

**Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de
Costa Rica**

Número 5, 2013



**Número en Homenaje al Prof. Emérito Dr. Francisco Castillo González con
ocasión de su cumpleaños 70.**

PROPORCIONALIDAD Y ESPECIFICIDAD DE GÉNERO: A PROPÓSITO DE LA REFORMA DE LA LEY PSICOTRÓPICOS

Prof. Dra. Teresa Aguado Correa

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla (España)

RESUMEN: En el presente artículo trataré el tema de la reforma de la Ley de Psicotrónicos de 2013 en Costa Rica. Realizaremos un análisis de el artículo 77 bis de la Ley en su redacción final, desde el punto de vista de los dos aspectos a los que se hace referencia en la propia rúbrica de la reforma, a saber, proporcionalidad y especificidad de género, haciendo especial hincapié en este trabajo en el género, sin perjuicio de que analicemos siquiera sea brevemente, por razones de espacio, la proporcionalidad de la pena de prisión prevista en este artículo 77 bis Ley.

PALABRAS CLAVE: Proporcionalidad, género, especificidad de género, Ley de Psicotrónicos, Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

ABSTRACT: This article will address the issue of reform of Psychotropic Substances Act of 2013 in Costa Rica. We will conduct an analysis of Article 77 bis of the Law in its final form, from the point of view of the two aspects that the heading of the reform itself referred to, namely, proportionality and gender specificity, with special emphasis on gender, while analyzing, even briefly, for reasons of space, the proportionality of the penalty of imprisonment under article 77 bis of this Act.

KEYWORDS: Proportionality, gender, gender specificity, Psychotropic Substances Act, United Nations Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-custodial Measures for Women Offenders (The Bangkok Rules).

Fecha de recepción: 14 de octubre de 2013.

Fecha de aprobación: 17 de octubre de 2013.

INTRODUCCIÓN

En las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (en adelante, Reglas de Bangkok) aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010⁴⁷⁴, se reconoce que “cierto número de mujeres delincuentes no plantean un riesgo para la sociedad y que, como ocurre en el caso de todos los delincuentes, su encarcelamiento puede dificultar su reinserción social”⁴⁷⁵, debiéndose priorizar la aplicación de medidas no privativas de libertad a las mujeres, y tener en cuenta las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal⁴⁷⁶, en especial, el

474 Resolución 65/229 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada en la 71ª sesión plenaria.

475 Reglas de Bangkok, p. 3. Vid. AGUADO CORREA, “Dimensión de género en las políticas y centros penitenciarios”, en *Mujeres en las cárceles de Andalucía*, Madrid, 2012, pp. 333 y ss.

476 Reglas de Bangkok, p. 2. También en la Resolución del Parlamento europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, se recomienda recurrir en mayor medida a las penas de sustitución de la reclusión, como las alternativas sociales, en aquellos casos en los que las penas impuestas y el riesgo para la seguridad pública

sean reducidos (apartado 19).

477 Historial de victimización de muchas de ellas y las responsabilidades de cuidado de otras personas (Regla 57).

Con fecha 10 de febrero de 2011, cuando aún no habían transcurrido dos meses desde que se aprobasen las citadas Reglas de Bangkok⁴⁷⁷, el diputado Orozco Álvarez presentó a la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, un proyecto de Ley de modificación de la Ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento⁴⁷⁸, en el que se proponía la inclusión de un nuevo artículo 77 bis en la citada Ley. Aun cuando el diputado Orozco Álvarez justificó esta reforma con un análisis criminológico de la situación las mujeres que estaban en prisión por la comisión de un delito de introducción de drogas a un centro penal y los factores de exclusión social de éstas relacionadas con el género⁴⁷⁹, al final de la Exposición de Motivos el diputado Orozco Álvarez afirmó que “No se pretende la creación de un tipo penal exclusivo para féminas”, por lo que “con esta propuesta se verán beneficiados tanto los hombres como las mujeres que cometan dicho ilícito”⁴⁸⁰.

478 La distribución general está fechada el 16 de marzo de 2011.

479 En el Informe Jurídico, de 24 de abril de 2012, elaborado por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, p. 23, se señala que el título del instrumento que se pretendía reforma estaba erróneamente consignado, siendo el título correcto “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”.

⁴⁷⁹Incluso inició justificación de la propuesta contenida en el proyecto de Ley con las siguientes palabras: “El delito de introducción de drogas a un centro penal en Costa Rica tiene rostro de mujer de acuerdo con lo observado en los estrados judiciales. El incremento en el número de mujeres reclusas en los centros penales del país está estrechamente relacionado con la comisión del delito de introducción de drogas a los centros penales; el tratamiento a esta problemática es complejo, y lo es más aún, cuando en esa situación se ve involucrado uno de los pilares de la sociedad costarricense, como es la mujer madre, muchas veces jefa de hogar, y por tanto de la familia entera de la reclusa”. Proyecto de Ley, p. 1.

⁴⁸⁰ En opinión del diputado, en último término sería la “sociedad costarricense la mayor favorecida”. Cfr. Proyecto, p. 18.

En el Proyecto de ley presentado por el diputado Orozco, el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos estaba redactado en los siguientes términos:

“La pena de prisión será de seis meses a tres años, cuando en las conductas descritas en el artículo 58 concurra la siguiente circunstancia: Las drogas tóxicas, los psicotrópicos o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en establecimientos penitenciarios. La pena de prisión será de ocho a veinte años cuando quien introduzca o difunda drogas en establecimientos penitenciarios sea un funcionario de hecho o de derecho o un oficial de seguridad de alguno de los centros de reclusión del país”.

Esta redacción del art. 77 bis, fue objeto de serias objeciones por parte de los servicios jurídicos de la Asamblea Legislativa, al constatarse “un serio vicio de antinomía, contradicción y duplicidad de regulación, al sancionar las mismas conductas con penas de prisión diferentes (menores), lo que violentaría los principios de seguridad jurídica y tipicidad penal...”, ya que “La reforma que se plantea, pretende atenuar las penas de prisión, en los casos en que las drogas tóxicas, los psicotrópicos o las sustancias psicotrópicas que sean introducidas o difundidas en establecimientos penitenciarios”, si bien ya están tipificadas en los numerales 58 y 77 de la Ley de Psicotrópicos. En el Informe Jurídico se afirma que “La reforma rompe los principios constitucionales de proporcionalidad y de razonabilidad de las normas, así como el principio de tipicidad que exige que la sanción debe ser proporcional al valor del bien que se protege. En el caso bajo estudio, se estaría sancionando con penas más favorables ilícitos que lesionan el mismo bien jurídico tutelado que ya está sancionado de manera más gravosa en otras normas del ordenamiento jurídico y del mismo texto de la ley que se pretende reformar”⁴⁸¹. Para salvar estos vicios se debería haber propuesto la modificación de los artículos 58 y 77 de la Ley a la vez que la introducción del nuevo artículo 77 bis.

⁴⁸¹ Informe jurídico, p. 22.

Durante la tramitación parlamentaria la redacción de este nuevo art. 77 bis Ley de Psicotrópicos ha sufrido importantes modificaciones, las cuales se han plasmado en el proyecto de ley “Reforma a ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, de 26 de diciembre de 2001, para introducir la proporcionalidad y especificidad de género”⁴⁸². En realidad, en nuestra opinión, la perspectiva de género podía ser considerada como el “agente provocador”⁴⁸³ de la reforma de la Ley de Psicotrópicos, como se deduce de las palabras con las que el diputado Orozco Álvarez justifica la misma, aun cuando finalmente este diputado decidiese no excluir de su ámbito de aplicación a los hombres puede que, como afirma la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, “para evitarse el conflicto constitucional de si es posible legislar para un determinado número de personas...”⁴⁸⁴. Y ello a pesar de que no existe problema alguno en legislar teniendo en cuenta el género, ya que la puesta en práctica del principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos⁴⁸⁵, exige tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas. La atención de éstas para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no debe considerarse discriminatoria, como se remarca en la Regla 1 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

⁴⁸² Diario Oficial La Gaceta nº 128 del 4 de julio de 2011.

⁴⁸³ En el Dictamen afirmativo de mayoría, p. 5, se hace referencia al “espíritu inicial de darle una mayor proporcionalidad a este tipo de delito que son cometidos por mujeres, al pretender introducir pequeñas cantidades de drogas en un centro penitenciario”.

⁴⁸⁴ Nº SP-180-12- de 30 de mayo de 2012. Citado por la CPESN, Dictamen Final, p. 5.

⁴⁸⁵ “1. Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera”.

Y así lo reconoce la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, cuando afirma “No es lo mismo sancionar con prisión a un hombre que a una mujer que reúne esas condiciones. Ciertamente aquella merece un reproche jurídico, pero este no puede ser igual, porque las condiciones no son iguales y la afectación al tejido social no es igual”⁴⁸⁶. La mayoría de la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico ha justificado estos cambios en los siguientes términos:

“ Ante esta realidad, se pretende contribuir a corregir esta problemática estructural que hoy rompe el tejido social al dividir hogares dirigidos por mujeres, dejando sus hijos e hijas desprotegidos, introduciendo elementos de proporcionalidad y especificidad de género por medio de la penalidad, poniendo a disposición de los jueces y juezas elementos para disponer el cumplimiento de la ejecución de la pena a fin de humanizar e introducir la posibilidad de que ellas puedan reinsertarse socialmente mientras cumplen la sanción penal. Para cumplir con todo estos propósitos, se acogió un texto sustitutivo presentado por la Subcomisión, el cual se sometió a la atenta consideración de las Señoras y Señores Diputados para su aprobación definitiva en el Plenario y que se convierta en ley de la República. El texto es el siguiente:

“Artículo 77 bis.-

La pena prevista en el artículo anterior será 3 a 8 años de prisión, cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cumpla una o varias de las siguientes condiciones:

- a) Se encuentre en condición de pobreza.
- b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad.

⁴⁸⁶ Dictamen afirmativo de mayoría, de 26 de junio de 2012, p. 11.

c) Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo.

d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

En caso de que se determine alguna de las condiciones anteriores, el juez competente o el juez de ejecución de la pena podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en modalidad de detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión”.

Respecto de la propuesta inicial del diputado Orozco Álvarez, el texto del art. 77 bis de la Ley de Psicotrópicos que acabamos de reproducir y que se corresponde con la redacción final del mismo aprobada por la Comisión Permanente especial de Redacción el 29 de julio de 2013 y en segundo debate el día 30 de julio de 2013, presenta los siguientes cambios:

Ámbito de aplicación objetivo: solo se aplica cuando se trate de introducción de drogas en establecimientos penitenciarios (art. 77 Ley de Psicotrópicos); la versión original abarcaba no solo las conductas de introducción (art. 77 Ley de Psicotrópicos) sino también de difusión de drogas (art. 58 Ley de Psicotrópicos) en establecimientos penitenciarios.

Ámbito de aplicación subjetivo: solamente se aplica a las mujeres autoras o partícipes del citado delito, quedando excluidos los hombres.

Se enumeran las condiciones relacionadas con la vulnerabilidad de las mujeres que deben concurrir para poder apreciar esta pena reducida respecto de la prevista en el art. 77 Ley de Psicotrópicos y las medidas alternativas a la prisión.

La duración de la pena de prisión ha sufrido un considerable aumento:

frente a la duración de seis meses a tres años prevista en el proyecto inicial se ha aumentado a pena de prisión de tres a ocho años en la redacción final del proyecto.

En este trabajo realizaremos un análisis de este artículo 77 bis Ley de Psicotrópicos en su redacción final, desde el punto de vista de los dos aspectos a los que se hace referencia en la propia rúbrica de la reforma, a saber, proporcionalidad y especificidad de género, haciendo especial hincapié en este trabajo en el género⁴⁸⁷ ya que de la proporcionalidad nos hemos ocupado en profundidad en anteriores ocasiones⁴⁸⁸, sin perjuicio de que analicemos siquiera sea brevemente, por razones de espacio, la proporcionalidad de la pena de prisión prevista en este artículo 77 bis Ley de Psicotrópicos.

II. MUJERES Y PRISIÓN

En el Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116 (INI))⁴⁸⁹,

⁴⁸⁷ En cuanto al género, debemos tener presente que se trata de un concepto distinto al de sexo. Como afirma ALMEDA SAMARANCH, “Ejecución penal y mujer en España. Olvido, Castigo y Domesticidad”, en *Mujeres y castigo: un enfoque socio-jurídico y de género*, Madrid, 2007, p. 34, “Mientras que en la realidad el sexo es un componente biológico y una identidad física, el género está relacionado con variables sociales, culturales y también psicológicas”. En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como Convenio de Estambul, de 11.05.2011, se define género como “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” (art. 3 letra c) Convenio).

⁴⁸⁸ AGUADO CORREA, *El principio constitucional de proporcionalidad*, San José, 2013, *passim*. Sobre el control de constitucionalidad del art. 58 Ley de Psicotrópicos realizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, cfr. pp. 465 y ss.

⁴⁸⁹ Informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo de 15 de febrero de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los

padres sobre la vida social y familiar (2007/2116 (INI)), p. 4. Cabe destacar que esta afirmación no aparece en texto definitivo de la Resolución del Parlamento europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros se afirma: “La situación penitenciaria de las mujeres refleja la posición de éstas en la sociedad, puesto que son confinadas en un sistema diseñado, construido y gestionado fundamentalmente por hombres y para hombres”.

Ello es debido, en parte, al bajo porcentaje de la población penitenciaria femenina en relación con el porcentaje de la masculina, porcentaje que se erige en fuente de desigualdad, al ser las mujeres “remanentes de las prisiones de y para hombres”. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (2009), las mujeres representan sólo entre el 4 y 5 % de los presos, aun cuando su número se está incrementado de forma rápida⁴⁹⁰. Este incremento progresivo, el cual se debe en gran parte a una mayor severidad de las condenas y no a la comisión de más delitos⁴⁹¹, ha sido reconocido en las Reglas de Bangkok: “Conscientes de que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años”⁴⁹².

Este incremento progresivo es un fenómeno mundial que también ha afectado de forma particular a Costa Rica, como se deduce del estudio realizado por el ILANUD en el año 2001, titulado “Mujeres en Prisión en los países de América Central en el que se concluyó que Costa Rica era el país de Centro

penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar.

⁴⁹⁰ Según se desprende de las cifras disponibles cuando se redactó el Informe “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. El derecho a la educación de las personas privadas de libertad. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, p. 17, apartado 47, esa proporción oscilaba entre el 2 y el 9%, con una media mundial que se situaría en torno al 4%.

⁴⁹¹ “El derecho a la educación de las personas privadas de libertad. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación”, cit., A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, p. 17, apartado 47.

⁴⁹² STUART VAN WORMER/BARTOLLAS, *Women and the Criminal Justice System*, 3ª ed., Boston, 2010, p. 126.

América que mayor porcentaje de mujeres privadas de libertad tenía en relación con el total de población penitenciaria⁴⁹³.

En Europa, el porcentaje de mujeres privadas de libertad se sitúa en torno al 4,5% y el 5% de la población penitenciaria total, variando de unos países a otros si bien España se sitúa a la cabeza⁴⁹⁴. Aun cuando es un número relativamente bajo en relación con la población penitenciaria masculina, el aumento de la misma ha tenido lugar en algunos países de una manera vertiginosa⁴⁹⁵, como sucedió en la década de los 90 en España⁴⁹⁶.

En el seno de las Naciones Unidas se han destacado en diversos contextos los requisitos que deben cumplirse para tratar la situación de las mujeres delincuentes. Así, en el Sexto Congreso de las Naciones Unidas sobre

⁴⁹³ Citado por Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico, Expediente nº 17.980, 28.06.2102, p. 12.

⁴⁹⁴ En el Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, de 15 de febrero de 2008, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, p. 13, se señala que es Polonia el país europeo que menor porcentaje registra, con un 2,9%, frente al 7,8% de España. Este incremento de la población penitenciaria femenina no ha ido unido en España a un incremento de los recursos, ni al cambio de los sistemas penales y sociales para hacer frente a los procesos de integración social de estas mujeres. Antes al contrario, los cambios legislativos en materia penal y penitenciaria han provocado en los últimos años un endurecimiento del cumplimiento de las penas privativas de libertad: a través de la LO 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se endurecieron los requisitos de acceso al tercer grado y a la libertad condicional, además de haberse incluido en el Código Penal lo que se conoce como período de seguridad.

⁴⁹⁵ Informe sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar, de 15 de febrero de 2008, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, p. 13. En Inglaterra y Gales, entre los años 1992 y 2002, en tanto que la población carcelaria masculina se incrementó en un 50%, la femenina lo hizo en un 173%.

⁴⁹⁶ En el año 1995 se registró el porcentaje más alto de mujeres privadas de libertad en España al situarse en el 9,46%. La evolución de la población penitenciaria femenina en España desde el año 1990 hasta el año 2009 se puede consultar en SERRANO TÁRREGA, "La consideración del género en la ejecución de las penas privativas de libertad" *EPyCr* 2010, p. 541. Según el Informe General de Instituciones Penitenciarias de 2011, el porcentaje de mujeres privadas de libertad en el año 2010 fue del 8% reduciéndose al 7,6% en el año 2011.

Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Caracas del 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980, se aprobó una resolución sobre las necesidades específicas de las reclusas, en la que se recomendó que se reconocieran los problemas especiales de las reclusas y la necesidad de proporcionar los medios para solucionarlos, así como que en los países en los que aún no se hiciese, se ofreciera a las mujeres delincuentes los mismos programas y servicios utilizados como medidas sustitutivas del encarcelamiento para los hombres delincuentes. Igualmente se acordó que las Naciones Unidas, las organizaciones gubernamentales y las organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por la Organización así como las demás organizaciones internacionales, prosiguieran realizando esfuerzos con el fin de asegurar que la mujer delincuente fuese tratada en forma equitativa y justa en el período de su detención, proceso, sentencia y encarcelamiento, prestándose una atención particular a los problemas especiales con que se enfrentaran las mujeres delincuentes, tales como el embarazo y el cuidado de los niños.

También se formularon algunas recomendaciones concretas relativas a las reclusas en los siguientes Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del delincuente. En concreto en el Séptimo Congreso, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre, se abordó el tratamiento equitativo de la mujer en el sistema de justicia penal.

En el Décimo Congreso se aprobó la Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del Siglo XXI, los países miembros de las Naciones Unidas se comprometieron a tener en cuenta y abordar toda repercusión dispar de los programas de los programas y políticas en hombres y mujeres (párrafo 11); al igual que a formular recomendaciones de política orientadas a la acción y basadas en las necesidades especiales de la mujer en

su condición reclusa o delincuente (párrafo 12).

En la Resolución sobre “Los derechos humanos en la administración de justicia” (Resolución 58/183, de 22 de diciembre de 2003), la Asamblea General invitó a que se prestase mayor atención a las mujeres en prisión, incluyendo las cuestiones relativas a los hijos, con el propósito de identificar los problemas fundamentales y las maneras de tratar de resolverlos. También en su Resolución 63/241, de 24 de diciembre de 2008, la Asamblea exhortó a los Estados a tener en cuenta los efectos en los niños de la detención y el encarcelamiento de los padres y, en particular, que promoviesen buenas prácticas en relación con las necesidades y el desarrollo físico, emocional, social y psicológico de los bebés y los niños afectados por la detención y el encarcelamiento de los padres.

La Asamblea General, en su Resolución 61/143, de 19 de diciembre de 2006, titulada “Intensificación de los esfuerzos para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer”, instó a todos los Estados a que examinaran, y en su caso, revisaran, modificaran o derogaran todas las leyes, normas, políticas, prácticas y usos que discriminaran a la mujer o que tuvieran efectos discriminatorios en su contra, en particular respecto de las mujeres que necesitaban atención especial, como las mujeres reclusas en instituciones o detenidas. También instaron a los Estados a capacitar sobre igualdad de género y los derechos de la mujer, al personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley y los jueces y fomentaran su capacidad. En esta resolución se reconoció que la violencia contra la mujer tiene repercusiones concretas para ella cuando entra en contacto el sistema de justicia penal, y afecta también a su derecho a no sufrir victimización en caso de reclusión.

En el 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, se aprobó el día 25 de abril de 2005, la conocida como Declaración de Bangkok, titulada “Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal”, en la que los Estados miembros se comprometieron a desarrollar y mantener instituciones de justicia

penal justas y eficientes, lo que incluía el trato humano de todas las personas detenidas en centros de prisión preventiva y en establecimientos penitenciarios, de conformidad con las normas internacionales aplicables (párrafo 8). Además, recomendaron que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal considerara la posibilidad de revisar la idoneidad de las reglas y normas en relación con la administración penitenciaria y los reclusos (párrafo 30).

Por último, en el 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Salvador (Brasil) del 12 al 19 de abril de 2010, se aprobó la Declaración de Salvador sobre estrategias amplias ante problemas globales: los sistemas de prevención del delito y su desarrollo posterior, en la que se recomendaba que la Comisión de prevención del Delito y de la Justicia Penal estudiara con carácter prioritario el proyecto de reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y las medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El marco normativo y de instrumentos internacionales en materia de ejecución penitenciaria es muy variado, pudiéndose destacar aquellos instrumentos normativos que establecen los estándares mínimos aplicables en un régimen penitenciario respetuoso con los derechos humanos; los relativos a la prohibición de cualquier trato inhumano y degradante; y los relacionados con factores de discriminación, como puede ser el género. También hay que tener en cuenta lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

De los instrumentos internacionales, cabe destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (arts. 3, 4 y 15).

El *soft law* de Naciones Unidas está integrado por una parte, por las

reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal relacionadas principalmente con las medidas sustitutivas del encarcelamiento; por otra parte, por las reglas y normas en materia de prevención del delito relacionadas con el tratamiento de los reclusos, en particular, las Reglas mínimas de la Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos de 1957, así como las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)⁴⁹⁷, cuya necesidad ha sido justificada en los siguientes términos: “Al haber aumentado la población penal femenina en todo el mundo, ha adquirido importancia y urgencia la necesidad de aportar más claridad a las consideraciones que deben aplicarse al tratamiento de las reclusas”⁴⁹⁸.

Es evidente, como se reconoce expresamente en las Reglas de Bangkok, que no todas las reglas se pueden aplicar de la misma forma en todas partes dada la diversidad de situaciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas que se pueden dar en las diversas partes del mundo, pero sí deberían “estimular la disposición permanente a superar las dificultades prácticas para su aplicación, fundada en la certeza de que reflejan, en su conjunto, las aspiraciones generales que a juicio de las Naciones Unidas se orientan a cumplir el objetivo común de mejorar la situación de las reclusas, sus hijos y sus colectividades”⁴⁹⁹.

Las Reglas de Bangkok no sustituyen en modo alguno a las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos ni tampoco a las Reglas de Tokio, las cuales se siguen aplicando a todos los reclusos y delincuentes sin discriminación.

⁴⁹⁷ A/RES/65/229.

⁴⁹⁸ Observación preliminar 1 de las Reglas de Bangkok.

⁴⁹⁹ Observación preliminar 11 de las Reglas de Bangkok.

Las Reglas de Bangkok complementan las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas hace más de 50 años, pues si bien se aplican a todos los reclusos sin discriminación alguna debiendo tener en cuenta las necesidades y la situación concreta de todas las personas privadas de libertad, éstas no hacen suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres⁵⁰⁰. También complementan las Reglas de Tokio y abarcan nuevos aspectos que no habían sido tenidos en cuenta hasta ahora. Nos encontramos ante Reglas que, al estar inspiradas en los principios contenidos en diversos tratados y declaraciones de las Naciones Unidas, son compatibles con las disposiciones del derecho internacional en vigor. Los destinatarios de estas Reglas de Bangkok son las autoridades penitenciarias y los organismos de justicia penal (incluidos los responsables de formular las políticas, legisladores, el ministerio público, el poder judicial y los servicios de libertad condicional), que se ocupan de la administración de las sanciones no privativas de libertad y las medidas basadas en la comunidad.

ANÁLISIS DEL ART. 77 BIS LEY DE PSICOTRÓPICOS: ESPECIFICIDAD DE GÉNERO Y PROPORCIONALIDAD

ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO

En Costa Rica, al igual que sucede en España, la mayoría de las mujeres privadas de libertad están cumpliendo condena por delitos de tráfico de drogas. Según un estudio de campo realizado por la Defensa Pública en el Centro de Atención Institucional del Buen Pastor (abril 2012), de las 780 mujeres privadas de libertad que había internadas el día 20 de marzo de 2012, un 65% de ellas (511 mujeres) estaban privadas de libertad por delitos relacionados con drogas. De estas 511 mujeres, el 23,5%, es decir, 120 mujeres, estaban condenadas por el delito de introducción de drogas a centros penitenciarios, porcentaje que fluctúa hasta el 31% según el flujo de ingresos y egresos⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ Observación preliminar 1 de las Reglas de Bangkok.

⁵⁰¹ Datos ofrecidos por Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico,

A la vista de estas cifras y de la realidad que comparten estas mujeres privadas de libertad, no entendemos por qué la reforma limita su ámbito de aplicación a las mujeres sentenciadas por delitos de introducción de drogas a los centros penitenciarios y no al resto de la población penitenciaria femenina condenada por otros delitos de tráfico de drogas (venta de drogas a pequeña escala) e incluso por otros delitos. En realidad, esta reforma tan solo supone un primer paso en un camino aún muy largo por recorrer pues tan solo afecta a la mitad de la población penitenciaria sentenciada por tráfico de drogas. Si como reconoce la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico el “espíritu inicial” de esta reforma es conferirle “una mayor proporcionalidad a este tipo de delito que son cometidos por mujeres, al introducir pequeñas cantidades de drogas en un centro penitenciario”, el mismo espíritu debería tenerse en cuenta para reformar el tipo penal del art. 58 Ley de Psicotrópicos cuando sea cometido por mujeres en las que concurran las circunstancias previstas en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos. Incluso en el Dictamen afirmativo de mayoría, se reconoce esta necesidad: “El Estado costarricense debe cumplir con obligaciones internacionales que le exigen revisar la política criminal en torno a las mujeres que introducen drogas a los centros penales o venden drogas a pequeña escala. Existen compromisos internacionales que obligan al país a penalizar este tipo de conductas de manera diferenciada, que eviten la discriminación y el trato desigual en perjuicio de las mujeres” (el subrayado no es del original)⁵⁰².

⁵⁰² Dictamen de la mayoría, pp. 11 y 12.

⁵⁰³ Entre otras, monoparentalidad, situación en el mercado laboral, violencia doméstica, diferencias en el uso de las drogas y sus consecuencias, rol social que se espera de las mujeres, las diferencias en el apoyo social y familiar, responsabilidad que asumen, prostitución, etc. Cfr. RAMGAY citado por CRUELLES/IGAREDA, “Informe nacional de recomendaciones y propuestas políticas”, en *MIP Mujeres, integración y prisión*, <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), p. 3.

FACTORES DE EXCLUSIÓN SOCIAL RELACIONADOS CON EL GÉNERO

Las mujeres reclusas y ex reclusas comparten situaciones y necesidades personales y sociales con las mujeres que no han delinquido⁵⁰³, y desde esta perspectiva de género deberían diseñarse las actuaciones de los poderes públicos⁵⁰⁴. Son factores de una realidad y unas necesidades diferentes, en atención del género, que requieren unas respuestas desde esta perspectiva⁵⁰⁵. Las principales causas o fuentes de exclusión social vistas desde una perspectiva de género, son de tres tipos: económicas, culturales y políticas⁵⁰⁶.

Los cambios globales en el mercado, y la feminización de la pobreza a través de las desigualdades en los salarios así como la monoparentalidad de gran número de hogares, genera en la mayoría de los países una gran diferencia en los ingresos de las mujeres. Los grupos que se ven más afectados por estas desigualdades económicas son: las desempleadas, las mujeres que están al frente de hogares monoparentales, las enfermas físicas y psíquicas y las ex reclusas.

Estudios internacionales demuestran que una gran mayoría de las mujeres privadas de libertad ya sufría algún grado de exclusión social antes de su encarcelamiento⁵⁰⁷. El perfil de las mujeres encarceladas es similar en todas las partes del mundo. En su mayoría han crecido en entornos desfavorecidos de diversa índole.

⁵⁰⁴ Sobre las políticas de género y exclusión social, vid. AGUADO CORREA, "Dimensión de género...", *Mujeres en las cárceles*, cit., pp. 346 y ss.

⁵⁰⁵ CRUELLES/IGAREDA, "Informe nacional de recomendaciones y propuestas políticas", en *MIP Mujeres, integración y prisión*, <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), p. 3.

⁵⁰⁶ MIP, *Comparative Report*, 2005, <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), pp. 6 y ss.

⁵⁰⁷ Cfr. Los estudios citados por el equipo de la Central European University, en "Comparative Report", <http://surt.org/mip/>, (consultado por última vez 1 de septiembre de 2013), p. 7.

Suelen ser jóvenes, pobres, desempleadas, con bajo rendimiento escolar y carentes de competencias básicas. Muchas de ellas padecen problemas de salud mental, como depresión, ansiedad y poca autoestima, generalmente relacionados con los malos tratos y abusos sexuales sufridos durante la infancia⁵⁰⁸. A estos factores de exclusión social se les une un factor adicional derivado de las características penales y procesales. Una carrera delictiva “temprana” implica un riesgo de exclusión social, teniendo la naturaleza selectiva del proceso penal consecuencias negativas para algunos grupos vulnerables, estando relacionadas en muchos países las causas del encarcelamiento con el tráfico y el consumo de drogas.

Aun cuando las prisiones no poseen la capacidad de integrar a los excluidos, tampoco pueden convertirse en obstáculos a la integración ni agudizar las situaciones de exclusión que padecen estas mujeres antes de ingresar en prisión. El período de privación de libertad debería respetar e integrar la planificación a largo plazo de los procesos de inserción de las mujeres, procesos que trascienden con creces este período.

Consciente de ello, en la Resolución 13 de marzo de 2008, el Parlamento europeo recuerda a los Estados que además de la represión de un acto ilícito, el papel de los centros penitenciarios debe ser, asimismo, la reinserción social y profesional teniendo en cuenta las situaciones de exclusión social y de pobreza que frecuentemente caracterizan al pasado de muchas de las personas reclusas⁵⁰⁹.

En las Reglas de Bangkok, se contempla la necesidad de que se prevean los recursos necesarios para elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes en las que se combinen medidas no privativas de libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal (Regla 60), por lo que no nos podemos conformar con reformar la Ley de Psicotrópicos sino que deberán adoptarse las medidas que permitan actuar sobre los factores que han coadyuvado a la comisión del hecho delictivo.

⁵⁰⁸“El derecho a la educación de las personas privadas de libertad. Informe del Relator

Especial sobre el derecho a la educación”, cit., A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, p. 18, apartado 48.

⁵⁰⁹ Resolución del Parlamento Europeo, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, p. 51.

Y así lo reconoce la propia Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico cuando afirma que “es importante considerar que en el sistema judicial se está penalizando únicamente a la persona que intenta introducir la droga a los centros penales, más no observamos políticas integrales para prevenir el consumo de drogas dentro de las cárceles, que podría desestimular el tráfico”⁵¹⁰.

Entre otras intervenciones, a modo de ejemplo, en las Reglas se hace referencia a cursos terapéuticos y de orientación para las víctimas de violencia en el hogar y el maltrato sexual, tratamientos adecuados para aquellas que sufran discapacidad mental, así como a programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo, debiéndose tener presente en estos programas de servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer (Regla 60).

A continuación nos referiremos a los factores de exclusión social relacionados con el género contemplados en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos.

⁵⁰⁸“El derecho a la educación de las personas privadas de libertad. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación”, cit., A/HRC/11/8, 2 de abril de 2009, p. 18, apartado 48.

⁵⁰⁹ Resolución del Parlamento Europeo, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, p. 51.

POBREZA

La primera condición contemplada en la letra a) del art. 77 bis Ley de Psicotrópicos tiene que ver con los factores de exclusión social relacionados con la escasez de recursos económicos, con la pobreza. Ello no nos debe extrañar ya que existe una estrecha relación entre los delitos que cometen las mujeres y sus situaciones económicas. En Costa Rica dos de cada cinco hogares en situación de pobreza tiene a una mujer⁵¹¹ como jefa de hogar, desprendiéndose de los estudios de campo que el 67% de las mujeres cometieron el delito por necesidad económica⁵¹².

El hecho de disponer o tener oportunidad de obtener los recursos económicos mínimos que garanticen su sustento, se revela como un factor clave para la reinserción social de las mujeres⁵¹³ a la vez que permite evitar la reincidencia. Es patente que esta situación de pobreza empeora durante su encarcelamiento, con lo cual en vez de paliarse esta situación que en cierta medida contribuyó o fue un factor coadyuvante del ingreso en prisión, se agrava la misma. Las prisiones se convierten, en última instancia, en gestoras de la pobreza.

Durante el período de internamiento, la situación económica de estas mujeres se puede ver considerablemente afectada por las deudas que habían contraído en el exterior antes de ingresar en prisión, además de por las obligaciones económicas que pueden contraer al cometer el delito.

⁵¹⁰ Dictamen afirmativo de mayoría, p. 16.

⁵¹¹ Informe 10 del Estado de la Nación, citado por OROZCO ÁLVAREZ en el Proyecto de Ley, p. 3.

Una de las vías de obtención de recursos económicos es el trabajo, el cual, fuera de la prisión, constituye uno de los elementos clave para la inclusión social de las mujeres en la ciudadanía. Por ello, las actuaciones de las autoridades deben ir destinadas a paliar las carencias económicas que padecen estas mujeres en dos momentos: no sólo durante el tiempo que pasan en prisión y en el momento de su excarcelación⁵¹⁴, sino fundamentalmente anticipar su actuación y promover las políticas necesarias para paliarlos en los sectores sociales de los que provienen mayoritariamente estas mujeres.

⁵¹² Proyecto de Ley, p. 12.

⁵¹³ En la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, p. 52, se relaciona expresamente el aumento del número de reclusas con el empeoramiento de las condiciones económicas de las mujeres.

⁵¹⁴ Por ello, en la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, DOUE C 66, de 20 de marzo de 2009, p. 56, se “Pide a los Estados miembros que, en el marco destinado a facilitar la reinserción social y profesional, adopten todas las medidas necesarias para integrar en sus legislaciones nacionales normas que favorezcan la contratación profesional de las mujeres excarceladas, en particular las madres solas y las delincuentes menores de edad, tanto en el sector público como en el privado”.

JEFA DE HOGAR EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD⁵¹⁵

La mayor parte de las mujeres que han cometido el delito de introducción de drogas en centros penitenciarios son madres jefas de hogar, son el sostén económico de su casa al ser hogares normalmente monoparentales. El encarcelamiento de las madres es un factor que perturba en gran medida la vida familiar, pues en la mayoría de los casos los hijos viven con ellas. En concreto, del estudio de la Defensa Pública se deduce que el 95% de las mujeres privadas de libertad no tienen pareja pero el 97% de estas mujeres han reportado tener hijos.

La no limitación de la aplicación de lo dispuesto en este artículo 77 bis Ley de Psicotrópicos a las madres con hijos pequeños sino también a aquellas madres con hijos adolescentes, debe ser aplaudida. Y es que normalmente las legislaciones tan solo se ocupan de las madres con hijos de corta de edad, pero también las madres con hijos en edades comprendidas entre los 12 y 18 años necesitan ser objeto de atención en la política legislativa ya que en estas edades sufren grandes cambios no sólo físicos sino también psicológicos⁵¹⁶.

⁵¹⁵ En el Dictamen afirmativo de mayoría de la Comisión Permanente especial, p. 6, se aclara que el “concepto de vulnerabilidad en el caso de las mujeres refiere a que por las condiciones de discriminación que viven están en mayor riesgo de ser lastimadas, de sufrir daño físico o emocional, de verse involucradas en hechos delictivos de esta naturaleza”

⁵¹⁶ En Andalucía (España), se puso en marcha en 2011 un “Proyecto de mediación familiar entre mujeres internas y sus familias”, cuyo objetivo es doble: prevenir el desarraigo, la delincuencia y la exclusión social de los menores y la integración socio-familiar de las mujeres que están en prisión.

TENGA BAJO SU CARGO PERSONAS MENORES DE EDAD, ADULTAS MAYORES O PERSONAS CON CUALQUIER TIPO DE DISCAPACIDAD QUE AMERITA LA DEPENDENCIA DE LA PERSONA QUE LA TIENE A SU CARGO

Las mujeres no solo suelen tener a su cargo los hijos menores, sino también el cuidado de personas mayores, enfermos, etc. Esta tarea no se realiza de forma compartida sino que la suelen asumir solas, según viene asignado por el rol tradicional de género, motivo por el cual es otro de los factores de exclusión social a tener en cuenta, puesto que se asumen en detrimento de otras actividades como pueden ser laborales, de ocio, etc.

La falta de apoyo institucional y de redes sociales, unida al carácter monoparental de las familias de la mayoría de las mujeres privadas de libertad, implica la necesidad de tener presente, a la hora de redactar las leyes y elaborar las políticas penitenciarias, no solo la maternidad sino también el cuidado de otras personas que pudieran tener a su cargo.

Consciente de esta necesidad, en la Sección dedicada a las medidas no privativas de libertad de las Reglas de Bangkok, la Asamblea General de Naciones Unidas, insta a los Estados miembros a contemplar en su respectivos ordenamiento jurídicos medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente además del historial de victimización de muchas de ellas, sus responsabilidades de cuidado de otras personas. También cabe destacar, la propuesta contemplada en la Regla 61 de Bangkok, sobre la previsión en los Código penales de la facultad de los Tribunales de examinar la concurrencia de “atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular”.

De los datos ofrecidos por el diputado Orozco Álvarez en su Proyecto de Ley, se desprende que el 70% de las mujeres privadas de libertad se hacían cargo antes de entrar en prisión de alguna otra persona, además de sus hijos menores de edad, quedando todos ellos de alguna manera en una situación de desamparo tras su ingreso⁵¹⁷.

A) SEA UNA PERSONA ADULTA MAYOR EN CONDICIONES DE VULNERABILIDAD

El 2,5% de las mujeres privadas de libertad condenadas por delito del delito de introducción de drogas en centros penitenciarios tiene más de 60 años y el 14% tiene 51 años en adelante⁵¹⁸, siendo un sector de la población penitenciaria especialmente vulnerable en razón de su edad y de las condiciones de sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios.

PROPORCIONALIDAD

Como hemos puesto de manifiesto en ocasiones anteriores⁵¹⁹, el principio de proporcionalidad en sentido estricto adquiere una especial relevancia en el ámbito de los delitos de peligro abstracto, puesto que nos encontramos ante una prohibición de actuación redactada de una forma amplia. Esta técnica de tipificación implica que los tipos penales comprendan comportamientos que presentan una notable diferencia en relación con la clase y la intensidad del peligro que representa para el bien jurídico y con el contenido de injusto y de culpabilidad individual. En estos casos, el peligro para el bien jurídico colectivo puede revestir una intensidad tan insignificante -si atendemos a las propiedades y clase de droga, la cantidad encontrada, así como el resto de circunstancias relevantes en relación con el peligro-, que los motivos de prevención general que

son los que justifican la amenaza con una sanción penal, perderían peso cediendo ante las necesidades de prevención especial⁵²⁰.

Además, el principio de proporcionalidad en sentido estricto coincide en su efecto limitador de la pena con el principio de culpabilidad, de manera que la pena imponible a una determinada persona debe guardar una relación de proporcionalidad tanto con el grado de injusto como con el grado de culpabilidad individual, por lo que el legislador debería prever una solución para aquellos casos en los que la pena imponible al autor aparezca como desproporcionada si se atiende tanto a la insignificancia del injusto como del grado de culpabilidad y a las exigencias de prevención especial. Por ello, el legislador debe prever los mecanismos necesarios que permitan al Juez adoptar en cada caso, la pena proporcionada en concreto, es decir la pena adecuada al grado de injusto y a la culpabilidad individual del autor, así como acordar medidas alternativas a la pena de prisión e incluso, llegado el caso, declarar no punible el comportamiento cuando ello suponga una carga insoportable para el afectado⁵²¹.

La pena de prisión de 8 a 20 años con la que se sanciona la conducta de introducir droga en un establecimiento penitenciario es inconstitucional por desproporcionada en abstracto, en la medida que el límite mínimo es muy elevado y no permite individualizar la pena en atención al grado de injusto y de culpabilidad ni en atención a consideraciones de prevención especial. Y así se reconoce en el Dictamen afirmativo de mayoría, cuando señala que el art. 77 Ley de Psicotrópicos “no establece ninguna diferencia entre los sujetos que cometen cualquiera de los delitos contenidos en dicha ley, ni las circunstancias en que se cometieron tales delitos, sancionando por parejo con una pena de prisión de ocho a veinte años al sujeto culpable... Aquí es donde hay un problema de proporcionalidad y exceso de reproche, porque todas esas conductas tienen, en la actualidad, el mismo marco punitivo mínimo: ocho años de prisión, sin que el Juez Penal pueda valorar las diferentes circunstancias”⁵²².

La falta de proporcionalidad de la pena prevista en el art. 77 Ley de Psicotrópicos se soluciona tan solo de forma parcial a través de la inclusión del art. 77 bis Ley de Psicotrópicos, ya que su ámbito de aplicación se reduce a las mujeres que cometan el delito de introducción de drogas en un centro penal. La vulneración del principio de proporcionalidad en sentido estricto se sigue constatando cuando el sujeto activo es un hombre dado el límite mínimo de la pena en abstracto tan elevado (8 años) y la falta de previsión de mecanismos que permitan atemperar la pena en atención al grado de injusto y de culpabilidad. En nuestra opinión, la pena prevista en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos propuesta por el diputado Orozco Álvarez, tanto para hombres como mujeres, pena de prisión de seis meses a tres años, se podía considerar una pena proporcionada en abstracto. No entendemos por qué durante la tramitación parlamentaria se ha modificado sin justificación alguna la pena de prisión inicialmente prevista, estableciéndose unos límites mínimo y máximo tan elevados (tres y ocho años de prisión, respectivamente) en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos.

Por otra parte, debemos destacar el carácter facultativo y no imperativo, como hubiese sido procedente, con el que está redactado el último párrafo del art. 77 bis Ley de Psicotrópicos: en virtud del mismo el Juez penal o el juez de ejecución de la pena “podrá” y no “deberá” disponer el cumplimiento de la pena de prisión en alguna modalidad alternativa. En nuestra opinión, una vez constatada la concurrencia de alguna de las condiciones enumeradas en el art. 77 bis Ley de Psicotrópicos, el Juez debería acordar con carácter obligatorio alguna de las medidas alternativas a la pena de prisión.

⁵¹⁷ Proyecto de Ley p. 9.

⁵¹⁸ Proyecto de Ley, p. 8; Dictamen afirmativo de mayoría p. 14.

⁵¹⁹ Vid. AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 466.

Por último, cabe destacar que si bien en el propio título del Proyecto de Ley se destaca que a través de la citada reforma se introduce la proporcionalidad

en la Ley de Psicotrópicos, realmente la introducción de la proporcionalidad solo afecta, y con carácter parcial como acabamos de ver, al delito de introducción de drogas en centro penitenciario previsto en el art. 77 b) Ley de Psicotrópicos y no como hubiese sido oportuno, al art. 58 de la Ley de Psicotrópicos cuya inconstitucionalidad ha sido denunciada de forma reiterada tanto por algunos Jueces y Magistrados como por un sector de la doctrina⁵²³. En este sentido, se han pronunciado los Magistrados ARMIJO SANCHO y CRUZ CASTRO, cuando afirman:

“La falta de proporcionalidad también aflora ante una escala punitiva mínima que no permite individualizar la pena ante actos en que el juicio de reproche es inferior a los ocho años y que no puede disminuir el juez al imponer la pena que correspondería por el hecho. Es evidente que el mínimo de la sanción prevista para el tipo delictivo no permite evaluar las circunstancias como la cantidad de la droga, las condiciones del sujeto pasivo y las circunstancias en que las ejecutó el sujeto pasivo, así como si se trata de una actividad nacional o internacional. Se tipifican demasiadas acciones con marco punitivo mínimo que no permite individualizar, conforme a las circunstancias del hecho, la sanción que le corresponde. El extremo menor del tipo penal impone un límite infranqueable que no permite individualizar la pena, conforme a su gravedad. Esta limitación demuestra que la sanción es desproporcional.

⁵²⁰ AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 332.

⁵²¹ AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 334.

⁵²² Dictamen afirmativo de mayoría, pp. 10 y 11.

Un tipo penal que reprime una multiplicidad de actos relacionados con el cultivo, trasiego, comercialización y distribución de drogas, que define acciones de peligro abstracto, no puede prever una sanción mínima que no permite individualizar una variedad de actos cuya reprochabilidad y perjuicio al bien jurídico, es inferior a la pena mínima por el tipo penal cuestionado. La naturaleza del bien jurídico tutelado, en este caso, la salud individual y pública, presenta demasiados matices en la ejecución de las acciones que lesionan el bien jurídico tutelado, por esta razón no es admisible un extremo menor de la pena a imponer que convierte la imposición judicial de la pena en una sanción desproporcionada” (Voto salvado, Sentencia No. 2011-11697 de las 14:32 horas del 31 de agosto de 2011; voto salvado, Sentencia N° 2013-9841 de las 14:30 del 3 de julio de 2013).

En opinión de los Magistrados que salvan el voto, no solo se estaría vulnerando el principio de proporcionalidad sino también el principio de culpabilidad, ya que “La desproporción que contiene la norma consultada, también lesiona el principio de culpabilidad por el hecho, según lo prevé el artículo treinta nueve de la Constitución, porque con un límite inferior tan alto, en muchos casos los jueces no pueden individualizar la pena que le corresponde al hecho, debiendo imponerse una sanción que excede la reprochabilidad de la acción y el perjuicio o puesta en peligro del bien jurídico”.

Para compatibilizar la pena prevista en este delito con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, no es suficiente, como considera la Sala Constitucional, el rango de 8 a 15 años establecido por el legislador para la individualización de la pena y el juicio de reproche. Y ello porque se parte de una pena desproporcionada en abstracto que impide al Juez determinar una pena proporcionada en concreto. Incluso en el Dictamen afirmativo de mayoría,

⁵²³ Vid. sobre ello AGUADO CORREA, *El principio constitucional...*, cit., p. 466

de 26 de junio de 2012, se reconoce la desproporción de la pena prevista en el art. 58 Ley de Psicotrópicos en los siguientes términos:

“...No puede recibir el mismo reproche la venta de dos piedras de crack que hace una mujer en condiciones de pobreza (que debe ser sancionada, por supuesto, sin que su conducta esté justificada) respecto de la venta de varias toneladas de cocaína o heroína que hace una organización a nivel internacional. Es igualmente diferente la venta de drogas a consumidores adultos que a niños, mujeres embarazadas o en centros educativos; la que se efectúa en el mercado nacional respecto de la que se hace internacionalmente, por ejemplo.

Aquí es donde hay un problema de proporcionalidad y exceso de reproche, porque todas esas conductas tienen, en la actualidad, el mismo marco punitivo ocho años de prisión, sin que el Juez Penal pueda valorar las diferentes circunstancias”⁵²⁴.

Llama la atención que en el Dictamen se acuda a este ejemplo (venta de dos piedras de crack) para justificar la reforma de la Ley de Psicotrópicos por razones de proporcionalidad, pues cuando el Tribunal de Casación Penal evacuó consulta judicial facultativa dictada un expediente que era causa por un delito de venta de drogas (venta de dos piedras de crack) seguida contra una mujer, denunciado la vulneración del principio de proporcionalidad, en concreto, la desproporción en abstracto de la pena de prisión de 8 a 15 años prevista en el art. 58 Ley de Psicotrópicos, la Sala Constitucional negó la vulneración del citado principio. Uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Casación Penal para fundamentar la falta de proporcionalidad de la sanción en relación con la conducta realizada tenía que ver con el grado de culpabilidad o reproche, señalando que “No merecería el mismo reproche la venta de dos piedras de crack que hace una mujer en condiciones de pobreza (que debe ser sancionada, sin que su conducta esté justificada) respecto de la venta de varios kilos de cocaína o heroína que hace una organización a nivel internacional...y todas esas conductas tienen en la actualidad el mismo marco punitivo mínimo:

ocho años de prisión (ver artículos 58 y 77 de la referida Ley” (Voto salvado, Sentencia No. 2011-11697 de las 14:32 horas del 31 de agosto de 2011).

Finalizamos nuestro trabajo reproduciendo las palabras con las que los magistrados ARMIJO SANCHO y CRUZ CASTRO concluyeron sus votos salvados: “No es casualidad que este exceso se aprecie en los delitos relacionados con la narcoactividad, porque en este tipo de ilícitos, predomina la alarma social y los extravíos de un derecho penal simbólico, desdibujándose las exigencias que la Constitución y el derecho penal liberal le imponen el poder represivo del Estado. El extremo menor de la pena prevista para el artículo cincuenta y ocho de la ley 7786, reformada por Ley número 8204, resulta desproporcionado, excediendo los límites constitucionales que regulan la actividad punitiva estatal” (Voto salvado, Sentencia No. 2011-11697 de las 14:32 horas del 31 de agosto de 2011; voto salvado, Sentencia N° 2013-9841 de las 14:30 del 3 de julio de 2013).

⁵²⁴ Dictamen afirmativo de mayoría, pp. 10 y 11