos penales, y tienen alguna de las condiciones de vulnerabilidad que la ley señala, pueden acogerse a soluciones alternativas al proceso penal, posibilitando así la implementación de planes reparadores orientados a su inserción social y a prevenir la reincidencia (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016).

Con el fin de apoyar el proceso de integración social de estas mujeres se creó a finales del 2014 la “Red Interinstitucional para la atención integral de mujeres vinculadas a un proceso penal”, la cual busca lograr la restitución de sus derechos, brindando respuestas a las distintas situaciones de riesgo y vulnerabilidad que viven día a día y que posiblemente las llevaron a delinquir. Esta es una red interinstitucional donde participa el Programa de Justicia Restaurativa del Poder Judicial, la Defensa Pública, el Instituto Nacional de las Mujeres (Inamu), el Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), el Ministerio de Justicia y Paz, el Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), el Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA), el Patronato Nacional de la Infancia (PANI) y el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA). Cada caso se deriva y referencia según una detección inicial de las condiciones de riesgo y vulnerabilidad de cada mujer.

En Brasil, la discusión sobre reforma a la política de drogas avanza con lentitud en la actualidad en dos escenarios: en el Congreso Nacional, donde se tramitan varios proyectos de ley con propósitos diversos y contradictorios, y en el Supremo Tribunal Federal (STF), donde se aguarda la continuidad del juzgamiento del Recurso Extraordinario 635.659 que cuestiona la constitucionalidad de la criminalización de porte de drogas para uso personal. Aunque aún sea difícil prever el resultado, el relator del caso, ministro Gilmar Mendes, votó por la declaración de inconstitucionalidad, proponiendo un sistema en Brasil bastante semejante al de Portugal, al considerar que tal conducta no sería crimen, pero al mismo tiempo no sería lícita. Otros dos juzgadores que votaron, ministros Fachin y Barroso, consideraron que la inconstitucionalidad solo se restringiría al porte de marihuana para consumo personal, excluyendo las demás sustancias hoy ilícitas. El juzgamiento fue

suspendido en septiembre de 2015 por pedido del ministro Teori Zavascki, aún sin fecha para su continuidad (Boiteux, Chernicharo y Leão de Aquino, 2016).

Específicamente, en relación con las innovaciones en el proceso penal, se destaca el establecimiento de las audiencias de custodia, que permiten la presentación de la persona detenida en flagrancia a un juez en un espacio más reducido de tiempo para determinar la legalidad de la privación de la libertad, lo cual puede llevar, en caso de una adecuada implementación, a alguna posible reducción del encarcelamiento en los próximos años. Pero, los posibles cambios aquí indicados dependerán de la correlación de fuerzas en el Congreso brasileiro, así como de la disposición del Poder Judicial de abordar este tema bajo enfoques más compatibles con los derechos humanos y criterios de racionalidad en el uso del derecho penal (Boiteux, Chernicharo y Leão de Aquino, 2016).

Tribunales de tratamiento de drogas: ¿una alternativa al encarcelamiento?

En términos de alternativas procesales, los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD) han sido la opción más usada en la región, pues se está ejecutando o planeando extenderla a casi la mitad de los Estados miembros de la OEA. Los Tribunales de Tratamiento de Drogas (TTD) son un modelo de jurisprudencia terapéutica aplicada (Winick y Wexler, 2015, p. 479) que lleva alrededor de veinte años de implementación en Estados Unidos. Consiste en ofrecer tratamiento para atención al uso problemático de drogas como alternativa al encarcelamiento a las personas que hayan cometido ciertos delitos (depende de cada jurisdicción). Si bien estos tribunales son una alternativa novedosa que incorpora una dimensión de salud pública para atender a la población que tiene uso problemático de sustancias, la experiencia de Estados Unidos y otros países en los que se han implementado muestra que sus premisas son problemáticas, y presentan falencias en la manera como atienden a esta población.

Algunas autoras han señalado una tensión entre los objetivos del tratamiento como estrategia de salud pública, y los del tratamiento vinculado a la judicialización en el modelo de TTD. El consumo problemático no depende de un simple cálculo en el que las personas deciden si consumir o no de acuerdo a las sanciones que pueda imponer un juez. Sin embargo, los TTD parten del supuesto de que la eficacia –disminución

en el consumo de usuarios problemáticos— aumenta cuando se combinan incentivos o sanciones (Guzmán, 2012). No resulta claro además que los jueces sean las personas más aptas para liderar un equipo de tratamiento. Adicionalmente, antes de su implementación debería evaluarse si la inversión que se requiere para poner en marcha los TTD, realmente puede significar una reducción sustancial del encarcelamiento o si sería preferible alternativas que desviarán los casos del sistema judicial hacia otras instancias de tratamiento (hacia instancias de salud), sin incurrir en todos los costos de poner en marcha un aparato especial de “justicia terapéutica”.

El debate actual en las Américas sobre la posibilidad de implementar los tribunales de tratamiento de drogas (TTD) ha ignorado una discusión más amplia, que le debe anteceder, sobre su pertinencia como alternativa al encarcelamiento, y sobre la viabilidad de este modelo, dadas las características de los contextos de cada país, las trayectorias y los perfiles socioeconómicos de los consumidores y la capacidad institucional. Esta discusión debe propender por evaluar la evidencia disponible en los sitios donde se han implementado, profundizar el entendimiento de las dinámicas de la relación entre drogas y delito en cada país, identificar cuáles son los factores de riesgo y vulnerabilidad en cada población, analizar juiciosamente el abanico de alternativas al encarcelamiento para usuarios de drogas, y estudiar la evidencia empírica sobre los tratamientos que funcionan y aquellos que no.

En los países en los cuales los TTD ya están consolidados,⁷ se debe prestar especial atención al diseño institucional, las premisas y los conceptos que lo sostienen, así como a las fallas en su implementación. Uno de los aspectos más problemáticos de este modelo es que persiste en penalizar a los usuarios de drogas. Adicionalmente, otorga poder excepcional a los jueces de prescribir tratamientos, esto es, de desempeñarse como profesionales de salud, sin estar capacitados para hacerlo. Si la premisa fundamental de los TTD consiste en ofrecer una alternativa de salud pública a aquellos que han cometido delitos relacionados con el uso problemático de drogas (incluyendo la posesión), se debe garantizar que sean profesionales de la salud quienes atiendan a esta población (Guzmán, 2012; Csete y Tomasini-Joshi, 2015).

7 Estos países son: Barbados, Bermudas, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Jamaica, México, Surinam y Trinidad y Tobago (Csete y Tomasini-Joshi, 2015, p. 3).

La atención brindada a quienes ingresen a estos programas debe estar a cargo de profesionales especializados, con capacidad entender las dinámicas de la adicción y la situación de quienes la sufren. Muchos de los centros de tratamiento que existen en la región ofrecen programas que no están basados en evidencia empírica ni aceptan medidas terapéuticas efectivas, como lo es la terapia de sustitución para el caso de adicción a opioides (Csete and Tomasini-Joshi, 2015, p. 10). Además, al insistir en la abstinencia y castigar la recaída, en ocasiones con medidas carcelarias, se desconocen los patrones mismos de la adicción y se profundiza la marginalización de los usuarios.⁸

La experiencia de Estados Unidos, donde para el 2013 existían 2800 TTD (Csete y Tomasini-Joshi, 2015, p. 2), muestra una dinámica de incentivos que ha llevado a que muchos de estos tribunales se concentren principalmente en los casos fáciles (*cherry picking*). Los funcionarios del TTD, en la búsqueda de resultados positivos para avalar su gestión, escogen a aquellas personas que tienen mayor probabilidad de éxito en el proceso, dejando por fuera a quienes más necesitan un tratamiento de atención para su uso problemático. En principio, el tratamiento para uso problemático de drogas debiera estar garantizado para quien voluntariamente quisiera acceder a él. Sin embargo, de acuerdo con Csete y Tomashi-Joshi, en contextos en los cuales hay fallas en la oferta de tratamiento al interior de los sistemas socio sanitarios, se han documentado casos de personas que cometen un delito a la espera de poder ser ingresados a un TTD (p. 8).

Los TTD no solo están fallando como alternativa de salud para los usuarios de drogas, sino que además en muchos casos se han documentado abusos graves a los derechos humanos en el marco de su implementación (Csete y Tomasini-Joshi, 2015).

Además de todas las debilidades y los riesgos para los usuarios de drogas, una de las promesas de los TTD es la reducción de tasas de encarcelamiento. Pero un metaanálisis de 2013, con base en cifras de 19 estudios en Estados Unidos, mostró que no hubo reducción en las tasas de encarcelamiento, puesto que aquellos que “fracasan” en los TTD son

8 Ver el componente número cinco del listado de componentes esenciales de una corte de drogas, elaborado por la US National Association of Drug Court Professionals para el Departamento de Justicia de Estados Unidos (2013, pp. 11-12), que enfatiza en la abstinencia y las maneras de hacer seguimiento. Recuperado de <http://www.courts.ca.gov/documents/DefiningDC.pdf>

llevados de nuevo a la justicia penal, habiéndose declarado antes culpables, y terminan recibiendo penas más duras (Csete y Tomasini-Joshi, 2015, p. 9). En otras palabras, los TTD, han fracasado en uno de sus objetivos centrales que es la reducción de población en reclusión por delitos de drogas.

En relación con alternativas posprocesales, una opción que han implementado los países de la región son los indultos. La evidencia disponible, sin embargo, ha mostrado que, si bien pueden ser una medida de emergencia útil para aliviar las crisis en el sistema carcelario, en cuanto no atacan la falta de proporcionalidad en las penas producto de la adicción punitiva para sancionar los delitos de drogas, tampoco logran romper la tendencia posterior al incremento de la población carcelaria, que suele volver a los niveles anteriores a la aplicación del indulto al cabo de unos años (Paladines, 2014; Achá, 2016). Por esa razón las alternativas como la reforma a los códigos penales con el fin de descriminalizar las conductas o adoptar penas más proporcionales, como la reforma al Código Orgánico Integral Penal en Ecuador (Pazmiño, Paladines y Brito, 2014), o la reforma al artículo 77 Bis de la Ley de Psicotrópicos en Costa Rica que redujo las penas para las mujeres que ingresaban drogas en las cárceles, han probado ser más efectivas y, acompañadas de redes públicas de apoyo para prevenir integralmente la reincidencia, pueden lograr importantes reducciones del hacinamiento sin que signifiquen un incentivo para una mayor comisión de estas conductas (Observatorio Judicial República de Costa Rica, 2015).

Los países deben implementar, de manera coordinada entre todas las entidades involucradas en la política de drogas, programas de priorización y focalización de esfuerzos en los casos más estratégicos para desmontar estructuras criminales y proteger la seguridad pública. Estos programas deberían considerar de prioridad cero la persecución de delitos menores no violentos. En aquellos países donde estos programas ya están en marcha, debería realizarse una evaluación sobre su eficacia, para corregir fallas en la focalización, evitando el riesgo de concentrarse en actuar con mayor dureza sobre agentes vulnerables (como por ejemplo familias enteras que se dedican al microtráfico, pero que no son quienes controlan las redes de suministro ni se lucran mayormente del negocio).

Como se mencionó, la política de drogas debería estar idealmente fuera del derecho penal. Solo aquellas conductas que causan daños concretos a terceros pueden ser sancionadas. Y, no es necesariamente la vía

penal –y muchos menos el encarcelamiento– la mejor forma de responder a este daño. Sin embargo, si se exploran las alternativas al encarcelamiento comprendidas desde el marco de los tratados internacionales, estas deben partir de un diagnóstico adecuado sobre cuáles serían las medidas que permitirían optimizar los recursos disponibles en cada país para reducir el hacinamiento carcelario, contribuir a los objetivos de los programas de salud pública y reducir la reincidencia en la comisión de delitos. Esto debería hacerse garantizando la participación de la sociedad civil en el diseño, la implementación y la evaluación de estas medidas.

CONCLUSIONES

La región latinoamericana ha liderado el debate de reforma a las políticas de drogas a nivel global y ha promovido la implementación de alternativas al encarcelamiento y la experimentación con modelos regulatorios. A pesar de ello, el uso del derecho penal y de la cárcel en materia de drogas se ha exacerbado en los últimos años en la región, mostrando un desfase entre el discurso público y las prácticas cotidianas. Los países de las Américas han priorizado la respuesta penal sobre otras respuestas más efectivas, humanas e inteligentes frente a las drogas. La política de encarcelamiento masivo ha sido muy costosa y sus efectos en términos de contención del abuso de drogas, reducción del tamaño de los mercados ilegales o su contribución a la seguridad han sido nulos e incluso contraproducentes.

De los más de 2,7 millones de personas encarceladas en los países estudiados, 572 mil lo están por delitos de drogas. Esto significa que, en estos países, una de cada cinco personas en la cárcel lo está por delitos de drogas, y se observa una leve tendencia al ascenso. De esta forma, los datos muestran que la cárcel, en vez de ser la *ultima ratio* como recurso para enfrentar el fenómeno, es hoy la principal herramienta en el control de drogas en las naciones de América, con consecuencias devastadoras sobre individuos y familias, afectando negativamente a las instituciones de justicia penal sin aportar ningún beneficio claro.

A nivel mundial es posible constatar una tendencia al incremento del encarcelamiento. Sin embargo, esta tendencia es mucho más fuerte para el caso de América Latina. A la vez, el aumento de la población encarcelada por delitos de drogas en la región –en términos absolutos o porcentuales– ha sido mucho mayor que la población general. En varios de los países estudiados el encarcelamiento por estos delitos es el principal factor que explica el crecimiento de la población carcelaria

e incluso, en algunos casos, la sobrepoblación penitenciaria podría desaparecer si los delitos de drogas fueran abordados desde un enfoque no penal. El estudio sobre las leyes de drogas y su implementación en América Latina muestra que incluso el sistema punitivo de drogas es más severo que el existente para otros delitos. Los delitos de drogas se sancionan con penas desproporcionadamente altas (en términos absolutos y relativos), en algunos países tienen sentencias mínimas mandatorias, en otros obligan al uso de la prisión preventiva y, en general, las alternativas al encarcelamiento que se han implementado son incipientes y de bajo alcance.

La brecha que los datos del CEDD permiten ver entre el discurso de reforma por parte de los Estados y la realidad es enorme, y los intentos de avanzar hacia respuestas menos represivas, con un enfoque de salud pública y de desarrollo alternativo, salvo contadas excepciones, han sido erráticos y, en algunos países, se ha visto un retroceso. El modelo de Tribunales de Tratamiento de Drogas ha sido la opción más aceptada dentro de los esfuerzos por alejarse del uso de penas privativas de libertad. Sin embargo, un balance en su aplicación genera fuertes dudas sobre su pertinencia y efectividad. Incluso se plantea como una novedad, pese a que en algunos países de la región ya existen formas de mandar a tratamiento a usuarios de forma compulsiva a través del sistema penal. Los tribunales de tratamiento de drogas terminan convirtiendo el derecho de acceso a tratamiento en un castigo. Otros intentos por avanzar en respuestas menos represivas, con un enfoque de salud pública, derechos humanos y de desarrollo humano han sido erráticos. En países como Ecuador, estos esfuerzos, incluso, se han revertido. En otros, como México, no han salido del tintero.

En materia de drogas –como en otros temas penales– los sistemas se avocan a perseguir los casos menores. A lo largo de la región latinoamericana, las investigaciones del CEDD muestran un gran número de personas encarceladas por delitos de drogas menores y no violentos. Las personas que reciben penas de prisión por delitos de drogas suelen ser actores menores del tráfico, fungibles y asociados a economías de subsistencia u otras condiciones de vulnerabilidad. En su mayoría, ocupan los eslabones más bajos de la cadena de las drogas ilícitas y suelen desempeñar funciones de bajo nivel en las organizaciones. En general, no se trata de las personas que más se enriquecen de las actividades relacionadas con drogas, sino de quienes son fácilmente reemplazables

en las actividades que realizan. Además, debido a la forma en que se regula la posesión, suele tratarse de usuarios que poseen sin intención de comercializar o que son equiparados con vendedores de pequeñas cantidades, también conocidos como microtraficantes o narcomendistas. Los estudios del CEDD muestran que los usuarios son frecuentemente detenidos, extorsionados e incluso encarcelados como microvendedores o menudistas por portar cantidades de drogas por encima de las toleradas.

Si bien la información sobre las características de la población encarcelada por delitos de drogas es escasa o difícil de obtener en los países estudiados, es posible identificar algunos rasgos comunes a estas personas en los países estudiados. En su mayoría se trata de individuos con bajos niveles de educación, en condición de pobreza o con trabajos de baja remuneración. Un importante número fue detenido en flagrancia y nunca antes habían cometido delitos.

El estudio de las personas encarceladas por delitos de drogas muestra la necesidad de racionalizar el uso del derecho penal y de la cárcel en el marco de la política de drogas, y de que se realice una despenalización efectiva del consumo de sustancias ilícitas. Ello implica, no solo garantizar el acceso a las drogas que hoy son consideradas ilegales –de modo que se reduzcan los daños que puede causar tanto el abuso como las políticas vigentes–, sino también la despenalización, *de iure* y *de facto*, de la posesión para consumo.

La sobrepenalización para crímenes relacionados con drogas no ha tenido ningún impacto en la reducción de la producción, el tráfico o el uso de drogas consideradas ilícitas, ni en los niveles delictivos de la región. El uso del encarcelamiento tampoco ha contribuido a mejorar la salud pública o individual. Las cárceles en América Latina son lugares insalubres, donde existe sobrepoblación, escases de recursos y condiciones extremas de violencia. La falta de higiene, de agua potable, enseres básicos de limpieza o espacios suficientes contribuye a las altas prevalencias de enfermedades contagiosas que ponen en riesgo la salud de los internos, de sus familiares y de los empleados de los centros de reclusión. Lejos de proteger la salud, el uso de las cárceles para atender el problema de las drogas, la vulnera. Se trata, además, de una respuesta estatal que tiene un débil sustento en una sociedad democrática, no solo por la violencia que ejerce sobre el individuo, sino también por la incapacidad de comunicar de forma constructiva un reproche social.

La cárcel afecta de formas distintas a las personas reclusas por delitos de drogas y a sus familias, según criterios como el género, la identidad sexual, la condición étnica y la situación socioeconómica. La cárcel, por ejemplo, tiene impactos diferenciales y desproporcionados sobre las mujeres (Malinowska-Sempruch y Rychkova, 2016). El encarcelamiento de mujeres madres y cuidadoras en particular, puede tener consecuencias devastadoras para sus familias (Pérez Correa, 2015) y comunidades (WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM, 2016). Aunque el número total de mujeres en las cárceles es muy inferior a la población masculina, los niveles de encarcelamiento de las mujeres por delitos de drogas están aumentando a un ritmo alarmante. Ellas, generalmente, ocupan los rangos más bajos de la cadena del negocio de las drogas. La gran mayoría tiene poca educación y vive en condiciones de pobreza; muchas son madres solteras.

Por otra parte, la discriminación que padecen personas pertenecientes a grupos poblacionales tradicionalmente marginados suele trasladarse y exacerbarse dentro de ella. Las mujeres extranjeras, que a menudo son privadas de su libertad por ser “correos humanos”, pues llevan drogas para otra persona o una red criminal, enfrentan una situación particularmente grave debido a la dificultad con el idioma, para mantener contacto con sus familias y tener acceso a una defensa penal efectiva. Lo propio ocurre con mujeres indígenas o campesinas.

Jóvenes y adolescentes involucrados en delitos de drogas, pese a que son procesados en sistemas penales diferentes, suelen tener características y problemas comunes al sistema de adultos. Al igual que los adultos, ni adolescentes ni jóvenes suelen pertenecer a los niveles de liderazgo de las mafias narcotraficantes, sino que son parte de los eslabones más débiles y reemplazables del negocio. Sin embargo, a pesar de esa participación menor se encuentran entre los grupos que más padecen los impactos de la carga punitiva de las políticas de drogas. También se observa la ausencia del Estado en materia preventiva, y la falta de posibilidades de acceso a tratamiento y rehabilitación del uso de drogas para aquellos jóvenes y adolescentes que, debido al consumo regular, se mantienen en el círculo delictivo.

De acuerdo con David Garland, el castigo penal concentra un conjunto de significados culturales. Por una parte, podemos encontrar en el ejercicio del poder penal una forma de control social, por otra, un vehículo de valores sociales. En el uso del castigo penal hay

una concepción de autoridad social, de la persona del criminal y de la naturaleza de la comunidad u orden social que el castigo busca proteger y recrear (1990, p. 265). Las instituciones penales reflejan así a las sociedades, sus estructuras, sus anhelos y miedos.

Las cárceles de América Latina parecen alojar siempre a poblaciones sospechosamente uniformes. Aunque la información sobre las características de la población encarcelada por delitos de drogas es escasa o de difícil acceso en los países estudiados, es posible identificar algunos rasgos comunes de esta: se trata de personas con escasa educación, en condición de pobreza o con trabajos de baja remuneración, principalmente varones y jóvenes. No se trata, pues, de una herramienta que afecte por igual a los diversos grupos de la sociedad latinoamericana, sino de una dirigida a cierto sector. La incapacidad de justificar racionalmente el uso de cárceles como forma de proteger la salud, aunada al uso tan desigual del derecho penal en el continente, hace pensar que las leyes de drogas tienen más una vocación de control social que de protección a la salud. Es decir, se trata de una herramienta a través de la cual se logra controlar a ciertos sectores de la población –los jóvenes de sectores marginados– que no encuentran cabida en los proyectos nacionales o que son percibidos como riesgosos. La política de drogas en América Latina, en este sentido, muestra el rechazo (o miedo) social al uso de ciertas sustancias pero también a incorporar de formas más constructivas a este sector de la población.

Al analizar la política de drogas a nivel regional, sus leyes, su aplicación y sus efectos, no podemos ignorar la realidad de nuestros sistemas penitenciarios. La evidencia sobre el estado de abandono en que se encuentra el sistema penitenciario obliga a pensar en medidas que permitan sustituir la respuesta penal por un enfoque orientado al desarrollo humano y avanzar hacia respuestas más humanas. No solo por razones utilitarias, sino también por razones morales, resulta indispensable cambiar el actual modelo penal y de castigo para lograr un sistema más equitativo e imparcial. Ello no solo permitirá que tengamos sociedades más seguras, sino también más justas.

REFERENCIAS

- Achá, R. M. (2015). *Jóvenes y adolescentes privados de libertad por drogas en América Latina*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Achá, R. M. (2016). *El indulto y los delitos de drogas: los resultados de la aplicación del indulto en Bolivia y su impacto sobre las personas encarceladas bajo la Ley 1008*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Aharonson, E. (2010). Pro-Minority. Criminalization and the transformation of visions of citizenship in contemporary liberal democracies: A critique. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 13, 286-308.
- Aizer, A., y Doyle, J. (2013). *Juvenile incarceration, Human Capital and Future Crime: evidence from Randomly-Assigned Judges*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.
- Alexy, R. (2009). *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism* (S. Paulson & B. Paulson, Trads.). Oxford: Oxford University Press.
- Avert (2015). *Prisoners and HIV/AIDS*. Recuperado de http://www.avert.org/professionals/hiv-social-issues/key-affected-populations/prisoners#footnoteref5_u3zoslr
- Azaola, E. y Bergman, M. (2009). *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional, Tercera encuesta a población en reclusión*. México: CIDE.
- Banco Mundial (2017). DataBank. Recuperado de <http://databank.worldbank.org/data/home.aspx>
- Bardazano, G. (2012). Se presume culpable. Sobre la justificación de las decisiones judiciales relativas a la interpretación del artículo 31 del Decreto Ley 14.294 en su redacción dada por la Ley 17.016. En AA.VV. *Aporte universitario al debate nacional sobre drogas* (pp. 39-61). Montevideo: CSIC-Udelar.
- Bardazano, G. y Salamano, I. (2016). *Privación de libertad y legislación sobre drogas en Uruguay*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Barreto, A. y Madrazo, A. (2015). Los costos constitucionales de la guerra contra las drogas: dos estudios de caso de las transformaciones de las comunidades políticas de las Américas. *Isonomía*, (43), 151-193.
- Baussano, I., Williams, B., Nunn, P., Beggiato, M., Fedeli, U. y Scano, F. (2010). Tuberculosis incidence in prisons: A systematic review. *PLoS MED*. Recuperado de <http://bit.ly/2h4xhI9>
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Bernal Uribe, C. (2015). Colombia. En Binder, A., Cape, E. y Namoradze, Z. (eds). *Defensa Penal Efectiva en América Latina* (pp. 235-289). Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/publication/defensa-penal-efectiva-en-america-latina/>.
- Bergman, M., Masselo, D., Arias, C., Fondevila, G. y Vilalta, C. (2014). *Delito, marginalidad y desempeño institucional en la Argentina: resultados de la encuesta de presos condenados*. Sáenz Peña: Universidad Nacional de Tres de Febrero.
- Beckett, K. (2014). *Seattle's Law Enforcement Assisted Diversion Program: Lessons learned from the first two years*. Seattle: University of Washington. Recuperado de <http://static1.1.sqspcdn.com/static/f/1185392/24777541/1398287318543/2014-Lead-Process-Evaluation.pdf?token=ErXO6mSogNTt0dOGskc3cUpoRI%3D>
- Bewley-Taylor, D. R. (2001). *The United States and International Drug Control, 1909/1997*. London y New York: Continuum.
- Bewley-Taylor, D., Trace, M., y Stevens, A. (2005). *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*. Oxford: The Beckley Foundation.
- Binder, A., Cape, E. y Namoradze, Z. (eds.) (2015). *Defensa penal efectiva en América Latina*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/publication/defensa-penal-efectiva-en-america-latina/>
- Boiteux, L. (2006). A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. *Boletim IBCrim*, 167 (14), 8-9.
- Boiteux, L. (2015). *Mujeres y encarcelamiento por delitos de drogas*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Boiteux, L., Chernicharo, L. y Leão de Aquino, A. L. (2016). *Drogas y prisión: el impacto de la represión penal al tráfico de drogas en el superencarcelamiento en Brasil (2006-2016)*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Boiteux, L. y Wiecko, E. (2009). *Tráfico de drogas y Constitución*. Brasilia: Ministerio de la Justicia. Recuperado de <http://bit.ly/2h7tcn3>
- Briseño, M. (2006). *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*. México: Inmujeres.
- Burgh, R. W. (1982). Do the Guilty Deserve Punishment? *The Journal of Philosophy*, 79 (4), 193-210
- Bustos Ramírez, J y Hormazábal, H. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Caicedo, L. P. (2015). *La situación particular de las mujeres reclusas por delitos de drogas*. Colombia: Equis Justicia para las Mujeres; Corporación Hu-

- mana de Colombia y Chile. Recuperado de <http://www.humanas.org.co/archivos/Situacionparticularmujeresrecluidaspordelitos-drogas.pdf>
- Carranza, E. (2012). Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer? *Anuario de Derechos Humanos*, 8, 31-66.
- Carson, E. A. (2015). *Prisoners in 2014*. Washington D.C.: U.S. Department of Justice Office of Justice Programs Bureau of Justice Statistics. Recuperado de <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/p14.pdf>
- Caulkins, J. P. (2016). Legalising drugs prudently: The importance of incentives and values. LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy (ed.). *After the Drug Wars* (pp. 40-50). London: The London School of Economics and Political Science.
- Caulkins, J. P. y Chandler, S. (2006). Long-run trends in incarceration of drug offenders in the U.S. *Crime & Delinquency*, 619-641.
- CEDD - WOLA (2010). *Sistemas sobrecargados - Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Ámsterdam/Washington D.C.: Colectivo de Estudios drogas y Derecho. Recuperado de <https://www.wola.org/es/analisis/sistemas-sobrecargados-leyes-de-drogas-y-carceles-en-america-latina/>
- CEDD (2012). *Justicia desmedida, proporcionalidad y delitos de drogas en América Latina*. México D.F.: Fontamara / Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- CEDD (2014). *En busca de los derechos: usuarios de drogas y las respuestas estatales en América Latina*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho. Recuperado de <http://www.drogasyderecho.org/index.php/es/investigaciones-banner/8-investigaciones/19-en-busca-de-los-derechos>
- CEDD (2015). *Mitigando la adicción punitiva: alternativas al encarcelamiento para delitos de drogas*. Ciudad de México: CEDD. Recuperado de http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Sergio_v07.pdf
- Celac (2016). *Declaración de Santo Domingo. III Reunión Ministerial sobre el problema mundial de las drogas de Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac)*. Recuperado de <http://fileserv.idpc.net/library/declaracion3b3n-de-santo-domingo.pdf>
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) (2011). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa de la Nación; Procuración Penitenciaria de la Nación; Siglo Veintiuno.
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). *¡Basta Ya! Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica. Recu-

perado de <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/>

- Chesney-Lind, M. (2003). *Imprisoning women: the unintended victims of mass imprisonment*. En Chesney Lind, M. y Mauer, M. *Invisible punishment: the collateral consequences of mass imprisonment*. New York: New Press.
- Cicad-OEA (2011). *Informe del uso de drogas en las Américas*. Washington, D.C.: Cicad-OEA. Recuperado de <http://www.cicad.oas.org/oid/pubs/UsodeDrogasEnAmericas2011Esp.pdf>
- Cicad-OEA (2015). *Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas*. Bogotá: Organización de los Estados Americanos. Recuperado de <http://bit.ly/1S0NHhj>
- CIDE (2009). *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional*. Ciudad de México: CIDE. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/28582675/Delincuencia-marginalidad-y-desempeno-institucional>
- CIDE (2012). *Resultados de la Primera Encuesta realizada a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*. Ciudad de México: CIDE. Recuperado de https://publiceconomics.files.wordpress.com/2013/01/encuesta_internos_cefereso_2012.pdf
- CIDH (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas*. Washington: CIDH.
- CIDH (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Washington: OAS.
- Clear, T., Frost, N., Carr, M., Dhont, G., Braga, A., y Warfield, G. (2014). *Predicting Crime through Incarceration: The Impact of Rates of Prison Cycling on Rates of Crime in Communities*. National Institute of Justice (NIJ). US Department of Justice. Office of Justice Programs. Recuperado de <http://www.icpsr.umich.edu/icpsrweb/NACJD/studies/35014>
- Colectivo Juana Julia Guzmán (2009). *La salud sexual y reproductiva en las cárceles de mujeres en Colombia*. Bogotá: Colectivo Juana Julia Guzmán. Recuperado de <https://colectivodeabogados.org/La-salud-sexual-y-reproductiva-en>
- Collins, J. (2016). *Development first: Multilateralism in the post-war on drugs' era*. En LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy (ed.). *After the Drug Wars* (pp. 9-18). London: The London School of Economics and Political Science.

- Comisión Asesora de Política Criminal (2012). *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Comisión de Derecho Humanos del DF (2005). Informe Especial sobre la situación de los centros de reclusión en Distrito Federal de la CDHDF, México. México D.F.: Comisión de Derecho Humanos del D. F.
- Comisión Episcopal de Acción Social (2015). *Lo que un agente de pastoral de cárceles debe conocer*. Lima: Equipo Nacional de Pastoral de Cárceles.
- Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria (2013). *Informe anual 2012. El sistema de la crueldad VII*. Buenos Aires: Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria.
- Comité contra la Tortura (2013a). *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico del Estado plurinacional de Bolivia*. Ginebra: ONU.
- Comité contra la tortura (2013b). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Perú, aprobados en el Comité en su 49º periodo de sesiones*. Ginebra: ONU.
- Comité contra la Tortura (2014). *Quinto informe presentado por Colombia en virtud del artículo 19 de la Convención con arreglo al procedimiento facultativo de presentación de informes (CAT/C/COL/5)*. Ginebra: ONU.
- Corda, A. (2016). *La estrategia fallida. Encarcelamientos por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Corporación Andina de Fomento (2014). *Por una América Latina más segura. Una nueva perspectiva para prevenir y controlar el delito*. Caracas: Publicaciones CAF.
- Cortés, E. (2013). *Control social del consumo de drogas en Costa Rica: para orientar las políticas nacionales de drogas hacia el enfoque de derechos humanos*. San José: Universidad para la Cooperación Internacional. Recuperado de <http://bit.ly/1qkXaoA>
- Cortés, E. (2015). *Comprando miedo. Personas usuarias de crack en Costa Rica*. San José: Lanpud.
- Cortés, E. (2016). *Política criminal y encarcelamientos por delitos de drogas en Costa Rica*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Cosecha Roja (6 de junio de 2014). *Cómo viven los niños en la cárcel. Cosecha Roja*. Recuperado de <http://bit.ly/2gcfJgn>
- Coyle, A. (2002). *La Administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos. Manual para el personal penitenciario*. Londres: Centro Internacional de Estudios Penitenciarios. Recuperado de <http://www.>

prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/spanish_handbook.pdf

- Coyle, A., Fair, H., Jacobson, J. y Walmsley, R. (2016). *Imprisonment Worldwide. The current situation and an alternative future*. Bristol: Policy Press.
- Csete, J. y Tomashi-Joshi, D. (2015). *Drug courts: Equivocal evidence on a popular intervention*. New York: Open Society Foundations. Recuperado de <https://www.opensocietyfoundations.org/reports/drug-courts-equivocal-evidence-popular-intervention>
- Cullen, F. T., Jonson, C. L. y Nagin, D. S. (2011). Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science. *The Prison Journal*, 91(3_suppl), 48S-65S. <https://doi.org/10.1177/0032885511415224>
- DANE (2013). *Pobreza monetaria y multidimensional*. Boletín de prensa. Bogotá: DANE.
- Davenport, R. (2003). *La búsqueda del olvido: historia global de las drogas*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Defensa Pública de Costa Rica (2012). *Estudio de la Defensa Pública sobre el perfil de la población femenina privada de libertad por introducir droga a los centros penales a abril de 2012*. San José: Defensa Pública de Costa Rica.
- Defensoría del Pueblo (2010). Situación de los derechos de las mujeres privadas de la libertad. La Paz: Defensoría del Pueblo.
- Departamento Penitenciario Nacional de Brasil (2016). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - Dezembro 2014*. Brasília: Ministério da Justiça do Brasil. Recuperado de <http://bit.ly/2glUpn5>
- De Jesús, M., Hildebranda, A., Rocha, T. y Lagatta, P. (2011). *Prisión provisoria y ley de drogas: un estudio sobre los flagrantes de tráfico de drogas en la ciudad de São Paulo*. São Paulo: NEV-USP. Recuperado de <http://bit.ly/2gDHPNH>
- Di Tella, R. y Schargrodsky, E. (2013). Criminal recidivism after prison and electronic monitoring. *Journal of Political Economy*, 121(1), 28-73.
- Dudley, S. y Bargent, J. (2017). The Prison Dilemma: Latin America's incubators of organized crime. *Insight Crime*. Recuperado de http://www.insightcrime.org/images/PDFs/2017/The_Prison_Dilemma-Latin_Americas_Incubators_of_Organized_Crime_InSightcrime.pdf
- Duff, A. (2003). *Punishment Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press.
- El Tiempo (2015). *Hay 144 colombianos condenados a muerte o a cadena perpetua en el mundo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/>

[justicia/colombianos-condenados-a-pena-de-muerte-o-cadena-perpetua-en-otros-paises/15341775](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_590.pdf)

- Ferrajoli, L. (2006). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal* (8 ed). Madrid: Trotta.
- Fundación Construir (2014). *Prisión preventiva y derechos humanos: estudio de caso en cárceles de La Paz*. La Paz: Fundación Construir.
- García Villegas, M., Espinosa, J. R., y Jiménez Ángel, F. (2013). *Instituciones y narcotráfico. La geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_590.pdf
- Gargarella, R. (2016). *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Garland, D. (1990). *Punishment and Modern Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Garland, D. (2001). *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Garzón, J. C. (2015). *Tough on the weak, weak on the tough: drug laws and policing*. Washington D.C: Woodrow Wilson International Center for Scholars.
- Giacomello, C. y Blas, I. (2016). *Propuestas de reforma en casos de mujeres encarceladas por delitos de drogas en México*. México D.F.: Equis Justicia para las Mujeres y Inacipe.
- Goldstein, D. y Desmond Arias, E. (2010). *Violent Democracies in Latin América*. Durham, NC: Duke University Press.
- González, L. (2015). ¿Hacia una nueva política penal y carcelaria en Estados Unidos? Recuperado de Esglobal: <http://www.esglobal.org/hacia-una-nueva-politica-penal-y-carcelaria-en-estados-unidos/>
- Grupo Otro derecho penal es posible (2010). *Desenmascarando mitos que sostienen el sistema penal. Instrumento de pedagogía para la cultura jurídica al alcance de todos*. Lima. Recuperado de <http://bit.ly/2kBvEXg>
- Guzmán, D. E. (2012). *Las cortes de drogas: los alcances y retos de una alternativa a la prisión*. Londres: IDPC - Dejusticia. Recuperado de <http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-col/las-cortes-de-drogas.pdf>
- Hampton, J. (1992). Correcting harms versus righting wrongs: The goals of retribution. *UCLA Law Review*, 39, 1659
- Hari, J. (2015). *Chasing the scream: The first and last days of the war on drugs*. New York: Bloomsbury.

- Harm Reduction International. (2014). *The global state of harm reduction* (p. 130). London: Harm Reduction International. Recuperado de <https://www.hri.global/files/2015/02/16/GSHR2014.pdf>
- Hauser, I. (2016). *Un rechazo multipartidario a la emergencia*. Recuperado de <http://bit.ly/1K8bhBE>
- Husak, D. (2008). *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Indepaz (2015). *Vicios penales. Cultivadores de coca, amapola y marihuana en la hora de su despenalización*. Bogotá: Indepaz. Recuperado de <http://bit.ly/2hhXJkJ>
- Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (2015). *La aplicación de penas y medidas alternativas*. Recuperado de <http://bit.ly/2gWvGq8>
- Instituto Nacional de Medicina Legal (2014). *Forensis: Datos para la vida*. Grupo Centro de Referencia Nacional sobre Violencia. Recuperado de <http://www.medicinalegal.gov.co/forensis>
- Instituto Nacional Penitenciario (INPE). *Informe estadístico 2014*. Recuperado de <http://bit.ly/2jjBGqn>
- Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (2011). *Mujeres extranjeras en situación de conflicto con la Ley. Periodo: noviembre de 2010 a noviembre de 2011*. São Paulo. Recuperado de <http://bit.ly/2hlehnQ>
- Instituto Vera de Justicia (2012). *The price of prisons: What incarceration costs to taxpayers?* Recuperado de <http://archive.vera.org/sites/default/files/resources/downloads/price-of-prisons-updated-version-021914.pdf>
- Institute for Criminal Policy Research (ICPR) (2017). *World Prison Brief*. Recuperado de <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>
- Iturralde, M. (2010). Democracies without citizenship: Crime and punishment in Latin America. *New Criminal Law Review* (13), 309-322.
- Jelsma, M. (2016). *Ungass 2016: Prospects for Treaty Reform and UN System-Wide Coherence on Drug Policy*. London: Brookings Institution. Recuperado de https://www.tni.org/files/download/treaty_reform_drug_policy_ungass2016.pdf
- Kensy, J., Stengel, C., Nougier, M. y Birgin, R. (2012). Drug policy and women: Addressing the negative consequences of harmful drug control. *International Drug Policy Consortium*. Recuperado de <http://bit.ly/2hhYB97>
- Killias, M., Villetaz, P. y Zoder, I. (2006). The Effects on Re-offending of Custodial vs. Noncustodial Sanctions: An Updated Systematic Review of the State of Knowledge *Campbell Systematic Reviews*. Recuperado de <http://campbellcollaboration.org/lib/project/22/>

- Kleiman, M. (2011). Surgical strikes in the drug wars: Smarter policies for both sides of the border. *Foreign Affairs*, 90 (5), 89-101.
- La Diaria (7 de diciembre de 2015). No innovar. *La Diaria*. Recuperado de <http://bit.ly/2h7xWLA>
- Lessing, B. (2015). Logics of violence in criminal war. *Journal of Conflict Resolution*, 59(8), 1486-1516.
- Macleod, J. y Hickman, M. (2010). How ideology shapes the evidence and the policy: what do we know about cannabis use and what should we do? *Addiction*, 105, 1326-30.
- Malinowska-Sempruch, K. y Rychkova, O. (2016). Measuring the impacts of repressive drug policies on women. En LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy (ed.). *After the Drug Wars* (pp. 109-118). London: The London School of Economics and Political Science.
- Mangelinckx, J. (2013). El principio de proporcionalidad en los procesos por tráfico ilícito de drogas en el Perú. En Paladines, J. *El equilibrio perdido: drogas y proporcionalidad en las justicias de América* (pp. 235-300). Quito: Defensoría Pública del Ecuador.
- Mangelinckx, J. (2016). *Lucha contra las drogas en Perú: una batalla perdida*. Lima: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, Centro de Investigaciones en Drogas y Derechos Humanos.
- Mansfield, D. (2016). Misunderstanding the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy (ed.). *After the Drug Wars* (pp. 127-140). London: London School of Economics and Political Science.
- Matrix Knowledge Group (2007). *The Economic case for and against prison*. London: Matrix Knowledge Group.
- McAllister, W. B. (2000). *Drug Diplomacy in the Twentieth Century: An International History*. London y New York: Routledge.
- McAllister, W. (2012). Reflections on a Century of International Drug Control. En Collins, J. y Kitchen, N. *Governing the Global Drug Wars* (pp. 10-16). London: LSE IDEAS, London School of Economics and Political Science.
- McVay, D., Schiralid, V. y Ziedenberg, J. (2004). *Treatment or incarceration? National and State Findings of the Efficacy and Cost Savings of Drug Treatment versus Imprisonment*. Washington D.C: Justice Police Institute.
- Mejía, S. (2014). Las barreras de acceso al derecho fundamental a la salud de la mujer embarazada reclusa en Colombia en perspectiva de derechos. *Analecta Política*, 4 (7), 319-343.
- Metaal, P. y Loi, V. (2016). *Tendencies in world imprisonment for drug related crime*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.

- México Evalúa (2010). Índice de desempeño del sistema penal 2010. México D.F.: México Evalúa.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (2016). Criminalidad asociada con las Drogas. En *Reporte de Drogas de Colombia*. Bogotá D.C.: Ministerio de Justicia y del Derecho. Recuperado de https://www.odc.gov.co/Portals/1/publicaciones/pdf/odc-libro-blanco/ODC0100322016_reporte_drogas_colombia_2016.pdf
- Ministerio de Justicia y del Derecho (en prensa). *Análisis de aspectos procesales y patrones de judicialización por el delito de tráfico de drogas en Colombia y de la proporcionalidad en las penas impuestas*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho.
- National Association of Drug Court Professionals (2013). *Adult Drug Court Best Practices Standards*. Berkeley: Editcetera. Recuperado de <http://www.nadcp.org/sites/default/files/nadcp/AdultDrugCourtBestPracticeStandards.pdf>
- National Research Council (2001). *Informing America's Policy on Illegal Drugs: What We Don't Know Keeps Hurting Us*. Washington D.C.: National Academy Press.
- Observatorio Judicial República de Costa Rica. (2015). Acciones Interinstitucionales que reconstruyen vidas. *Observatorio Judicial República de Costa Rica*, 180. Recuperado de <https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol180/>
- OEA (2012). *Escenarios para el problema de drogas en las Américas, 2013-2025*. Washington D.C.: Organización de los Estados Americanos.
- OEA (2013). *El problema de las drogas en las Américas*. Recuperado de <http://bit.ly/2gcp3w0>
- Onusida (2014). *The Gap Report. United Nations*. Recuperado de http://www.oas.org/documents/spa/press/Introduccion_e_Informe_Analitico.pdf
- Paladines, J. (2016). *En busca de la prevención perdida: reforma y contrarreforma de la política de drogas en Ecuador*. Quito: Frederick Ebert Stiftung. Recuperado de <http://bit.ly/2hi0Edw>
- Pásara, L. (2011). La producción judicial: cifras y calidad. En Pásara, L. *El funcionamiento de la justicia del Estado* (pp. 3-96). Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos; Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado de http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/1_El_fucionamiento_de_la_justicia_del_Estado.pdf

- Pazmiño, E., Paladines, J. y Brito, M. (2014). *Guía de aplicación del principio de favorabilidad para las personas condenadas por delitos de drogas en Ecuador*. Quito: Defensoría pública de Ecuador.
- Pearson, H. (2004). Science and the war on drugs: A hard habit to break. *Nature*, 430, 394-395.
- Peláez Ferrusca, M. (2000). *Derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*. México: Colección nuestros derechos. Cámara de Diputados, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Perdomo, J. (2015). Mano dura con los “duros” y estratégica con los demás. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16244681>
- Pérez Correa, C. (2014a). *Consumo, consumidores de drogas y las respuestas estatales en América Latina*. México: Fontamara.
- Pérez Correa, C. (2014b). *Las mujeres invisibles: los verdaderos costos de la prisión*. México D.F.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Pérez Correa, C. (2015). *Mujeres invisibles: los verdaderos costos de la prisión*. Nexos. Recuperado de <http://bit.ly/2gDHDy6>
- Pérez Correa, C. y Azaola, E. (2012). *Resultados de la Primera Encuesta a Población Interna en Centros Federales de Readaptación Social*. México: CIDE.
- Pérez Correa, C. y Romero, J. (2016) Marihuana: cómo. Nexos. Recuperado de <http://bit.ly/2glUA1P>
- Pérez Correa, C., Corda, A. y Boiteux, L. (2015). *La regulación de la posesión y la criminalización de los consumidores en América Latina*. México D.F.: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Pérez Correa, C., Uprimny, R. y Chaparro, S. (2016). Regulation of possession and the criminalisation of drug users in Latin America. LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy (ed.). *After the Drug Wars* (pp. 30-39). London: London School of Economics and Political Science.
- PNUD (2015). *Perspectives on the Development Dimensions of Drug Control Policy*. Ginebra: PNUD.
- Policía Nacional de Perú (2015). Protocolos de trabajo conjunto entre Ministerio Público y Policía.
- Procuración Penitenciaria de la Nación (2014). *Informe Anual 2013: La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación. Recuperado de <http://bit.ly/1LcLPhD>
- Procuración Penitenciaria de la Nación (2016). *Informe estadístico sobre mujeres detenidas por infracción a la ley de drogas en el SPF*. Buenos Aires: Procuración Penitenciaria de la Nación.

- Procuraduría de Narcocriminalidad (2012). *Informe estadístico sobre narcocriminalidad. Sobre la distribución de causas iniciadas por estupefacientes, población y empleados en el Ministerio Público Fiscal*. Buenos Aires: Procuración General de la Nación. Recuperado de http://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/wp-content/uploads/sites/6/2014/04/informe-procurar_16-4.pdf
- Procuraduría de Narcocriminalidad (2014). *Ley de desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes (Ley 26.052)*. Buenos Aires: Procuraduría General de la Nación.
- Reporte Social (2013). *Principales características del Uruguay social*. Montevideo: Presidencia de la República Oriental del Uruguay, Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), Ministerio de Desarrollo Social (MIDES), Área de Gestión y evaluación del Estado (AGEV).
- Reuter, P., Pollack, H. y Pardo, B. (2016). If tougher enforcement cannot reliably raise drug prices, what are appropriate goals and metrics? En *LSE Ideas, After the Drug Wars. Report of the LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy* (pp. 51-58). London: London School of Economics and Political Science. Recuperado de <http://www.lse.ac.uk/ideas/Assets/Documents/reports/LSE-IDEAS-After-Drug-Wars.pdf>
- Revista THC (2011). Del lado de adentro. *Revista THC*, 45.
- Revista THC (2012). El inquisidor de San Isidro. *Revista THC*, 50.
- Revista THC (2013). Una ley que mata. *Revista THC*, 65.
- Riego, C. y Duce, M. (2008). *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Robertson, O. (2012). *Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el día de Debate General 2011*. Ginebra: Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas.
- Roeder, O., Eisen, L. y Bowling, J. (2015). *What caused the crime decline?* New York: Brennan Center for Justice. Recuperado de https://www.brennan-center.org/sites/default/files/analysis/What_Caused_The_Crime_Decline.pdf
- Rothwell, J. (2015). *Drug offenders in American prisons: The critical distinction between stock and flow*. Recuperado de <https://www.brookings.edu/blog/social-mobility-memos/2015/11/25/drug-offenders-in-american-prisons-the-critical-distinction-between-stock-and-flow/>
- Rotker, S. y Goldman, K. (2002). *Citizens of Fear*. Rutgers: University Press.

- Room, R., Fischer, B., Hall, W., Lenton, S., Reuter, P., Rossi, D. y Corda, R. A. (2013). *Políticas sobre el cannabis*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Rosenberg, J. (2009). *La niñez también necesita de su papá: hijos e hijas de padres encarcelados*. Ginebra: Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas.
- Rubio Serrano, R. (2013). El sistema de responsabilidad penal para adolescentes: un fracaso resonante y cómo remediarlo. *Razón Pública*. Recuperado de <http://bit.ly/2kxCVDw>
- Saavedra, E., Lappado, P., Bango, M. y Mello, F. (2014). Invisibles, ¿hasta cuándo? *Church World Service y Gurises Unidos*. Recuperado de http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Invisibles_hasta_cuando.pdf
- Sachsida, A. y Mendonça, M. J. (2007). Ex-convicts face multiple labor market punishments: Estimates of peer-group and stigma effects using equations of returns to schooling. *Revista Economía*, 7 (3).
- Sánchez, C. (2015). *La justicia penal como componente de la justicia transicional*. Bogotá: Ministerio de Justicia.
- Santamaría, G., Carey, D., Menjivar, C. y Davis, D. (2017). *Violence and crime in Latin America. Representations and Politics*. Oklahoma: University of Oklahoma Press.
- Schaffer, A. (2016). *Entre la retórica y la reforma. Reforma del sistema de justicia penal de los EE.UU.* Washington D.C.: Wola y Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Sen, A. (2000). *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta.
- Sistema Subregional de Información e Investigación sobre Drogas (2010). *La relación droga y delito en adolescentes infractores de la ley*. Washington D.C.: Sistema Subregional de Información e Investigación sobre Drogas.
- Secretaría de Gobernación, Comisión Nacional de Seguridad, Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social (2015). *Cuaderno mensual de información estadística Penitenciaria nacional*. México: SEGOB-CNS-OADPRS.
- Snyder, H. (2011). *Arrest in the United States, 1980-2009*. Washington, DC: U.S Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics.
- Sozzo, M., Azevedo, R., Cifali, A., Grajales, M. L., Hernández, M., y Paladines, J. (2016). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: Clacso. Recuperado de http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo_penalidad.pdf

- Steadman, H. J., Osher, F. C., Robbins, P. C., Case, B. y Samuels, S. (2009). Prevalence of serious mental illness among jail inmates. *Psychiatr Serv*, 60 (6), 761-5. doi: 10.1176/appi.ps.60.6.761.
- Stemen, D. (2007). *Reconsidering Incarceration: New Directions for Reducing Crime*. Washington D.C: Vera Institute of Justice. Recuperado de http://vera.org/sites/default/files/resources/downloads/veraincarc_vFW2.pdf
- Steven, R., y Stoll, M. (2014). *A new approach to reducing incarceration while maintaining low rates of crime*. The Hamilton Project. Washington D.C. Recuperado de http://www.hamiltonproject.org/assets/legacy/files/downloads_and_links/v5_THP_RaphaelStoll_DiscPaper.pdf
- The Sentencing Project. (2015). *Fewer prisoners, less crime: a tale of three states*. Washington D.C: The Sentencing Project. Recuperado de <http://sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/11/Fewer-Prisoners-Less-Crime-A-Tale-of-Three-States.pdf>
- Thoumi, F. E. (2015). Debates y paradigmas de las políticas de drogas en el mundo y los desafíos para Colombia. *Bogotá: Academia Colombiana de Ciencias Económicas*.
- Thoumi, F. E. (2016). Re-examining the medical and scientific basis for interpreting the drug treaties: Does the 'regime' have any clothes? En LSE Expert Group on the Economics of Drug Policy (ed.). *After the Drug Wars* (19-29). London: London School of Economics and Political Science.
- TNI y WOLA (2010). *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Recuperado de <http://bit.ly/2hi89Rm>
- Tokatlian, J. G. (2004). El mito perpetuo. *Página/12*. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-245310-2014-05-02.html>
- Tomkin, J. (2009). *Huérfanos de la justicia: Buscando el interés superior del menor cuando se encarcela a su progenitor(a): un análisis legal*. Ginebra: Representación Cuáquera ante las Naciones Unidas.
- Tyler, T. (2014). *La obediencia del derecho*. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre Editores.
- Umaña, C. (2013). La responsabilidad penal frente a una transición: precisiones y desafíos en el contexto colombiano. II Congreso Internacional de Derecho y VII Congreso Internacional de Criminología y Derecho Penal. Universidad Libre.
- Unaid (2011). *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights*. United Nations: Unaid.
- Unasur (2016). *Visión regional del Consejo Suramericano sobre el Problema Mundial de las Drogas (CSPMD)*. Recuperado de http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_integracao/docs_UNASUL/Res11-2015_Anexo.pdf

- UNHCHR (2015). Study on the impact of the world drug problem on the enjoyment of human rights. *30th Human Rights Council Sessions*.
- Unifem (2006). *Mujeres y prisión en Colombia: análisis desde una perspectiva de derechos humanos y género*. Bogotá: Unifem.
- UNODC Bolivia (2016). *La UNODC aboga por medidas sustitutivas al encarcelamiento para delitos menores y no violentos relacionados con las drogas, en especial para las mujeres*. Recuperado de <http://bit.ly/2h7tjPw>
- UNODC (2008). Making drug control ‘fit for purpose’: building on the UNGASS decade. Report by the Executive Director of the United Nations Office on Drugs and Crime as a Contribution to the review of the twentieth special session of the General Assembly.
- UNODC (2013). *Global Study on Homicide 2013*. Viena: United Nations. Recuperado de <http://bit.ly/1ITWEvh>
- UNODC (2014). *Global Study on Homicide 2013*. Geneva: United Nations.
- UNODC (2015a). *Informe mundial sobre drogas. Resumen ejecutivo*. Viena: Naciones Unidas. Recuperado de <http://bit.ly/1Ke20wC>
- UNODC (2015b). *Colombia. Monitoreo de cultivos de coca*. Bogotá: Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito y Gobierno de Colombia. Recuperado de <http://bit.ly/1RQ19rN>
- UNODC (2016a). *World Drug Report 2016*. New York: United Nations.
- UNODC (2016b). *Special Data Collection on Persons held in Prisons (2010-2012)*. Recuperado de <http://bit.ly/2gWA9sW>
- UNODC (2016c). *World Drug Report 2016*. New York: United Nations. Recuperado de <http://bit.ly/294OoGU>
- Uprimny, R. (2003). *Drogas, derecho y democracia*. Recuperado de http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/uprimny_drogas_y_democracia.htm
- Uprimny, R. (2013). Derechos humanos y derecho de las drogas. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/derechos-humanos-y-derecho-de-las-drogas-columna-446339>.
- Uprimny, R., Chaparro, S. y Cruz, L. F. (2017). *Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia*. Bogotá: Dejusticia y Colectivo de Estudios Drogas y Derecho.
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra, J. (2012). *La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny, R., Guzmán, D. E. y Parra, J. (2013). *Penas alucinantes. La desproporción de la penalización de las drogas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

- Uprimny, R., Martínez, M., Cruz, L., Chaparro, S. y Chaparro, N. (2016). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, Wola, Open Society Foundations.
- Uprimny, R. y Guzmán, D. E. (2010). *Las cárceles en Colombia: entre una jurisprudencia avanzada y un estado de cosas inconstitucionales*. Ponencia presentada en Medellín, en el Congreso Internacional sobre derechos humanos y sistema penitenciario, Inpec.
- Urosa R. (2009). Algunas reflexiones en relación con el “Derecho penal del enemigo” dentro del contexto nacional. *RDFM*, 61 (255).
- Winick, B., & Wexler, D. (2015). Drug Treatment Court: Therapeutic Jurisprudence Applied. *Touro Law Review*, 18(3). Recuperado de <http://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol18/iss3/6>
- World Health Organization. (2014). Preventing Overdose Deaths in the Criminal Justice System. Copenhagen.
- WOLA (2015). Mujeres encarceladas: Fotos muestran el costo humano de las políticas de drogas en las Américas. Recuperado de http://www.wola.org/es/comentario/mujeres_encarceladas_el_costo_humano_de_las_politicas_actuales_en_las_americas
- WOLA, TNI, International Centre on Human Rights and Drug Policy, Global Drug Policy Observatory (2017). *International law and drug policy reform. Report of the international law and drug policy reform expert seminar*. Washington, D.C. Disponible en http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/Expert_Seminar_Report_-_International_Law_Drug_Policy_Reform.pdf
- WOLA, IDPC, Dejusticia y CIM (2016). Mujeres, política de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe. Washington D.C. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-ES.pdf>
- Wood, D. (2010a). Punishment: Consequentialism. *Philosophy Compass*, 5(6), 455-469.
- Wood, D. (2010b). Punishment: Nonconsequentialism. *Philosophy Compass*, 5(6), 470-482.
- WSIPP (2015). *What Works and What Does Not? Benefit-Cost Findings from WSIPP*. Washington D.C: Washington State Institute for Public Policy, 2015.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Madrid: Dykinson.

• DOCUMENTOS 1

ETNORREPARACIONES: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Yukyan Lam

2011

• DOCUMENTOS 2

LA CONSULTA PREVIA: DILEMAS Y SOLUCIONES. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Natalia Orduz Salinas

2012

• DOCUMENTOS 3

LA ADICIÓN PUNITIVA:

La desproporción de leyes de drogas en América Latina

Publicación digital e impresa

Rodrigo Uprimny, Diana Esther Guzmán, Jorge Parra Norato

2012

• DOCUMENTOS 4

ORDEN PÚBLICO Y PERFILES RACIALES:

experiencias de afrocolombianos con la policía en Cali

Publicación digital e impresa

Yukyan Lam, Camilo Ávila

2013

• DOCUMENTOS 5

INSTITUCIONES Y NARCOTRÁFICO:

la geografía judicial de los delitos de drogas en Colombia

Publicación digital

Mauricio García Villegas, Jose Rafael Espinosa Restrepo,

Felipe Jiménez Ángel

2013

• DOCUMENTOS 6

ENTRE ESTEREOTIPOS: Trayectorias laborales de mujeres y hombres en Colombia

Publicación digital

Diana Esther Guzmán, Annika Dalén

2013

• DOCUMENTOS 7

LA DISCRIMINACIÓN RACIAL EN EL TRABAJO:

Un estudio experimental en Bogotá

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Juan Camilo Cárdenas C.,

Juan David Oviedo M., Sebastián Villamizar S.

2013

• DOCUMENTOS 8

LA REGULACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN COLOMBIA

Publicación digital

Annika Dalén, Diana Esther Guzmán, Paola Molano
2013

• DOCUMENTOS 9

ACOSO LABORAL

Publicación digital

Diana Guzmán, Annika Dalén
2013

• DOCUMENTOS 10

ACCESO A LA JUSTICIA: Mujeres, conflicto armado y justicia

Publicación digital

Diana Esther Guzmán Rodríguez, Sylvia Prieto Dávila
2013

• DOCUMENTOS 11

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA DESPENALIZACIÓN PARCIAL DEL ABORTO

Publicación digital e impresa

Annika Dalén
2013

• DOCUMENTOS 12

RESTITUCIÓN DE TIERRAS Y ENFOQUE DE GÉNERO

Publicación digital e impresa

Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro
2013

• DOCUMENTOS 13

RAZA Y VIVIENDA EN COLOMBIA: la segregación residencial y las condiciones de vida en las ciudades

Publicación digital e impresa

María José Álvarez Rivadulla, César Rodríguez Garavito, Sebastián Villamizar Santamaría, Natalia Duarte
2013

• DOCUMENTOS 14

PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES Y PARTIDOS. Posibilidades a partir de la reforma política de 2011.

Publicación digital

Diana Esther Guzmán Rodríguez, Sylvia Prieto Dávila
2013

• DOCUMENTOS 15

BANCADA DE MUJERES DEL CONGRESO: una historia por contar

Publicación digital

Sylvia Cristina Prieto Dávila, Diana Guzmán Rodríguez
2013

• DOCUMENTOS 16

OBLIGACIONES CRUZADAS: Políticas de drogas y derechos humanos

Publicación digital

Diana Guzmán, Jorge Parra, Rodrigo Uprimny
2013

• DOCUMENTOS 17

GUÍA PARA IMPLEMENTAR DECISIONES SOBRE DERECHOS SOCIALES

Estrategias para los jueces, funcionarios y activistas

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Celeste Kauffman
2014

• DOCUMENTOS 18

VIGILANCIA DE LAS COMUNICACIONES EN COLOMBIA El abismo entre la capacidad tecnológica y los controles legales

Publicación digital e impresa

Carlos Cortés Castillo
2014

• DOCUMENTOS 19

NO INTERRUMPIR EL DERECHO

Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud en materia de IVE

Publicación digital

Nina Chaparro González, Annika Dalén
2015

• DOCUMENTOS 20

DATOS PERSONALES EN INFORMACIÓN PÚBLICA: oscuridad en lo privado y luz en lo público

Publicación digital e impresa

Vivian Newman
2015

• DOCUMENTOS 21

REQUISAS, ¿A DISCRECIÓN?

Una tensión entre seguridad e intimidad

Publicación digital e impresa

Sebastián Lalinde Ordóñez
2015

• DOCUMENTOS 22

FORMACIÓN EN VIOLENCIA SEXUAL EN EL CONFLICTO

ARMADO: una propuesta metodológica para funcionarios

Publicación digital

Silvia Rojas Castro, Annika Dalén
2015

• DOCUMENTOS 23

CASAS DE JUSTICIA:

una buena idea mal administrada

Publicación digital

Equipo de investigación: Mauricio García Villegas,
Jose Rafael Espinosa Restrepo, Sebastián Lalinde Ordóñez,
Lina Arroyave Velásquez, Carolina Villadiego Burbano
2015

• DOCUMENTOS 24

LOS REMEDIOS QUE DA EL DERECHO.

***El papel del juez constitucional cuando la interrupción
del embarazo no se garantiza***

Publicación digital

Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro González
2015

• DOCUMENTOS 25

**EL EJERCICIO DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA
DEL EMBARAZO EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO**

Publicación digital

Margarita Martínez Osorio, Annika Dalén,
Diana Esther Guzmán, Nina Chaparro González
2015

• DOCUMENTOS 26

CUIDADOS PALIATIVOS:

***abordaje de la atención en salud
desde un enfoque de derechos humanos***

Publicación digital e impresa

Isabel Pereira Arana
2016

• DOCUMENTOS 27

**SARAYAKU ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS:**

justicia para el pueblo del Medio Día y su selva viviente

Publicación digital e impresa

Mario Melo Cevallos
2016

• DOCUMENTOS 28 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

LOS TERRITORIOS DE LA PAZ.

La construcción del estado local en Colombia

Publicación digital e impresa

Mauricio García Villegas, Nicolás Torres Echeverry,
Javier Revelo Rebolledo, Jose R. Espinosa Restrepo,
Natalia Duarte Mayorga
2016

• DOCUMENTOS 29 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

**NEGOCIANDO DESDE LOS MÁRGENES:
la participación política de las mujeres en los procesos de
paz en Colombia (1982-2016)**

Publicación digital e impresa

Nina Chaparro González, Margarita Martínez Osorio
2016

• DOCUMENTOS 30 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

**LA PAZ AMBIENTAL:
retos y propuestas para el posacuerdo**

Publicación digital e impresa

César Rodríguez Garavito, Diana Rodríguez Franco,
Helena Durán Crane
2016

• DOCUMENTOS 31 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

**ACCESO A LOS ARCHIVOS DE INTELIGENCIA
Y CONTRAINTELIGENCIA EN EL MARCO DEL POSACUERDO**

Publicación digital e impresa

Ana María Ramírez Mourraille, María Paula Ángel Arango,
Mauricio Albarracín Caballero, Rodrigo Uprimny Yepes,
Vivian Newman Pont
2017

• DOCUMENTOS 32

**JUSTICIA TRANSICIONAL Y ACCIÓN SIN DAÑO
Una reflexión desde el proceso de restitución de tierras**

Publicación digital e impresa

Aura Patricia Bolívar Jaime, Olga del Pilar Vásquez Cruz
2017

• DOCUMENTOS 33

**SIN REGLAS NI CONTROLES
Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas
dirigida a menores de edad**

Publicación digital e impresa

Diana Guarnizo Peralta
2017

• DOCUMENTOS 34

**ACADEMIA Y CIUDADANÍA
Profesores universitarios cumpliendo y violando normas**

Publicación digital e impresa

Mauricio García Villegas, Nicolás Torres Echeverry,
Andrea Ramírez Pisco, Juan Camilo Cárdenas Campo
2017

• DOCUMENTOS 35 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

ESTRATEGIAS PARA UNA REFORMA RURAL TRANSICIONAL

Publicación digital e impresa
Nelson Camilo Sánchez León
2017

• DOCUMENTOS 36 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

SISTEMA DE JUSTICIA TERRITORIAL PARA LA PAZ

Publicación digital e impresa
Carolina Villadiego Burbano, Sebastián Lalinde Ordóñez
2017

• DOCUMENTOS 37

DELITOS DE DROGAS Y SOBREDOSIS CARCELARIA EN COLOMBIA

Publicación digital e impresa
Rodrigo Uprimny Yepes, Sergio Chaparro Hernández,
Luis Felipe Cruz Olivera
2017

• DOCUMENTOS 38 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

COCA, INSTITUCIONES Y DESARROLLO

Los retos de los municipios productores en el posacuerdo

Publicación digital e impresa
Sergio Chaparro Hernández, Luis Felipe Cruz Olivera
2017

• DOCUMENTOS 39 IDEAS PARA CONSTRUIR LA PAZ

RESTITUCIÓN DE TIERRAS, POLÍTICA DE VIVIENDA Y PROYECTOS PRODUCTIVOS

Ideas para el posacuerdo

Publicación digital e impresa
Aura Patricia Bolívar Jaime, Angie Paola Botero Giraldo,
Laura Gabriela Gutiérrez Baquero
2017

• DOCUMENTOS 40

CÁRCEL O MUERTE

El secreto profesional como garantía fundamental en casos de aborto

Publicación digital
Ana Jimena Bautista Revelo, Anna Joseph, Margarita Martínez Osorio
2017

La libertad es uno de los derechos más

importantes para el ser humano. Por ello, el poder que tienen los Estados de privar a las personas de este derecho debe ejercerse de manera proporcional y solo como último recurso, una vez que otros han sido probados y han fallado. La "guerra contra las drogas", desplegada en las últimas décadas, ha generado una enorme distorsión en los sistemas penales, en el uso del poder punitivo de los Estados y de la cárcel en todo el mundo, particularmente en las Américas.

Esto ha llevado a una escalada punitiva, en la que los sistemas penales imponen penas privativas de la libertad, altas y desproporcionadas, para sancionar toda clase de conductas relacionadas con drogas –desde la siembra hasta la posesión, e incluso el consumo–. El presente estudio es la continuación de un esfuerzo iniciado en 2010 por el CEDD, que buscaba documentar los impactos adversos de las políticas de drogas y, en particular, del uso excesivo del derecho penal y de sanciones privativas de libertad, sus costos, sus consecuencias sobre la vida de las personas y las alternativas al encarcelamiento. Este texto reúne los resultados de investigaciones sobre la relación entre las leyes de drogas y los sistemas penitenciarios en diez países de las Américas –Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, México, Perú y Uruguay– realizadas por investigadores del CEDD.

Estas investigaciones se concentraron en analizar los siguientes temas: la evolución de las leyes de drogas y su impacto sobre los sistemas penitenciarios de la región, las poblaciones afectadas y las condiciones penitenciarias en las que viven; la situación socioeconómica de las personas privadas de la libertad por esos delitos, su grado de participación en las redes de narcotráfico y los impactos del encarcelamiento sobre poblaciones específicas.

La evidencia sobre el estado de abandono en que se encuentra el sistema penitenciario obliga a pensar en medidas que permitan sustituir la respuesta penal por un enfoque orientado al desarrollo humano y avanzar hacia respuestas más humanitarias. No solo por razones utilitarias, sino también por razones morales, resulta indispensable cambiar el actual modelo penal y de castigo para lograr un sistema más equitativo e imparcial. Ello no solo permitirá que tengamos sociedades más seguras, sino también sociedades más justas.

978-958-5441-22-4



9 789585 441224