

**CRIMINALIZACIÓN DE LOS SECTORES VULNERABLES:
¿LOS “ENEMIGOS” DEL DERECHO PENAL?
LA LEGISLACIÓN ANTI-DROGAS COSTARRICENSE Y SUS EFECTOS**

Prof. Msc. Rosaura Chinchilla Calderón¹

Jueza de Apelación de Sentencia Penal.

Profesora de la Maestría en Ciencias Penales. Universidad de Costa Rica

RESUMEN: En este trabajo se aborda el tema de la lucha que se propugna contra los “enemigos” del narcotráfico, y cómo esto a lo que ha conducido es a una perenne criminalización de los sectores sociales más vulnerables. Para ello, se revisa, en primera instancia, a la legislación que penaliza el tráfico de estupefacientes en el país, para mostrar los absurdos a los que se ha llegado, panorama que parece no tener visos de razonabilidad ni en el corto ni en el mediano plazo. En un segundo momento, se evidencian los retrocesos aparejados en torno a las garantías de juzgamiento, para finalmente señalar los resultados “colaterales” reales de esa política.

PALABRAS CLAVE: Narcotráfico, legislación anti-drogas, Derecho Penal del Enemigo.

ABSTRACT: In this paper, we covered the issue of the struggle that advocates against the "enemies" of drug traffic, and how this has led to what is a perennial criminalizing of the most vulnerable social sectors. To do this, first we review the

¹ Licenciada en Derecho y Máster en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica. Egresada del Programa Doctoral en Estudios Latinoamericanos con énfasis en Pensamiento Latinoamericano, Universidad Nacional. Jueza de Apelación de Sentencia penal, San José, Costa Rica.

legislation that criminalize drug trafficking in the country, to show the absurdities to which it has reached, panorama that seems to have no overtones of reasonableness either in the short or medium term. In a second stage, the decreases rigged around trial guarantees are demonstrated, to finally point out the real "side" results of this policy.

KEYWORDS: Drug trafficking, anti-drug legislation, Criminal Law of the Enemy.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de junio de 2012.

En marzo de 2012, reconocidos académicos europeos, latinoamericanos y nacionales se reunieron en Costa Rica para intervenir en un Congreso Internacional sobre Política Criminal, tema de urgente reflexión nacional habida cuenta de que son frecuentes las publicaciones de cambios legislativos en esta materia, a cual más de disparatado o desproporcionado. Entre los participantes figuraba el Prof. Dr. Cornelius Prittwitz quien, luego de finalizada su exposición sobre *El Derecho Penal del Enemigo*, fue cuestionado por uno de los asistentes en torno a si los delitos de narcotráfico eran, desde su punto de vista, parte de esa corriente, a lo que la respuesta del profesor alemán fue un escueto "sí", sin más explicaciones, para, de seguido, pasar a abordar otras interrogantes, mientras el público gozaba por la parquedad y contundencia de la respuesta.

Cuento la anécdota porque, aunque para lo obvio sobran explicaciones, los delitos relacionados con el narcotráfico han estado tan satanizados en el país que poca o ninguna reflexión académica se ha efectuado en torno a ellos, siendo menos aún los esfuerzos jurisdiccionales desplegados para limitar el excesivo

poder punitivo estatal que implican. Por eso, a propósito de esta obra colectiva, complemento de aquel Congreso, quiero retomar ese tópico, ahora que en el Istmo Centroamericano se propugna por razonabilizar la política criminal relacionada con esta materia.²

Mi objetivo con este texto es mostrar cómo, en el marco de las *"impostergables luchas contra los grandes enemigos"* para las que, entonces, se recurre al Derecho Penal y a la disminución de garantías constitucionales y procesales, está la perenne criminalización de los sectores sociales más vulnerables, victimizados por sus condiciones de vida y cuyas conductas no representan daños o peligros significativos para ningún bien jurídico, pese a lo cual los Estados continúan tratándolos con la misma drasticidad que a los capos máximos de los carteles y haciendo que aquellas leyes penales, "de excepción", se conviertan en habitualidades que pierden de vista los cuestionables objetivos iniciales para reprimir las carencias que, en una empobrecida América Latina, son propiciadas por los mismos gobiernos de turno.

Para ello, voy a pasar revista, en primera instancia, a la legislación que penaliza el tráfico de estupefacientes en el país, para mostrar los absurdos *in*

² El presidente de Guatemala Otto Pérez propuso, para la reunión de presidentes de Centroamérica del 24 de marzo de 2012, que se abordara la despenalización de las drogas como mecanismo para reducir los índices de violencia del área, caracterizada como zona de paso y bodega de droga del Sur al Norte. La Cumbre *Nuevas rutas contra el narcotráfico* se desarrolló con la ausencia de los jefes de Estado de El Salvador, Nicaragua y Honduras, opuestos a la iniciativa, tanto como Estados Unidos. Guatemala ha insistido en replantear el tema ante la O.E.A. Mientras tanto, en Argentina, el Congreso actualmente debate despenalizar la tenencia de drogas para uso personal, aún en público salvo en presencia de niños y niñas y el auto cultivo para tal fin, así como reducir las penas para el contrabando, a fin de habilitar la excarcelación de las denominadas "mulas". Antes, un grupo de expresidentes latinoamericanos (Fernando Enrique Cardoso de Brasil, Ernesto Zedillo de México y César Gaviria de Colombia) suscribieron el documento *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma*, sugiriendo un nuevo enfoque al problema del narcotráfico, en lo que han coincidido autores como el economista Milton Friedman y el jurista E.R. Zaffaroni. Aunque bajo la consigna de "despenalizar" caben diferentes propuestas, que puedan requerir la acción concertada de distintos gobiernos, en lo personal abogo, de modo bastante conservador, porque al menos, en nuestro medio, en el corto plazo, se replantee el tipo y monto de las sanciones para algunos comportamientos, a fin de poder ajustar el juicio de reproche a las condiciones particulares de cada caso.

crescendo a los que se ha llegado, panorama que parece no tener visos de razonabilidad ni en el corto ni en el mediano plazo para, en un segundo momento, evidenciar los retrocesos aparejados en torno a las garantías de juzgamiento así como, finalmente, señalar los resultados “colaterales” reales de esa política.

1.- EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ANTI-DROGAS COSTARRICENSE

En Costa Rica, como en prácticamente toda la región latinoamericana, la legislación anti-narcóticos fue impulsada desde Estados Unidos, que condicionaba el apoyo financiero a los diversos países a cambio de su adopción. Todo ello se dio, con mayor intensidad, a partir de la década de los ochenta: *“En líneas generales, la década de los años sesenta –en su segundo lustro- y los setenta se caracterizó por el ataque al derecho penal liberal o de garantías mediante la apelación a un ‘derecho penal de seguridad nacional’ (...) A medida que fue avanzando la década de los ochenta, se fue abandonando el discurso de ‘seguridad nacional’ y el tráfico de cocaína pasó a ocupar el lugar de ‘oriente’, con calidad de primer enemigo. Los acontecimientos que se precipitan en el mundo en los últimos años y meses, llevan a una distensión de la ‘guerra fría’ y, por ende, desaparece ‘oriente’ como enemigo y su lugar lo ocupa el tráfico de cocaína. Detrás de este discurso surge una nueva agencia internacional que lucha por su inmenso presupuesto y que presiona a todos los países del área, que se enrolan detrás de la nueva ideología de guerra, sancionando apresuradamente leyes acorde con el nuevo discurso”* (Zaffaroni, 1993: 133-134).

Esa legislación se ha caracterizado por el uso predominante de tipos penales abiertos o con conceptos indeterminados, con grave afectación al principio de legalidad; la introducción de una gran cantidad de verbos típicos que impedían que quedara algún área no penalizada; el recurrir a los delitos de peligro abstracto como forma de penalizar las conductas para presumir, sin necesidad de

acreditación, la puesta en peligro de bienes jurídicos supra individuales; la anticipación de las barreras de punición para tratar de igual forma los hechos consumados que los tentados, los preparatorios que los ejecutivos, la autoría a las restantes formas de participación. Asimismo, los marcos punitivos se fijaron en montos muy altos, al tiempo que también en el proceso se flexibilizaron las garantías, pues el principio de inocencia se puso entre paréntesis para proclamar la prisión preventiva como regla y, en algunos casos, se atribuyó el juzgamiento a tribunales especiales, en rápidos procesos que, al igual como ocurre con el actual proceso expedito de flagrancia, afectan el debido proceso y la independencia judicial desde que ésta “...no sólo se garantiza con jueces que no dependan del poder ejecutivo, sino que se viola (...) por la circunstancia de constituir un fuero especial que cumple una función represiva predeterminada” (Zaffaroni, 1993: 144).

En ese orden, a fin de evidenciar los cambios que ha sufrido el sistema, que no se contentó con una primera reforma sino que, a ésta se han sucedido, en muy poco tiempo, “correctivos”, cuya necesidad no se evidenció oportunamente y menos aún se discutió ampliamente, se describirán de seguido las características de cada normativa.

1.1 Legislación previa: Desde 1970 y hasta 1988, el tema de la venta y tráfico de drogas se reguló en el Código Penal³ y en la Ley General de Salud,⁴ en

³ Ley N° 4573 del 15 de setiembre de 1970 vigente a partir de 1971, antiguos artículos 265, 266 y 267. El primer numeral reprimía con prisión de 1 a 5 años a quien, estando autorizado para expedir sustancias estupefacientes o enervantes las suministrarle sin receta médica o en dosis que excedieran la necesidad terapéutica. La misma pena la recogía el segundo tipo si esas sustancias se suministraban indebidamente a menores de edad en tanto que el último reprimía con prisión de 3 meses a 1 año a quien facilitare locales para el consumo de estupefacientes o enervantes.

⁴ Cfr. Ley N° 5395 del 30 de octubre de 1973, artículos 371 (reformado por ley N° 5789 del 01 de setiembre de 1975), 372, 376 y 387. En el primero de ellos, aún vigente, se estipula una pena de 6 a 12 años de prisión a quien cultivare plantas de adormidera, coca, cáñamo, marihuana u otras plantas o semillas de efectos similares con cultivos, tenencia o tráfico prohibidos o restringidos por el Ministerio de Salud. En el 372 se castigaba con la misma pena anterior a quien “...exportare, importare, vendiere, elaborare, distribuyere, suministrarle, transportare, traficare en cualquier forma, o poseyere para estos fines, drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas cuyo uso pueda producir dependencia física o síquica en las personas, cuando ello ocurra sin las previas autorizaciones legales o reglamentarias correspondientes”; en el 376 la pena era de 30 a 120 días

siete artículos, sin que ninguna de esas disposiciones contemplara particularidades en la persecución o represión de esos delitos que, en consecuencia, estaban sometidos al mismo régimen investigativo y procesal que el resto de los ilícitos penales. Las sanciones, aunque fuertes y previstas para múltiples conductas insertas en cada uno de los tipos penales, eran proporcionales para la pena máxima vigente en ese entonces, de 25 años de prisión.

1.2 Primera ley anti-narcóticos: Mediante ley N° 7093 del 22 de abril de 1988, surgió la primera legislación específica, con un total de **40 artículos**, en que se sancionaba con prisión de 8 a 20 años de prisión a quien participara, de cualquier forma, en el tráfico nacional o internacional de psicotrópicos o de sustancias químicas destinadas a la fabricación o disolución de estupefacientes.⁵ Si se tiene en cuenta que, para esa fecha, el límite de prisión vigente en el país era de 25 años de prisión,⁶ pena que se establecía como máxima para el homicidio calificado, se puede ver, fácilmente, lo draconiano del “nuevo sistema” que aumentó el rigor punitivo de la conducta hasta hacerlo equivalente a un atentado directo y concreto contra la vida, pese a ser este un delito de peligro abstracto contra la salud pública, poniéndolo por encima de las penas previstas

multa para quien “*importare, exportare, vendiere, elaborare, suministrare o traficare en cualquier forma, o poseyere para esos fines, medicamentos que contengan drogas estupefacientes de libre venta o de venta restringida por las autoridades de salud, sin las debidas autorizaciones y licencias previas que señale la ley o el reglamento respectivo*” y en el último se contemplaba una medida de seguridad en centros de tratamiento y rehabilitación médica supervisados por el Ministerio de Salud para quienes consumieren productos de esas plantas o drogas estupefacientes.

⁵ Se introducía, de esta forma, una excepción al tema de autoría y participación para el resto de delitos en donde la complicidad, forma de participación, permitía disminuir la pena, lo que aquí no: artículo 74 párrafo segundo del Código Penal.

⁶ Mediante ley N° 7389 del 22 de abril de 1994 y producto del endurecimiento del sistema penal que ha venido experimentando el país, la pena máxima de prisión pasó de 25 a 50 años. Pese a que el artículo 40 de la Constitución Política prohíbe las penas perpetuas, sometido ese cambio legislativo al criterio de la Sala Constitucional, ésta, por mayoría, determinó que no había ninguna incompatibilidad (ver en tal sentido el voto número 2001-10543, que se ha reiterado en los votos número 2002-5244, 2009-4522, 2009-14384 y 2010-4488), contándose únicamente con el voto salvado del magistrado Mora Mora.

para lesiones efectivas a la vida como la misma tentativa de homicidio calificado u otras formas de homicidio simple y lesiones que, entonces, eran reprimidas con menos severidad.⁷ Este panorama ya había sido puesto de manifiesto en algunos de los pocos análisis que se han efectuado de la cuestión: *“El principio de racionalidad de las penas resulta claramente afectado por muchas de estas leyes, que prevén penas que no guardan ninguna relación con la magnitud de los injustos de que tratan: existe la tendencia a no permitir una adecuada distinción entre los contenidos injustos y los grados de culpabilidad, las escalas penales tienen mínimos altísimos para impedir a los jueces valorar los injustos y las culpabilidades (...) Cuando la ‘guerra’ se alucina o se fabrica (...) eso da lugar al derecho penal autoritario, que se manifiesta preferentemente mediante la punición indiscriminada y excesiva en comparación con otros injustos que afectan bienes jurídicos esenciales. De allí que una tentativa de homicidio pueda ser menos severamente penada que una tenencia de tóxicos y un homicidio menos que una venta minorista.”* (Zaffaroni, 1993: 141-142). De la misma forma, habían otras conductas ilícitas fuertemente sancionadas:⁸

Artículo	Sanción (años prisión)	Conducta
14	8 a 20	Participar en el tráfico internacional drogas.
16	8 a 20	Distribuir, suministrar, fabricar, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar, dirigir, financiar o facilitar tráfico; comerciar semillas con capacidad germinadora para producir drogas.
15	8 a 15	Acto o contrato, real o simulado, para adquirir, poseer,

⁷ Así, por ejemplo, el homicidio simple, que, conforme al artículo 111 del Código Penal antes de la reforma por ley N^o7387 de 2003, tenía una pena de 8 a 15 años.

⁸ Cada una de las cuales tenía agravantes genéricas que permitían aumentar el extremo menor y mayor de la pena en un tercio si se cometían en perjuicio de menores de 17 años, inimputables o las ocasionaban docentes, educadores, guías espirituales, padres, tutores, responsables de la guarda y crianza: artículo 22.

		trasferir o disponer de bienes que oculten o encubran origen de recursos económicos obtenidos del tráfico.
17	6 a 12	Funcionario público que procure impunidad o evasión de delitos de la ley (oculte, altere, sustraiga o desaparezca rastros, pruebas, instrumentos delito).
18	4 a 8	Estimular o promover consumo de drogas por cualquier medio.
20	4 a 8	Poseer precursores o solventes para procesar drogas o derivados.
17	2 a 6	Funcionario público que por culpa procure impunidad en delitos de la ley.
21	1 a 3	Facilitar locales para que se consuman drogas.

Además, se incorporaba al sistema legal costarricense, de raigambre romano-germánico, institutos del derecho anglosajón o de corte autoritario, de difícil acople y más dudosa constitucionalidad, como la cancelación de patentes y permisos sin debido proceso, con la sola sentencia condenatoria aunque el titular no estuviera apersonado (artículos 23 y 24); la imposibilidad de otorgar nuevas patentes, después de 10 años, por sospechas del mismo uso (artículo 23); las medidas de seguridad para farmacodependientes consistentes en internamiento, tratamiento ambulatorio o libertad vigilada, de duración indeterminada y un máximo de 10 años (artículo 25); el embargo y comiso de muebles e inmuebles, sin debido proceso (artículo 26); la prohibición de excarcelación para todos los autores (no así partícipes) de los delitos contemplados en dicha ley (artículo 27);⁹ la imposibilidad de otorgar el indulto (artículo 28); el ofrecimiento del perdón judicial o del beneficio de ejecución condicional de la pena por el Ministerio Público para intermediarios informantes.¹⁰ La legislación paralelamente establecía la

⁹ Fue declarado inconstitucional mediante voto número 688-91 de la Sala Constitucional.

¹⁰ Para ese momento regía en el país un sistema procesal inquisitivo reformado, con la investigación a cargo de un juez de instrucción y una participación formal del Ministerio Público. Pese a eso, se le dio al ente fiscal, en los artículos 29 y 35, la posibilidad de ofrecer ventajas que solo el juez era competente de decidir, según los numerales 59 y 93 del Código Penal, lo que significaba o que el acuerdo era ineficaz o que el juez quedaba vinculado, con desmedro de su independencia, por actos en los que no intervenía.

obligación estatal de “asegurar el tratamiento necesario para rehabilitar, readaptar socialmente y educar a las personas afectadas por el consumo de drogas causantes de dependencia, por medio de la Caja Costarricense de Seguro Social y del Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia” (artículo 4), dar protección y auxilio a los farmacodependientes (artículo 5), buscar la cooperación internacional para fortalecer programas de prevención y rehabilitación (artículo 6), así como la obligación de los medios de comunicación colectiva de ceder gratuitamente un medio por ciento semanal de sus espacios, para combatir el tráfico y consumo de drogas (artículo 10).¹¹ Finalmente se deducía del impuesto sobre la renta las donaciones privadas para la prevención de delitos y consumo de drogas (artículo 11) y se obligaba a introducir programas de prevención en los programas educativos de primaria, secundaria y educación superior (artículo 12).

1.3 Segunda ley: Esa ley fue reformada apenas tres años después por la ley N° 7233 publicada en La Gaceta N° 95 del 21 de mayo de 1991 que comprendía **51 artículos**. Aquí se mantuvo la obligación estatal de asegurar los tratamientos de rehabilitación (artículos 5, 6, 7 y 9), la deducción de impuestos para donaciones en beneficio de programas preventivos y de rehabilitación (artículo 12), las medidas de seguridad para consumidores (aunque siempre se sancionaba la conducta con multa de 60 a 90 días: artículo 30); la cancelación de patentes y comiso de bienes (artículo 31); la disminución de la pena u otorgamiento de beneficios por colaboración (artículos 32 y 35); el impedimento de indulto y excarcelación (en éste último caso salvo que la venta fuera en cantidades para consumo personal o se tratara de instigadores, cómplices o beneficiarios de perdón o disminución de la pena, con lo que se pretendía atemperar el rigor de la

¹¹ La omisión de esta obligación estaba castigada con una multa equivalente al valor comercial del espacio no cedido. Es interesante esta disposición porque, en el país, las frecuencias de radio y televisión son estatales e inalienables (artículo 121.14.c de la Constitución Política) y se dan en concesión a la empresa privada que, sin embargo, se rige por una ley muy antigua, por lo que los montos de alquiler de frecuencias son simbólicos frente a las ganancias de los medios que, sistemáticamente, se niegan a brindar espacios para fines públicos o sociales o alegan que imposiciones de esta naturaleza violentan su “libertad de expresión.”

anterior normativa: artículos 33 y 34)¹² y la cesión de espacios en los medios, aumentando la multa, convertible a prisión, por incumplimiento, al doble del costo del valor comercial no cedido (artículos 11 y 26), con lo que se manifestaba un interés en la prevención. Pero se incorporaron nuevos temas, como la regulación de la cooperación internacional para el acopio de prueba en este tipo de procesos (artículo 7 párrafo segundo); la entrega vigilada de droga autorizada por el Ministerio Público (artículo 8); la obligación de declarar remesas ante cuya omisión había un indicio delictual (artículo 14) y la vigilancia del espacio aéreo (artículo 15). En cuanto a los delitos, se mantuvieron, en términos generales, las mismas conductas antes tipificadas, con algunos incrementos de penas¹³ pero se volvió a establecer la diferenciación punitiva para la complicidad sino que se incorporó un delito más levemente sancionado, cual era la venta o suministro para consumidores, conducta que se mantuvo reprimida pero la pena pasó a ser de 4 a 10 años de prisión (artículo 18 párrafo cuarto), todo lo cual reflejaba un interés por disminuir los excesos de la ley anterior:

Artículo	Sanción (años prisión)	Conducta
16	8 a 20	Participar en tráfico internacional drogas (autor, coautor, instigador). Cómplices posibilidad de disminuir la pena.
17	8 a 20	Acto o contrato, real o simulado, para adquirir, poseer, convertir, pignorar, ceder, transferir, guardar o disponer de bienes que oculten o encubran el origen o la ubicación de recursos económicos obtenidos del tráfico.

¹² Que fue nuevamente declarado inconstitucional por voto número 193-92 de la Sala Constitucional.

¹³ Cada una de esas conductas tenía agravantes genéricas, que permitían aumentar el extremo menor y mayor de la pena en un tercio, si se cometían en perjuicio de menores de 17 años, inimputables o las ocasionaban docentes, educadores, guías espirituales, padres, tutores, responsables de la guarda y crianza, si se daban en centros educacionales, culturales, deportivos, recreativos, espectáculos o diversiones públicos, por tres o más personas, con violencia o empleo de armas o por quien ocupara cargos públicos y el delito guardara relación con el cargo: artículo 22.

18	8 a 20 4 a 10	Distribuir, suministrar, comercie, fabricar, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar, vender, dirigir, financiar o facilitar tráfico; poseer y comerciar semillas con capacidad germinadora para producir drogas; facilitar bienes para esas actividades. Ídem para consumo.
18	10 a 20	Dirigir o financiar esas organizaciones.
19	6 a 12	Funcionario público que procure impunidad o evasión de delitos de la ley (oculte, altere, sustraiga o desaparezca rastros, pruebas e instrumentos delito)
20	4 a 8	Estimular o promover consumo de drogas por cualquier medio.
21	4 a 8	Prescribir sustancias en dosis mayores a las indispensables para terapia o expedir y suministrar sin receta o excediéndola.
22	4 a 8	Poseer precursores o solventes para procesar drogas o derivados.
23	1 a 3	Facilitar locales para que se consuman drogas.
25	13 m a 2 años	No describir ni presentar muestras a distribuidores y fabricantes de sustancias que pueden usarse como precursores.
24	60 a 180 días multa	Consumir o usar drogas en sitios públicos.

1.4 Tercera normativa: Ocho años más tarde, el tema recibía una nueva reforma, esta vez mediante ley N° 7786 de 1998 publicada en el Alcance N° 125 a La Gaceta N° 93. Como un indicio de este cambio la numeración pasó a **113 artículos** y si bien continuó manteniendo la obligación estatal, nominal, de prevenir el uso indebido de sustancias psicotrópicas y asegurar el tratamiento de los adictos (artículo 3), se estableció una obligación general de colaborar con la prevención y represión de tales delitos (artículo 4), se disminuyó el espacio cedido gratuitamente por los medios de comunicación, para tales propósitos, a un 0,25%,

eliminándose la multa y dándose un estímulo impositivo (artículo 6); se reguló aún más la cooperación internacional (artículos 7 y 8), la entrega vigilada (artículo 9) y se introdujo la actuación de los policías encubiertos y encubridores, estipulándose la reserva de su identidad *“salvo si se estimare indispensable su declaración en cualquier fase del proceso”* para lo cual se podían omitir algunos de sus datos e incorporar su testimonio por lectura o, de requerirse en el juicio plenario, en audiencia privada (artículos 11 y 12). Con estos temas, el énfasis se puso, nuevamente, en lo sancionatorio, disminuyéndose abiertamente algunas garantías procesales. Asimismo; se reguló de un mejor modo la posibilidad (no vinculante) de ofrecer beneficios fiscales a cambio de cooperación (artículo 13); se previó el suministro de información por diversas instituciones a petición jurisdiccional (artículos 17 y 37) y los reportes de transacciones por parte de las organizaciones financieras y de los turistas, incluyendo el secreto bancario y tributario levantados por juez (artículos 34 y 38), pero se introdujo tanto la inmovilización de activos y el secuestro y decomiso de bienes, sin notificación ni audiencia previas, para garantizar el comiso (artículo 35) como la extraterritorialidad en el juzgamiento (artículo 74). En cuanto a los delitos, se amplió considerablemente la cantidad y, en algunos casos, las penas de los mismos y aunque en otros se disminuyeron los extremos, eso quedaba sin efecto, en la práctica, ante la cantidad de agravantes genéricas (que hacía excepcional la aplicación del tipo ‘simple’) y la fuerte represión de aquellas:

Artículo	Sanción (años prisión)	Conducta
61	5 a 15	Distribuir, comercie, fabricar, suministre, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar, vender, poseer con aquellos fines droga; cultivar las plantas.
62	3 a 8	Construir o facilitar pistas de aterrizaje o sitios de atraque.
63	4 a 8	Intimidar o disuadir para evitar la denuncia, testimonio, investigación o juzgamiento.

64	3 a 10	Funcionario público que procure impunidad o evasión de delitos de la ley (oculte, altere, sustraiga o desaparezca rastros, pruebas, instrumentos delito o asegure provecho).
64	6m a 3 años	Ídem por culpa.
65	3 a 8	Funcionario público por destrucción o desaparición de información confidencial a su cargo.
66	2 a 5	Suministrar sustancias en dosis mayores a las indispensables para terapia o expedir y suministrar sin receta o excediéndola.
67	6m a 3 a	Falta de controles por regentes farmacéuticos.
68	1 a 6	Responsables o empleados de establecimientos públicos que permitan consumo drogas.
69	3 a 8	Influir para obtener licencias o permisos que faciliten comisión de delitos de la ley.
70	8 a 20	Aportar, recibir o utilizar dinero o recursos financieros provenientes de la droga para financiar campañas electorales.
71	8 a 20	Agravante genérica de conductas anteriores para suministro drogas a menores o incapaces o usarlos junto con droga-dependientes; introducción en centros docentes, culturales, deportivos, recreativos o penitenciarios; si sujeto activo es padre, tutor, responsable, docente, guía espiritual, cometido por 3 o más personas; valiéndose de un cargo público; a nivel internacional o si es director o financista de la entidad.
72	8 a 20	Convertir, transferir, transportar bienes provenientes tráfico para ocultar o encubrir origen; ocultar o encubrir naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o

		propiedad de recursos, bienes o derechos sabiendo que proceden directa o indirectamente del tráfico.
73	1 a 3	Propietario, directivo de autoridades financieras que culposamente facilite la comisión de una legitimación de capitales provenientes de narcotráfico.
75	8 a 15	Producir, fabricar, preparar, distribuir, transportar, almacenar, importar, exportar precursores o productos químicos, máquinas o accesorios para fines tipificados.
	8 a 20	Lo anterior mediante constitución de organización delictiva.
76	1 a 3	Usar permisos legítimos para importar mayores cantidades de precursores; poseer precursores o solventes para procesar drogas o modificar o alterar etiquetas de productos controlados para hacerlos pasar por otros.
77	3 a 8	Desviar productos químicos como precursores o máquinas a fines diferentes de los autorizados.
78	Hasta 6 meses	Suministrar información falsa al registrarse para fabricar, importar, vender o distribuir sustancias controladas.
79	60 a 120 días multa	Consumir o utilizar drogas en sitios públicos.

Se estableció, asimismo, la responsabilidad solidaria de las instituciones financieras por los actos de sus empleados (artículo 80); el decomiso, secuestro y comiso de todos los bienes usados y la autorización para su uso provisional (artículos 81 a 86) y el destino definitivo y se reguló la destrucción de plantaciones y de la evidencia. Por primera vez se dejó a salvo los derechos de terceros de buena fe y la obligación de dar un debido proceso a los titulares de los bienes

(artículo 87), más, sin embargo, se empezó a extender la injerencia estatal sobre el derecho a la intimidad de toda la ciudadanía a través del artículo 104 que señalaba: *“Con las salvedades de orden constitucional y legal para cumplir sus cometidos, el Centro tendrá acceso a los archivos que contienen el nombre y la dirección de los abonados del Instituto Costarricense de Electricidad, al Archivo Criminal del Organismo de Investigación Judicial y a cualquier fuente o sistema de información, documento, instrumento, cuenta o declaración de todas las instituciones, públicas o privadas.”*

1.5 Cuarta y vigente legislación: Finalmente, la última de las reformas se dio mediante ley N° 8204 publicada en La Gaceta del 11 de enero de 2002, que es la que actualmente rige la materia. Esta ley cuenta ya con **165 artículos** y cuatro disposiciones transitorias. Como características de la normativa se encuentran el definir, para ulteriores fines tanto penales como procesales, incluyendo la intervención de comunicaciones, el delito grave como aquel sancionado con más de cuatro años de prisión (artículo 1), lo que hizo que prácticamente todos los delitos en Costa Rica pudieran ser calificados de tales, dada la hiperactividad y ‘generosidad’ legislativa en cuanto a los marcos punitivos, siendo escasos los ilícitos de menos de ese monto o con sanciones alternas; el mantener el aporte nominal (pues en la práctica casi que no se operativiza) de los espacios cedidos por medios de comunicación para campañas preventivas a un 0,25% del total semanal (artículo 6) y la obligación de todos de colaborar en la represión delictual (artículo 4), así como ampliar la regulación de la cooperación internacional (artículos 7 y 8), de la entrega vigilada (artículo 9), de los policías y agentes encubiertos, los beneficios por colaboración (artículos 10 a 13)¹⁴ y lo referente al registro de transacciones financieras, de las bases de datos y de los precursores

¹⁴ En este extremo es llamativo que, pese al cambio procesal operado en el país desde 1996 y vigente a partir de 1998, en donde se excepcionaban al mínimo indispensable los documentos incorporados por lectura al debate y se obligaba al anticipo jurisdiccional de prueba para salvaguardar el derecho de defensa y el contradictorio, dicha ley mantuviera la posibilidad de que los policías encubiertos pudieran declarar en fases previas al juicio y se incorporara su declaración a éste por simple lectura.

químicos, tanto como la competencia de las instituciones supervisoras de todo ello. En cuanto a la materia delictual, permaneció regulada de forma muy similar, aunque se crearon nuevos tipos penales y se disminuyó la sanción por el lavado de dinero para campañas electorales, síntoma que, sumado a que no ha habido hasta esta fecha ninguna sentencia condenatoria en aplicación de ese tipo penal, pese a las múltiples denuncias del órgano electoral por evasión de controles, revelan mucho sobre nuestro sistema político-partidario:

Artículo	Sanción (años prisión)	Conducta
58	8 a 15	Distribuir, comercie, fabricar, suministre, elaborar, refinar, transformar, extraer, preparar, cultivar, producir, transportar, almacenar, vender; poseer drogas con aquellos fines; cultivar las plantas o poseer semillas con capacidad germinadora.
59	3 a 8	Construir o facilitar pistas de aterrizaje o sitios de atraque.
60	4 a 8	Intimidar o disuadir para evitar la denuncia, testimonio, investigación o juzgamiento.
61	3 a 10	Funcionario público que oculte, altere, sustraiga o desaparezca rastros, pruebas, instrumentos delito o asegure provecho) o a quien exhorte a ello mediante promesa remunerada.
62	3 a 10 8 a 20 6m a 3 a	Funcionario público que procure impunidad o evasión de delitos de la ley <i>Ídem</i> por juez o fiscal. <i>Ídem</i> por culpa.
63	3 a 8	Funcionario público o privado de sector bursátil por destrucción o desaparición de información confidencial a su cargo.
64	2 a 5	Suministrar sustancias en dosis mayores a las indispensables para terapia o expedir y suministrar sin receta o excediéndola.

65	6m a 3 a	Falta de controles por regentes farmacéuticos o veterinarios.
66	1 a 6	Responsables o empleados de establecimientos públicos que permitan consumo drogas.
67	3 a 8	Influir para obtener licencias o permisos que faciliten comisión de delitos de la ley.
68	5 a 15	Aportar, recibir o utilizar dinero o recursos financieros provenientes de la droga para financiar campañas electorales .
69	8 a 20 10 a 20	Convertir, transferir, transportar bienes provenientes de delito grave para ocultar o encubrir origen; ocultar o encubrir naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o propiedad de recursos, bienes o derechos sabiendo que proceden directa o indirectamente del tráfico. Si origen de bienes es narcotráfico.
70	1 a 3	Persona relacionada a instituciones financieras que por culpa permita un delito de la ley.
71	3m a 1a	Persona que importe o se relacione con precursores que sospeche que pueden usarse para delitos de la ley y no lo informe.
73	8 a 15 8 a 20	Producir, fabricar, preparar, distribuir, transportar, almacenar, importar, exportar precursores o productos químicos, máquinas o accesorios para fines tipificados. Lo anterior mediante constitución de organización delictiva.
74	1 a 3	Usar permisos legítimos o falsificarlos para importar mayores cantidades de precursores; poseer precursores o solventes para procesar drogas o modificar o alterar etiquetas de productos controlados para hacerlos pasar por otros.
75	1 a 3	Desviar productos químicos como precursores o máquinas a fines diferentes de los autorizados.
76	3 a 8	Suministrar información falsa al registrarse para fabricar, importar, vender o distribuir sustancias controladas.

77	8 a 20	Agravante genérica de conductas anteriores en caso de suministro drogas a menores, embarazadas o incapaces; introducción en centros docentes, culturales, deportivos, recreativos o penitenciarios; si se usa a menores de edad o incapaces para cometer delito; si sujeto activo es padre, tutor, responsable, docente, guía espiritual, en grupos de 3 o más personas; valiéndose de un cargo público; a nivel internacional o si es director o financista de la entidad.
79	Medida de seguridad internamiento para tratamiento ambulatorio, voluntario y gratuito	Consumir o usar drogas en vías públicas o en sitios de acceso público.

El decomiso y comiso se mantuvo con igual regulación a la anterior, posibilitando el debido proceso para el dueño registral de los bienes y regulando la distribución de lo incautado, de lo cual un 60% de dinero en efectivo o valores subastados (que son relativamente pocos pues los mayores decomisos son de bienes que son redistribuidos entre diferentes instituciones estatales) debe destinarse al IAFA para el cumplimiento de los programas preventivos.

Corolario: En menos de quince años, las leyes anti-narcóticos del país fueron reformadas en cuatro ocasiones, con márgenes temporales muy cortos entre ellas, cuadruplicándose la cantidad de normas y tipos penales en cada ley, aumentándose en cada ocasión la mayoría de las penas y culminándose con una omnicompreensiva legislación, mucho más represiva que la original, en donde se fueron disminuyendo las obligaciones estatales para el tratamiento de la adicción,

los programas de prevención y la obligación de los medios para ceder espacios en tal sentido, se suprimieron las penas diferenciadas cuando el ilícito era cometido por adictos o en pequeñas escalas y se debilitó profundamente, por norma o por interpretación, el sistema de garantías propio del derecho penal liberal, todo con el aval de las máximas autoridades jurisdiccionales del país (Sala Tercera y Sala Constitucional), según se indicará de seguido.

2.- CRITERIOS CONSTITUCIONALES FRENTE A LA LEGISLACIÓN ANTI-DROGAS

Ante las desigualdades evidentes entre el derecho penal “normal” y el establecido en esta normativa (que muy pronto fue emulada por otras leyes especiales como la de Crimen Organizado), se plantearon algunas cuestiones de constitucionalidad ante el órgano competente, que inició funciones en Costa Rica en 1989. Fue así como, con el ímpetu de los primeros controles constitucionales efectivos que se daban en el país, se emitieron importantes votos, nominalmente hoy vigentes, declarando inconstitucional el impedimento de excarcelación por tipo de delitos; señalando la imposibilidad de sancionar el consumo de drogas y estableciendo la obligación de reserva legal para la intervención de las comunicaciones. Empero, la composición del Tribunal Constitucional ha ido variando, y de aquella línea primigenia muy poco queda, al punto que la jurisprudencia actual ha generado un retroceso en el marco del respeto a las garantías constitucionales. Bastaría hacer un estudio de la cantidad de *hábeas corpus* y acciones de inconstitucionalidad que hoy en día se acogen, pese a los excesos policiales, judiciales y legislativos, para comprobar esa percepción. Pero, a nivel cualitativo, a la misma conclusión puede llegarse observando pronunciamientos como el que posibilita el ingreso a un domicilio con una orden oral del juez,¹⁵ el que autoriza al Ministerio Público para que, sin orden jurisdiccional, se imponga del contenido de los rastreos u observaciones

¹⁵ Ver votos número 4672-03 y 4905-03.

telefónicas (que permiten saber los números desde o a los que se llama, duración de esas llamadas, lugar desde las que se hacen en caso de teléfonos móviles, etc.),¹⁶ la autorización de detenciones, sin poner a las personas a la orden de juez competente, más allá de las 24 horas en los procesos de flagrancia y, aquellos otros relacionados con la determinación de los extremos sancionatorios. Sobre este último tema se han formulado dos consultas de constitucionalidad: una para que se determinara si los extremos mínimos de los tipos penales (excesivamente altos) eran inconstitucionales, pues impedían que el juez fijara la pena concreta merecida, que era la que, de acuerdo con el principio de culpabilidad y la Teoría del no rebasamiento de ésta, debía imponerse, según la doctrina especializada:

*“...del principio de culpabilidad extraemos un doble nexo: el primero entre el hecho y la persona, el segundo entre el grado de culpabilidad y la intensidad de la reacción estatal (...) si bien es admisible el establecimiento legal del máximo de la pena porque ello es una de las consecuencias principales del principio de legalidad (...) no ocurre lo mismo con el establecimiento de límites mínimos a la reacción punitiva. Si la culpabilidad es esencialmente graduable, es decir, sólo existen grados de culpabilidad y ella debe ser la medida de la pena (además de las exigencias que surgen del principio de proporcionalidad, que conectan a la pena con el hecho) entonces el establecimiento de un mínimo de pena, implica establecer una presunción de un determinado grado de culpabilidad y toda presunción de culpabilidad está prohibida (...) Por lo tanto, los jueces así como están obligados a realizar un discernimiento fundado del grado de culpabilidad **no** están obligados a aplicar la presunción de culpabilidad que implica el establecimiento de mínimos obligatorios en las escalas de pena. Aquí el legislador ha excedido su competencia y ese mínimo puede cumplir una función indicativa pero nunca obligatoria. Así que por más que la previsión de*

¹⁶ Cfr. voto número 2012-10.

esa reacción punitiva mínima sea expresa en la legislación penal, ello no implica la imposibilidad de autorizar una reacción menor a esa previsión, fundándose en el grado real de culpabilidad y no en el que surge de una presunción legal de culpabilidad” (BINDER, 2004: 252).

“...la pena no puede ir más allá de la medida de la culpabilidad en su duración, tampoco cuando intereses de tratamiento, de seguridad, o de intimidación hicieran parecer deseable un encarcelamiento más prolongado. En tales casos, se quiebra el poder de injerencia del estado frente al interés de la libertad del condenado, el cual debe someterse a las necesidades del estado no según su libre arbitrio, sino sólo en el marco de su culpabilidad. El principio de culpabilidad tiene, por lo tanto, una función liberal, independientemente de toda retribución, y, en favor de la libertad del ciudadano, debe ser conservado también en un derecho penal moderno (...) se admite incluso que una pena que superara la medida de la culpabilidad lesionaría la dignidad del hombre (sic) (...) de modo tal que el principio de culpabilidad tendría rango constitucional, de acuerdo con esto, en su función limitadora de la pena (...) El sentimiento de justicia, al que se atribuye gran importancia para la estabilización de la conciencia jurídica general, exige que nadie sea penado más allá de lo que se merece; y 'merecida' es solamente una pena que se corresponde con la culpabilidad” (ROXIN, 1993: 37-39).

El otro era para que, en concreto, se determinara si la pena de ocho años por traficar dos piedras de crack violentaba el principio de proporcionalidad,¹⁷ habida cuenta de que el tipo penal no medía la intensidad del peligro al bien jurídico según la cantidad de tráfico u otras condiciones personales del sujeto activo como su propia adicción, de la comparación entre los marcos punitivos de otros delitos de lesión de bienes jurídicos más valiosos frente a este de peligro abstracto, etc. Ante ello, el Tribunal Constitucional costarricense declaró que

¹⁷ Cfr. Votos números 2007-1034 y 2011-742 del entonces Tribunal de Casación Penal de San José.

ninguno de los dos temas consultados era contrario a la Carta Magna y que, entonces, ni se violaba la culpabilidad con extremos mínimos altos ni tal pena, para conductas inocuas, era desproporcional, esto mediante votos números 2124-08¹⁸ y 11697-11¹⁹ en donde, a mi juicio de forma incorrecta, se determinó que la política criminal era potestad exclusiva y discrecional del legislador, renunciándose, así, al control de constitucionalidad sobre la proporcionalidad, la lesividad y la culpabilidad, que son principios constitucionales que han de servir de

¹⁸ Que indicó: "...no puede estimarse que el legislador incurra en abuso de su función a la hora de determinar los parámetros de las sanciones penales, por cuanto, se insiste en que ello es tarea delegada por el propio constituyente originario, lo cual también es expresión del principio de seguridad jurídica, de trascendencia en todo Estado Social y Democrático de Derecho –como el nuestro–; y es tarea propia y exclusiva del juez, la individualización de esa pena, se repite, dentro de los márgenes previamente determinados por el primero (...) aun cuando lo cierto es que en atención al artículo 39 constitucional sólo es posible imponer una pena como consecuencia de la falta cometida por un sujeto penalmente responsable, es decir, se es responsable por lo que se hizo (acción) y no por lo que se es (teoría de la peligrosidad) –como lo consideró este Tribunal en sentencia número 1992-88–; también lo es, que la determinación de la pena es tarea del legislador, labor que está librada a la discrecionalidad de éste, únicamente sujeto al principio de proporcionalidad."

¹⁹ "...los jueces estiman que la norma consultada lesiona el principio de proporcionalidad, en virtud de que en su criterio la sanción mínima resulta muy elevada (8 años de prisión) para lo cual toman en cuenta como primer aspecto, que se trata de un delito que pretende tutelar la salud pública, bien jurídico que es de menor importancia que la vida, la cual, por ejemplo, se encuentra protegida por el artículo 117 del Código Penal, que establece el delito de homicidio culposo, con una pena máxima de 8 años de prisión. Sobre el particular debe decirse que la comparación que hacen los juzgadores en este punto no es de recibo, dado que por un lado se trata de una conducta culposa, que se origina en una infracción al deber de cuidado (homicidio culposo) y en el caso de las conductas previstas en el artículo 58 impugnado, se trata de figuras dolosas (...) Como segundo aspecto, sostienen los consultantes que la pena mínima es excesiva, por tratarse de un delito de peligro y no de resultado y ponen como ejemplo el delito de tentativa de homicidio (...) El delito de homicidio simple, previsto en el artículo 111 del Código Penal se encuentra sancionado con una pena de 12 a 18 años de prisión y en virtud de lo dispuesto en el artículo 73, la tentativa se sanciona con la pena prevista para el delito consumado, la cual, puede ser disminuida o no, a juicio del juez. Esto hace que tampoco aquí el parámetro de comparación utilizado por el Tribunal consultante resulte adecuado, dado que la pena del homicidio simple es ciertamente superior a la mínima prevista en el artículo 58 impugnado y la atenuación de la tentativa dependerá del juzgador en cada caso concreto. Por último, señalan que el legislador al establecer las penas debe dejar un margen de valoración al juez, que le permita individualizar el juicio de reproche en cada caso, lo cual no sucede con el tipo penal previsto en el artículo 58, al establecer como pena mínima, los 8 años de prisión. En ese sentido, señalan que no puede hacerse el mismo juicio de reproche a la venta de dos piedras de crack que hace una mujer en condiciones de pobreza, respecto de la venta de varios kilos de cocaína o heroína que hace una organización a nivel internacional. La afirmación de los juzgadores tampoco resulta correcta, dado que sí existe un margen para la individualización de la pena y el juicio de reproche, al establecerse el rango de 8 a 15 años de prisión."

parámetros para valorar la legitimidad del actuar legislativo y que la misma Sala, en otras ocasiones, sí ha utilizado aunque, claro está, no frente a conductas “tan graves” como estas. Aunque en uno de los pronunciamientos hubo dos votos disidentes,²⁰ se cumplió la profecía anunciada por el Prof. Zaffaroni (1993: 142) quien, desde hace casi dos décadas señalaba: *“El establecimiento de escalas penales altas y, sobre todo, con mínimos altísimos, impide que los jueces puedan adecuar la individualización de las penas a las pautas generales. Este cuadro se*

²⁰ El voto de minoría de los magistrados Cruz y Armijo refirió: “...no hay duda que (...) el tipo delictivo mencionado, prevé un límite mínimo que convierte la sanción en una pena desproporcionada (...) cuando la naturaleza de la acción y sus efectos no justifican una pena tan elevada. Una pena mínima excesiva, que no puede disminuir el juzgador, convierte la potestad punitiva estatal en un ejercicio inconstitucional, pues se impone una sanción que no guarda relación con la naturaleza y el perjuicio ocasionado al bien jurídico tutelado. El artículo cincuenta y ocho define una multiplicidad de acciones delictivas que no guardan ninguna relación con la jerarquía del bien jurídico que se pretende tutelar, en este caso, la salud. No es razonable que el mínimo de la pena para acciones que sólo tienen un efecto potencial sobre la salud, algunas de ellas con una incidencia irrelevante, se le imponga una pena mínima de ocho años, superior a la sanción mínima prevista para lesiones gravísimas (artículo 123 del código penal) o igual a la pena máxima prevista para el homicidio culposo (artículo 117 del código penal). Estos dos ejemplos demuestran, claramente, que la pena prevista para el tipo penal del artículo 58 de la Ley de psicotrópicos, rompe la proporcionalidad estructural que se aprecia en el código penal respecto de la sanción y el bien jurídico tutelado. Los delitos que protegen la salud como bien jurídico, no pueden equipararse a los delitos que tutelan la vida, bien de máxima protección conforme a nuestra constitución, con previsiones específicas en la Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos. La multiplicidad de acciones que definen el delito contra la salud, no pueden homologarse con los delitos contra vida, que se refieren, además, a ilícitos de resultado o de peligro real y concreto, lo que no ocurre con los tipos delictivos que definen las acciones de distribución y difusión de la droga (...) En el tipo penal objetado, se aprecia que el límite inferior de la escala penal prevista, no incluye acciones que si bien lesionan el bien jurídico, el sujeto activo no merece un juicio de reproche tan elevado como el que irremediamente impone el mínimo penal y por este motivo, la pena se torna, en abstracto, desproporcionada (...) los delitos de trasiego de drogas en sentido amplio, definen un ilícito de peligro abstracto para los que se prevé una sanción igual a la máxima establecida para un delito de resultado (el homicidio culposo) y que podría superar la pena prevista para un delito de peligro concreto, por ejemplo la tentativa de homicidio simple, que podría sancionarse con una pena inferior a los doce años que prevé el artículo 111 del Código Penal, porque en el caso de la tentativa, el mínimo del tipo penal puede disminuirse, según las previsiones de los artículos 24 y 73 del código penal. Este contraste evidencia, nuevamente, la desproporcionalidad entre el mínimo previsto para el extremo menor del tipo delictivo cuya constitucionalidad se cuestiona. 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 circunstancias como la cantidad de droga, las condiciones del sujeto pasivo y las circunstancias en que las ejecutó el sujeto activo, 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 corresponde (...) 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

completa con un bombardeo periodístico sobre los magistrados, para estigmatizar a cualquiera de ellos que se atreva a proclamar la inconstitucionalidad de estos mínimos o de la prohibición de excarcelación, cuando no son los tribunales superiores o supremos los que, para defender a la corporación de la estigmatización, proceden a imponer gravísimas sanciones internas o a estigmatizar a sus propios magistrados.” Lo que no es ajeno al caso nacional pues el máximo tribunal del país, que, además, tiene a su cargo el nombramiento de los jueces de más alta jerarquía y el uso del régimen disciplinario, le impuso una suspensión de dos meses en el ejercicio del cargo a una jueza que varió la prisión preventiva de unas personas acusadas de narcotráfico y la sustituyó por un arresto domiciliario, el cual no se pudo hacer efectivo por las protestas de barrios y la cobertura de la prensa.²¹ Aunque la decisión estaba fundamentada y de lo que se trataba era que no fue compartida por el órgano disciplinario, se le atribuyó, primero, afectar la ‘imagen del Poder Judicial’ y luego un error grave en la aplicación de la ley por no motivar adecuadamente su resolución.²² Es decir, ni la ley ni su aplicación ofrecen grandes esperanzas de cambio sino que evidencian la apuesta por un sistema autoritario de juzgamiento para “algunos enemigos”. Lo que debe cuestionarse, enseguida, es quiénes son los que, en su mayoría, sufren las consecuencias de todo ello, a lo que se dedicará el siguiente apartado.

3.- ¿SOBRE QUIÉNES PESAN LAS MAYORES CONSECUENCIAS DEL SISTEMA ANTI-NARCÓTICOS?

la constitución y el derecho penal liberal le imponen al poder represivo del Estado.”

²¹ Ver actas de Corte Plena números 33 (10 de octubre), 34 (24 de octubre) y 37 (14 de noviembre), todas del 2011.

²² La jueza interpuso, contra el proceso disciplinario que se le inició, primero un amparo contra el Tribunal de la Inspección Judicial, por la afectación de su independencia judicial, el cual fue declarado sin lugar por la Sala Constitucional (voto número 2011-10219) y luego un amparo contra Corte Plena por la sanción y una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 199 y 211 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (expediente 11-12795-007-CO), que posibilita la sanción por faltas graves no definidas, la cual está en estudio por el órgano constitucional y se suspendió la decisión del amparo a las resultas de este pronunciamiento (aunque, en principio, la Sala Constitucional iba a estar integrada por los mismos magistrados que rechazaron el primero amparo a quienes, por esto y por haber integrado, algunos de ellos, Corte Plena para la imposición del régimen disciplinario, se les pidió su separación para el conocimiento de esa causa).

Aunque es verdad de Perogrullo, el sistema represivo antes descrito, si bien ha permitido la desarticulación de algunas redes de tráfico a gran escala o internacional, el decomiso de toneladas de cocaína y otras drogas y ha reprimido a algunos integrantes de estas organizaciones, también ha incidido fuertemente sobre los sectores poblacionales más vulnerables, aquellos que comercian en pocas cantidades producto de sus propias adicciones y, en particular sobre las mujeres. Si se observan las estadísticas recogidas en el más reciente Informe del Estado de la Nación, se determina que se mantiene la tendencia en el incremento de la brecha en la distribución de la riqueza y la desigualdad social, reflejada en el índice de Gini (de 0,508 para 2010), según el cual aumentaron, también, los niveles de pobreza extrema (6,0% de los hogares), alcanzándose los extremos máximos en los años 2001 (luego de lo cual se dio la última reforma aumentando las penas en esta materia) y 2009 (2010: 106-107). En ese mismo informe se documenta cómo esa tendencia incide, sobre todo, en lo que se ha denominado la “feminización de la pobreza” por las brechas de género, habida cuenta del rol de jefas de hogar, en condiciones de desempleo, subempleo, analfabetismo, etc. que tiene una buena parte de la población femenina costarricense (2010: 108-113). No en vano, muchas mujeres recurren al comercio ilegal de droga, en pequeñas escalas, como estrategia de sobrevivencia para la manutención de su prole, tal y como se ha concluido en estudios nacionales efectuados: *“Hay dos situaciones importantes que no se pueden obviar cuando se habla de las mujeres privadas de libertad en Costa Rica. Una de ellas es que las mujeres privadas de libertad representan sólo un 7% del total de la población penitenciaria del país, según los datos del Ministerio de Justicia y Gracia (MJG, 2009); el otro dato fundamental es que al menos el 64% (MJG-ICD, 2009) del total de estas mujeres ingresa a la cárcel por violación a la Ley sobre Estupefacientes No. 8204, es decir, venta, traslado, ocultamiento o posesión de drogas para la venta, entre las tipificaciones más comunes. Según datos del Ministerio de Justicia y Gracia² (MJG) y del Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), en el año 2005 el tipo de delito que*

más cometieron estas mujeres fue la venta directa de drogas con un 69% (MJG-ICD, 2009). Esto quiere decir que la venta directa de drogas, o lo que llaman venta "al menudeo", es el delito por el que más son condenadas estas mujeres, muy por encima de otros delitos contemplados en la misma Ley no. 8204. Entre las otras tipificaciones se cuentan la venta organizada con un 10%, posesión para la venta 3.4%, y tipificaciones como el tráfico internacional; transporte e inclusive el ingreso a centros penitenciarios no superan, cada una, el 5% del total (MJG-ICD, 2009) (...) En Costa Rica, de los 381 mil hogares que se contabilizaron el año 2009, el 31% tenían como jefas de hogar a una mujer; de esos hogares con jefatura femenina el 37.5% eran pobres y un 47.5% se encontraban en extrema pobreza (MIDEPLAN, 2011) (...) la formación educativa de estas mujeres es bastante baja, sólo un 32% contaba con primaria completa y un 27% no la terminó; de las mujeres que lograron acceder a la educación secundaria sólo un 3% la terminó y accedió a estudios parauniversitarios. Si la educación y la formación para la empleabilidad se han convertido en requisitos indispensables para conseguir trabajo, se puede comprender que estas mujeres estén insertas en sectores informales de la economía previo su ingreso a la cárcel (...) el 92% de ellas eran madres con un promedio de 4.2 hijos por cada una, y de esos niños y niñas el 56% eran menores de edad (MJG-ICD, 2009). Estos datos sólo quieren ejemplificar, a muy grandes rasgos, las condiciones sociales en que pueden vivir las mujeres que delinquen por tráfico de drogas en el país; tratan de acercarse al conocimiento de una situación estructural compleja que no se puede obviar en el análisis del delito de tráfico de drogas, y que hace pensar en las condiciones que podrían empujar a la transgresión de la legalidad (...) es una decisión que se toma en condiciones de escasa posibilidad de resolver necesidades las básicas de la vida cotidiana" (Palma, 2011). Aunque no conozco que se hayan efectuado estudios penitenciarios similares en otros grupos poblacionales (personas menores de edad o adultos de ciertos estratos sociales), es altamente posible que la situación se replique allí también, habida cuenta de los índices de desempleo, pobreza y deserción escolar existentes en el país (Estado de la Nación, 2010: 42)

sin que, paralelamente, se observen incrementos en la inversión para los programas de rehabilitación o de prevención, muchos de los cuales dependen de ONGs. Es decir, mientras aumentan las penas y recursos para el combate del tráfico de drogas, que incide en que se disminuyan los controles jurisdiccionales en esa lucha, aumenta, también, la cantidad de personas criminalizadas por sus adicciones (asociadas a las cuales está la comisión de muchos delitos contra la propiedad) y carencias, sin que se invierta sostenidamente en la prevención ni la rehabilitación y sin que se contemplen sanciones diferenciadas, en cuanto a los móviles de comisión delictiva, que permitan tratar las distintas causas de la delincuencia asociada pues: *“...el argumento en favor de la punición es la imposibilidad de distinguir entre el consumidor o usuario y el traficante. Este argumento es de neto corte policial. En principio, resulta claro que la única confusión posible es respecto de agentes de tráfico de ínfima categoría o sea, de distribuidores más que minoristas. En segundo lugar, lo que es más grave, implica la aceptación de un gravísimo principio de derecho penal autoritario: lo principal es la ‘lucha’ y, por ende, dado que entre muchos que se presentan, no se puede distinguir cuáles son los enemigos, todos deben ser tratados como enemigos (...) suele detectarse preferentemente el tráfico de cantidades limitadas de cocaína, para el que los traficantes explotan la necesidad de mujeres de los sectores sociales más humildes y que operan como ‘transportadoras’ (‘mulitas’) siendo en definitiva las únicas que van a dar a prisión, con severísimas penas y generando un creciente problema penitenciario, porque provocan el aumento inusitado de la población penal femenina en sistemas penitenciarios empobrecidos y no preparados ni pensados para mujeres”* (Zaffaroni, 1993: 139-142).

A MODO DE SÍNTESIS

Parece claro, entonces, que los “nuevos” enemigos del Derecho Penal, son, en definitiva y en su mayoría, los mismos de siempre: los sectores más carenciados y que en la discusión política que se está potenciando en

Centroamérica hay mucho de doble discurso habida cuenta que mas viable que descriminalizar la droga en toda la región, es disminuir, atemperar o razonabilizar la respuesta punitiva (disminuyendo sanciones e incluyendo penas alternas a la cárcel) y aumentando los programas de prevención, tratamiento y desintoxicación que cada Estado Nacional puede implementar, sin necesidad de acuerdos regionales, para tratar de forma diferenciada a quien trafica pequeñas cantidades de quien lo hace de grandes; de quien se inserta en el ciclo por sus propios procesos de adicción a quien carece de esos condicionantes; de las mujeres en condiciones de pobreza de quienes lucran con el dolor ajeno, nada de lo cual es abordado en la política criminal interna de cada Estado porque implica una pérdida del caudal electoral o un desgaste en la imagen de quienes lo proclamen, incluidos tribunales de justicia.²³

BIBLIOGRAFÍA

BINDER, Alberto (2004). *Introducción al derecho penal*. Ad-hoc, 1ª edición, Buenos Aires.

DAMMERT, Lucía (2009). *Drogas e inseguridad en América Latina: una relación compleja*. Revista Nueva Sociedad N° 222, julio-agosto, 2009.

ESTADO DE LA NACIÓN (2010). 17avo Informe, San José.

PALMA, Claudia (2011). “*Delito y sobrevivencia: las mujeres que ingresan a la cárcel El Buen Pastor en Costa Rica por tráfico de drogas.*”. En **Revista Anuario**

²³ En Costa Rica se encuentra en discusión en la Asamblea Legislativa una iniciativa tendiente a disminuir la sanción para la introducción de droga en centros penales por parte de mujeres sometidas a ciclos de violencia intrafamiliar (cfr. expediente legislativo N° 17.980). Aunque el texto requiere ajustes (cfr.: acta de Corte Plena, sesión 19-12 del 28 de marzo de 2012), ya se han elevado las voces que se le oponen, aduciendo ‘alcahuetería’ del sistema.

de Estudios Centroamericanos, Volumen 37,
<http://www.latindex.ucr.ac.cr/anca007-10.php>

RODRÍGUEZ PICADO, Floribeth (2009). *La introducción de drogas a un centro penal como delito de género y el traslado de la pena privativa de libertad a la familia de la condenada*. Tesis de maestría en derecho penal. Universidad Internacional de las Américas.

ROXIN, Claus (1993). "*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*". En: AAVV. *Determinación judicial de la pena*. Editores del Puerto Buenos Aires.

ZAFFARONI (1993). "*La legislación 'anti-droga' latinoamericana y sus componentes de Derecho Penal Autoritario*". En: *Hacia un realismo jurídico-penal marginal*. Monte Ávila editores latinoamericana, 1ª edición, Caracas.

LEGISLACIÓN

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7093 del 22 de abril de 1988.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7233 del 8 de mayo de 1991.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 7786 del 22 de abril de 1998.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado,

legitimación de capitales y actividades conexas, N° 8204, reformada por ley N° 8719.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica; ZUÑIGA MORALES, Ulises (2012). Código Penal, IJSA, 26ava. edición, San José.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley General de Salud.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional, votos número 2124-08 (no son inconstitucionales extremos mínimos de las penas) y 11697-11 (no es desproporcional pena de 8 años por vender 2 piedras de crack).

Tribunal de Casación Penal de San José, votos número 2007-1034 (consulta sobre extremos mínimos) y 2011-742 (consulta sobre proporcionalidad pena en venta a poca escala).