

## **Modelos penales de drogas y criminalidad femenina en Chile**

Midora Luz Sovino Montenegro<sup>1</sup>

### **Resumen**

El presente trabajo analiza las consecuencias del modelo penal de drogas en la población carcelaria femenina, desde una perspectiva de género. A partir de un análisis crítico construido desde la criminología feminista, se formula un análisis comparativo de la política actual de drogas imperante en nuestro país, tomando en consideración sus implicancias legislativas y penales en el desarrollo de las mujeres criminalizadas por delitos relacionados al tráfico de estupefacientes. En concreto, se analizan sus efectos en la población carcelaria de mujeres que, a su vez, son madres, y las dificultades actuales que trae aparejada la indeterminación de penas en relación con el microtráfico de cannabis. Se concluye que un modelo criminal punitivito actualmente es ineficaz y es necesaria una intervención integral basada en la regularización y reducción de riesgos o daños.

**Palabras clave:** mujeres, cárceles, drogas.

### **Criminal models of drugs and female criminality in Chile**

#### **Abstract**

The current study examines the consequences of the drug criminal model in the female prison population from a gender perspective. A comparative analysis of our country's current drug policy is formulated based on a critical analysis developed from feminist criminology, taking into account its legislative and criminal implications in the development of women criminology for drug trafficking-related offenses. Its effects on the prison population of mothers, as well as the current difficulties associated with the indeterminacy of penalties in relation to cannabis micro-trafficking, are specifically

---

<sup>1</sup> Estudiante de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile

examined. concluding that a punitive criminal model is currently ineffective and advocating for a comprehensive intervention based on regularization and risk reduction.

**Keywords:** women, prisons, drugs.

## **I. Introducción**

A lo largo de Latinoamérica, las sentencias por delitos de drogas relacionados con la plantación a baja escala, consumo y microtráfico de sustancias, además de constituir delitos no violentos, contienen condenas que en su mayoría son desproporcionadas y resultan particularmente difíciles para las mujeres.

El presente trabajo analiza algunas de las consecuencias del modelo penal de drogas en la población carcelaria femenina, desde una perspectiva de género. Desde los estudios de género, la relación de las mujeres y la justicia se ha abordado desde variados aspectos, desde el acceso a la justicia hasta los diversos modelos privativos de libertad. Este trabajo toma como principal consideración la criminología feminista, sus aportes teóricos y prácticos, con el fin generar una crítica a la política actual de drogas. Reconducir el panorama actual a un estado en donde las mujeres, como seres humanos, podamos ser sujetas poseedoras de libertad y plena autonomía<sup>2</sup>.

La profesora Myrna Villegas define la criminología feminista como un movimiento desde las ciencias penales y criminológicas que ha denunciado las prácticas discriminatorias imperantes en el sistema actual, tomando en consideración el tratamiento recibido por las mujeres que caen bajo el sistema penal<sup>3</sup>. El fin es cambiar el paradigma tradicional de la justicia, en este caso las lógicas carcelarias patriarcales que prevalecen en los centros de reclusión de nuestro país.

Actualmente la población carcelaria femenina presenta tasas mucho más bajas que la masculina. Sin embargo, presenta un gran número de mujeres-madres presas por delitos de drogas. Situación comprensible desde el paradigma impuesto de maternidad hacia los cuerpos femeninos —a su vez, este contexto acrecienta su vulnerabilidad—, lo que en

---

<sup>2</sup> VILLEGAS, 2021, p. 11.

<sup>3</sup> Ibidem.

ocasiones propicia que estas mujeres se vean envueltas en el tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes para sustentar a sus familias.

Existe una indeterminación de la pena relacionada con el microtráfico de de cannabis en nuestro ordenamiento jurídico, dejando a discrecionalidad de los jueces el futuro de muchas mujeres y sus entornos familiares, lo que a su vez provoca incertidumbre, altas tasas de punibilidad y baja reinserción.

## **II. Modelo penal y criminalización a mujeres en Chile**

### **1. Modelo penal de drogas y población carcelaria**

El modelo penal de drogas que prevalece actualmente en Chile es del tipo punitivo, lo que significa que normativamente existen consecuencias sancionatorias para el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Actualmente este mandato está contenido en la Ley 20.000, promulgada el 16 de febrero del año 2005<sup>4</sup>.

La criminalización existente a mujeres que incurren en algunas de las conductas tipificadas en la citada ley tiene directa relación con el derecho penal, la determinación de la pena y con respecto a los delitos. Además, dialoga con el Código Penal y se enmarca en el Derecho Público de nuestro sistema jurídico.

Las mujeres son minorías dentro de la población penal nacional. Según las estadísticas presentadas en el Boletín Estadístico de Gendarmería De Chile del año 2019, la población penitenciaria de mujeres equivale a menos del 10% del total de reclusos en Chile<sup>5</sup>.

El número de reclusas se ha mantenido de manera histórica más bajo que el de los hombres, por lo que la incidencia de la delincuencia femenina constituye en la mayoría de los países una cifra menor a la de delincuencia general. Al analizar la población penitenciaria desde la década del 90 hasta la fecha, se puede ver cómo una de las causas principales de criminalidad fue el tráfico de drogas, siendo el delito que mayor cantidad de condenas reportaba en la criminalidad femenina. El promedio total anual de mujeres

---

<sup>4</sup> Sustituye a la Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

<sup>5</sup> Gendarmería de Chile, Boletín Estadístico 127.

condenadas a prisión se mantenía relativamente estable (aproximadamente 1.300 reclusas en promedio anual) con un crecimiento paulatino atribuible al crecimiento sociodemográfico<sup>6</sup>.

Sin embargo, en el 2005 cuando entró en vigor la Ley N°20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas, el aumento de la población femenina fue drástico e incluso desproporcionado, llegando a un aumento del 70% de la población carcelaria. A partir del año 2005, y por los 7 años que siguieron, el promedio anual de mujeres en prisión aumentó progresivamente (hasta aproximadamente 3.400 en promedio anual), debido al gran aumento de condenas a prisión en mujeres que obtenían sus ingresos gracias al microtráfico de drogas, negocio que muchas de ellas ejercían desde sus propios hogares<sup>7</sup>.

Actualmente el número de mujeres que están presas por delitos relacionados con la ley de drogas alcanza aproximadamente el 50% de la población penal femenina según los reportes de Gendarmería<sup>8</sup>. Esta cifra se complementa con los datos que revelan que sobre el 85% de las reclusas tienen hijos<sup>9</sup>, que, en la mayoría de los estudios revisados, fluctúa en promedio entre 2 y 3 hijos. Ese número de hijos es superior al promedio de natalidad en Chile, que corresponde a 1,6 hijos por mujer, según la Tasa Global de Fecundidad de las Estadísticas Vitales y Proyecciones de Población<sup>10</sup>.

La criminología positivista y androcéntrica ha construido principalmente dos tipos de argumentos, biológicos y de socialización, para explicar la limitada presencia de mujeres en procesos penales y cárceles. Argumentando que las mujeres genéticamente estamos menos predispuestas a infringir comportamientos agresivos, y por lo tanto a delinquir, pues nuestra naturaleza nos obliga a ser protectoras y proveedoras. Por otra parte, se ha reforzado la idea que las mujeres son socializadas para conformarse con las normas sociales, a través de la interiorización de los roles de género; cumpliendo las expectativas que conlleva ser mujer a través del aprendizaje de conductas estereotipadas<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> MUÑOZ, 2001, p. 23.

<sup>7</sup> Gendarmería de Chile, Asesoría en políticas de género. 2015.

<sup>8</sup> Op cit.

<sup>9</sup> Para los efectos de este trabajo utilizare lenguaje no sexista, refiriéndome con la letra E a personas de las diferentes identidades sexo genéricas existentes.

<sup>10</sup> Instituto Nacional de Estadísticas. 2018.

<sup>11</sup> PEREZ-LUCO, 2019.

Además, se ha explicado que la población femenina es baja producto de que cuando las mujeres llegamos a la edad adulta, debemos cumplir el paradigma reproductivo que nos impone el rol de mujer-madre, por lo que tenemos menos posibilidades de efectuar delitos pues debemos ocuparnos de los hogares e hijos. En un contexto económico estable, si las mujeres no logran lidiar con estas responsabilidades, lo más común es que busquen ayuda médica o psiquiátrica, en lugar de incurrir en conductas desviadas<sup>12</sup>.

En un contexto vulnerable y como parte del rol de sostenedora, muchas mujeres de estratos sociales marginados, en una situación de pobreza, encuentran a través del microtráfico su sustento, existiendo múltiples motivaciones que llevan a la comisión de los delitos o hechos delictuales<sup>13</sup>.

El énfasis principal de este trabajo, por tanto, recae en dos aspectos fundamentales y problemáticos de la criminalidad femenina, estos son: 1) la población carcelaria de mujeres-madres por delito de droga y 2) tráfico de pequeñas cantidades de cannabis y su indeterminación de la pena en nuestro ordenamiento jurídico.

## **2. Legislación y criminalidad femenina**

La legislación actual, está contenida en la Ley N° 20.000, esta ley es de rango infra constitucional y sustituyó a su antecesora la Ley N° 19.366, sin embargo, en términos generales ambas tienen significativas similitudes y se enmarcan en sancionar el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

La actual ley es parte de la política criminal, tipificando un abrumador y absurdo número de conductas prohibidas. A saber, no se puede: elaborar, fabricar, transformar, preparar o extraer sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Tampoco se puede: producir, fabricar, elaborar, distribuir, transportar, comercializar, importar, exportar, poseer o tener precursores de sustancias químicas destinadas a la preparación de drogas. De igual manera está prohibido: transportar, guardar o portar pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o

---

<sup>12</sup> ARIZA, 2017, p. 736.

<sup>13</sup> COOPER, 2002, p. 269.

sicotrópicas o de materias primas que sirvan para obtenerlas. También se prohíbe: adquirir, transferir, suministrar o facilitar pequeñas cantidades de drogas o materias primas, con el objetivo de que sean consumidas o usadas por otro. También está prohibido: sembrar, plantar, cultivar o cosechar especies vegetales del género cannabis u otras productoras de sustancias estupefacientes o sicotrópicas<sup>14</sup>.

Esta lista que parece taxativa afecta directamente la seguridad jurídica de las personas, y puede desatar la criminalización de manera transversal en mujeres consumidoras, portadoras, cultivadoras, etc. Actualmente no existe seguridad jurídica con respecto a las penas impuestas por los operadores jurídicos, pues estas van desde los 5 años y un día a 15 años de presidio, además de una multa de 40 a 400 UTM.

La prevención de este tipo de delitos resulta lejana, y una forma de prever futuros conflictos sociales parece ser a partir de un tratamiento exhaustivo, que considere un tipo de pena integral a mujeres que como madres son las únicas cuidadoras, teniendo en consideración los niños y niñas que deben ingresar al Servicio Nacional de Menores por causa de la encarcelación de sus madres<sup>15</sup>.

A partir de la regulación efectiva, basada en los contextos históricos y sociales, se puede robustecer una dogmática jurídica que contemple la multiplicidad de contextos y opresiones que atraviesan a las mujeres criminalizadas por drogas. Es necesaria, por tanto, una política de drogas interseccional que contemple las múltiples opresiones y características que atraviesan las mujeres en la actualidad, contemplando el aumento población reclusa de Chile en un 87% entre 2003 y 2011<sup>16</sup>.

La realidad que se vive en las cárceles significa para muchas mujeres una mayor estigmatización y acrecienta aún más la condición de marginalidad y vulnerabilidad que viven debido al alejamiento de hijos, amigos, parejas, dificultades para conseguir trabajo, etc. El estigma que existe sobre lo femenino muchas veces etiqueta la criminalidad de las mujeres como una “doble desviación” al transgredir una conducta esperada y actuar en contra de lo considerado dentro de la feminidad.

---

<sup>14</sup> ALVARADO, 2018, p. 93.

<sup>15</sup> VON DEM BUSSCHE y ROMO, 2015, p. 153.

<sup>16</sup> INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES, 2012.

La Sala Penal de la Corte Suprema ha adoptado algunas decisiones que han permitido contener parcialmente la situación actual, anulando desde hace algún tiempo —y por vicios estrictamente legales— algunas condenas por microtráfico de marihuana. Como es el caso del recurso de nulidad que decretó la absolución de condenada M.C.S por microtráfico tras constatar que no se determinó composición, grado de pureza y toxicidad de la droga incautada como exige la legislación<sup>17</sup>

Este tipo de fallos constituye una poderosa señal al Ministerio Público sobre el tratamiento de las drogas, que lejos de poder ser considerada una política de fondo, merece como materia, un análisis mucho más serio, abierto y en consideración de las dinámicas sociales actuales. Existe un impacto real y significativo de esta política criminal en la vida de las personas, y parece afectarnos aún más a nosotras como mujeres.

### **3. Historia del modelo penal en materia de drogas**

Actualmente el modelo penal imperante en materia de drogas en Chile es el prohibicionista-punitivista. La política penal de drogas en nuestro país es intransigente y homóloga a todo tipo de sustancias (independiente de si son naturales o sintéticas) bajo el concepto de “drogas”. El paradigma prohibicionista comienza en el siglo XX y ha marcado la regulación del mercado de drogas declaradas ilícitas a nivel global. Como antecedentes políticos encontramos el fin de la Segunda Guerra Mundial y el desarrollo de la Guerra Fría, momento en el que Estados Unidos se consolidó como una potencia capaz de intervenir en las decisiones políticas y sociales de otros países, especialmente de Latinoamérica.

Para poder comprender los principales elementos del modelo prohibicionista es necesario remontarnos al origen de la “Guerra contra las drogas”. Hacia fines del siglo XIX apareció en Estados Unidos el “Partido de la Prohibición”, un movimiento extremadamente conservador que estimaba que el consumo de alcohol y drogas constituía una conducta

---

<sup>17</sup> Corte Suprema, 19.1.2016, rol N°35557-2015. En este caso la Corte resolvió citando jurisprudencia de otras salas de la Corte Suprema entre ellas las sentencia: rol N° 4215-12, de 25 de julio de 2012, 21.599-2014 de 1° de septiembre de 2014, 25.488-2014 de 20 de noviembre de 2014, 3421-2015 de 14 de abril y 3707-2015 de 28 de abril, ambas de 2015.

reprochable. Sus postulados derivaron en la Ley Harrison, aprobada en 1914 como la primera legislación en el mundo que introdujo la prohibición del consumo de 87 narcóticos sin prescripción médica<sup>18</sup>. Además, propició que en 1920 fuera instaurada la llamada “Ley Seca” a través de la Enmienda XVIII a la Constitución de Estados Unidos, que proscibía la fabricación, venta y transporte de bebidas alcohólicas.

El “experimento de la prohibición” duró 13 años, y en 1933 sus resultados evidenciaron una catástrofe: miles de detenidos y víctimas fatales por intoxicación con alcohol metílico, corrupción en policías e incremento de crímenes y homicidios. Sin embargo, la “Ley Seca” no ayudó a desincentivar el consumo, pues los consumidores habituales obtenían el alcohol a través del mercado ilegal. Pese al fracaso de esta política penal, la ideología de que las drogas constituían un problema se mantuvo asociando determinadas sustancias peligrosas con el crimen organizado. Esto se sumó a los sesgos sobre grupos étnicos “sospechosos”. Tal como señala el Doctor en sociología Manuel Vivanco: “[se asoció] a los irlandeses con el alcohol, a los mexicanos con la marihuana, a los chinos con el opio y a los negros con la cocaína<sup>19</sup>”.

Esta “guerra” contra un enemigo creado artificialmente, significó crear unidades policiales especiales para la lucha contra las drogas. Además, esta “campana del terror” desnaturalizó la esencia de las sustancias, lo que se vio reflejado en convenios internacionales que indujeron a que más Estados se hicieran parte de este modelo punitivista<sup>20</sup>. Lo que cambió drásticamente el panorama regulatorio de drogas, pues hasta inicios del siglo XX, tanto en Chile como en el resto del mundo, el consumo de drogas era totalmente legal.

Entre las principales consecuencias de esta política penal se señala el incremento exponencial de la militarización y un aumento de la violencia asociada al narcotráfico. Sin embargo, no se han podido evidenciar resultados positivos relacionados con la prevención de delitos asociados al consumo, o una disminución en la ingesta de sustancias

---

<sup>18</sup> ESCOTADO, 1986, pp. 23-56.

<sup>19</sup> VIVANCO, 2017, p. 77. Nota: En lo personal reemplazaría “negro” por “afrodescendiente”.

<sup>20</sup> Las Convenciones Internacionales del Opio de 1909 (Shanghái), 1912 (La Haya) y 1925 (Ginebra). Más adelante, la Convención Única de Estupefacientes de 1961, la Convención sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas acabarían por delinear el paradigma prohibicionista actualmente en cuestión.



psicotrópicas. Las únicas cifras que aumentan considerablemente todos los años son las de la población carcelaria presa por delitos relacionados con drogas. Esta política penal punitiva ha significado un aumento de las tasas de encarcelamiento de mujeres, como indicador de la criminalización hacia toda la llamada “cadena de producción o ciclo de las drogas”.

Los sistemas y regímenes carcelarios están diseñados para una mayoría masculina, lo que se ve reflejado tanto en la arquitectura de las cárceles, como en los procedimientos de seguridad, las instalaciones de atención de salud, el contacto con la familia, trabajo, capacitaciones, etc. Las cárceles de mujeres son una adaptación de las cárceles masculinas, por lo que no satisfacen las necesidades y requerimientos, viéndose afectadas en su encarcelamiento de una manera más significativa que los hombres<sup>21</sup>. Las penas privativas de libertad han significado una gran dificultad para las mujeres que a su vez son madres, pues a partir del paradigma de cuidados impuesto, recae en ellas muchas veces el sustento económico y emocional de sus familias.

### **III. La población carcelaria de mujeres madres por delito de droga**

Briseño-López, en su estudio, evidencia la prisión como “un instrumento que el Estado utiliza para encerrar a algunos sujetos que sirven como figuras disuasivas para la sociedad en su conjunto”, además enfatiza que la opresión que vivimos las mujeres se mantiene al maternar, constituyéndonos en “sujetos para otros”. Esta consideración, según el autor, se acentúa dentro de la prisión puesto que las mujeres son doblemente observadas: como delincuentes y como madres<sup>22</sup>. Les hijos, a su vez, son objeto de estigmas familiares y sociales, a través de la desconfianza de que los niños puedan ser bien educados por sus madres en reclusión y por la sospecha de que estas niñas son candidatas para ingresar en instituciones de encierro a lo largo de su vida a través del denominado “ciclo delictivo”.

Actualmente la población carcelaria de mujeres por delitos asociados a las drogas que a su vez son madres es significativa. En Chile aproximadamente el 89% de las mujeres presas son madres. A octubre del 2019 había: 75 mujeres embarazadas, 104 mujeres con

---

<sup>21</sup> BOTTO, 2012.

<sup>22</sup> BRISEÑO-LÓPEZ, 2006.

hijos lactantes o menores de 2 años y 106 lactantes y niños/as menores de 2 años<sup>23</sup>. Las mujeres reclusas que tienen hijos además tienden a ser la única o principal fuente de ingresos en su hogar. La abogada Olga Espinoza expone que la privación de libertad tiene efectos nefastos en el núcleo familiar de la reclusa, pues merma las posibilidades de subsistencia de su familia; sumado a la separación de sus hijos a una temprana edad y todo lo que ello implica, además del probable abandono por parte de sus familiares<sup>24</sup>.

Aledaño a esta situación, una de las principales preocupaciones manifestadas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) es el excesivo régimen de encierro al que se someten las reclusas. Este encierro de hasta 15 horas por día, se considera muy largo en secciones de mujeres con sus niños menores de dos años, pues perjudica la estabilidad mental tanto de las mujeres como de sus hijos, perjudicando diversos aspectos fundamentales del desarrollo humano que puede provocar efectos nocivos en la vida de los menores<sup>25</sup>.

En Chile se han implementado programas especializados, como “Chile Crece Contigo” bajo los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y reconociendo las directrices de las Naciones Unidas sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños<sup>26</sup>. Estos contienen pautas dirigidas a garantizar la protección y el bienestar de los niños, niñas y adolescentes separados transitoriamente de sus madres y familias. Pese a los esfuerzos y objetivos presentados, el problema aún no está resuelto, debido a que la intervención psicosocial que se hace no subsana problemas relacionados con el encierro<sup>27</sup>.

La realidad carcelaria del último informe del INDH del año 2018, evidenció que solo existen 38 cárceles con secciones de mujeres o completamente de mujeres, lo que representa solo un 45,8 % de los 83 recintos penitenciarios cerrados. De ellas, 26 tienen secciones materno-infantiles actualmente en funcionamiento. No todas las cárceles con mujeres tienen espacios habilitados ni programas vigentes para mujeres con hijos viviendo con ellas o mujeres embarazadas. El problema que genera la ausencia de una política penitenciaria en torno a estos espacios es que estos deben instituirse una vez que

---

<sup>23</sup> CENTRO DE ESTUDIOS JUSTICIA Y SOCIEDAD UC, 2018.

<sup>24</sup> ESPINOZA, 2016, pp. 93-106.

<sup>25</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2013.

<sup>26</sup> UNICEF, 2011.

<sup>27</sup> MEDINA, 2017.

llega una mujer, y no previamente, existiendo una afectación a los derechos que esta, y eventualmente su hijo, puedan ejercer<sup>28</sup>.

Con el fin de subsanar este problema de encierro, países como España, el país de la Unión Europea con mayor índice de población reclusa, en donde el 85% de las reclusas son madres y la mayor parte de ellas, únicas cuidadoras de sus hijos<sup>29</sup>, ha optado, como un modelo híbrido entre las unidades dependientes y los módulos de madres, a través de la creación de Unidades Externas de Madres. Estas Unidades, desde el año 2011 garantizan una permanencia de los niños menores en el interior de los centros penitenciarios en espacios diseñados para sus necesidades, en un entorno “estimulante y seguro”. Esta iniciativa está bajo el alero de la normativa legal y es parte del “Plan de amortización y creación de centros Penitenciarios 2005” que permite a las mujeres hacer frente a su responsabilidad penal manteniendo en su compañía a sus hijos de corta edad. Así lo establece el Art. 38 de la Ley Orgánica General Penitenciaria de España.

Estas acciones responden a un doble objetivo: “Por un lado ayudar a las mujeres a superar aquellos déficits formativos, culturales y personales que de alguna manera puedan haber incidido en su actividad delictiva, a la vez que preparar su salida futura ante un mercado laboral competitivo. (...) Por otro, pretende mejorar su aptitud y capacidad como madres responsables con una formación integral compuesta por cursos, talleres y conferencias”<sup>30</sup>. Sin embargo, esta iniciativa generalmente está pensada para mujeres clasificadas en segundo grado, que se conoce como el régimen ordinario de privación de libertad<sup>31</sup>.

Este tipo de iniciativas significa un primer avance para el desarrollo cognitivo y social de las y los hijos de mujeres privadas de libertad. En Chile desde el año 2019 existe un proyecto de Ley para Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad, elaborado en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de

---

<sup>28</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, 2018.

<sup>29</sup> AGUIRRE, 2017.

<sup>30</sup> MINISTERIO DEL INTERIOR, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA. GOBIERNO DE ESPAÑA, 2011.

<sup>31</sup> GEA, 2016, p. 293.

ejecución de la sentencia<sup>32</sup>. Este proyecto tiene como fin establecer beneficios similares a los que existen en varios de países de Latinoamérica con respecto a casos de improcedencia de la prisión preventiva para evitar la criminalización en una etapa previa, pues “Al no atender a las circunstancias específicas (relación con el niño o niña; delito cometido) se pueden provocar situaciones en que el régimen especial podría no tener justificación”.

Por ejemplo, la Ley N°1.970 Código Procesal Penal (en adelante CPP), vigente desde 2000 en Bolivia, establece que “Se deben aplicar medidas alternativas, de no haberlas, procede la prisión preventiva”. Nicaragua en su Ley N°406 CPP, vigente desde 2002, señala que “puede sustituirse por prisión domiciliaria”. Paraguay en la Ley N°286/98 CPP, en vigencia desde 2000, dice que: “Si es imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretará el arresto domiciliario”. A su vez Colombia en la Ley N°906 CPP 2004, vigente desde 2005, establece la “Detención en el lugar de residencia [y que deben] otorgarse los permisos necesarios para los controles médicos de rigor”. Por último, la República Dominicana en su Ley N°76-02 CPP 2002, vigente desde 2004 señala que en este tipo de casos “No procede la prisión preventiva”. Priorizar medidas alternativas a la prisión sería una gran medida para subsanar la criminalización actual que existe hacia las mujeres<sup>33</sup>.

#### **IV. Tráfico de pequeñas cantidades de cannabis y su indeterminación**

Como segundo punto relevante en materia de Derecho Comparado está el problema respecto al tráfico de pequeñas cantidades de cannabis y su indeterminación de la pena en nuestro ordenamiento jurídico. A diferencia de Uruguay, el único país en Latinoamérica que ha creado un mercado legal de marihuana, este sistema regulatorio no comercial se basa en la liberalización controlada del cannabis. Una forma de regularización fuera del paradigma imperante en nuestro país.

En Chile el 70 % por ciento de las más de 85 mil detenciones del año 2012 y 2013 (72,8%) fueron por consumo, porte y cultivo de cannabis, aunque el porte es la causa principal

---

<sup>32</sup> Asesoría Técnica Parlamentaria de la Comisión de Derechos Humanos Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, Boletín N°11073-07, 2019.

<sup>33</sup> Ídem, p. 9

(54,4 %) <sup>34</sup>. Los resultados de la Ley N°20.000 hablan de una herramienta que ha mostrado “eficiencia” al detener principalmente a usuarios y vendedores minoritarios, pero no a los grandes traficantes. Debido a las interpretaciones de la policía y de los jueces, muchas situaciones de cultivo, porte o tenencia de sustancias que son para consumo personal son vistas como actos preparatorios al tráfico, abriendo la puerta a la arbitrariedad de los operadores jurídicos que ha puesto tras las rejas a personas acusadas como traficantes, al tener la atribución de decidir —por ejemplo— si la “calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no (les) permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo” personal o que la cantidad, sea la que sea, puede hacer de un consumidor un traficante.

La Ley 20.000 introduce la figura legal de “microtráfico” como figura privilegiada de la de tráfico, en sentido amplio y estricto, de su art. 3º, atendida la “pequeña cantidad” de las sustancias en que recaer <sup>35</sup>. Esta ley contempla penas para el tráfico que van de cinco años y un día hasta 15 años de cárcel, y establece las penas para el microtráfico que van de los 541 días hasta cinco años de prisión. Otra modificación importante que introduce la ley es que posibilita a la policía trabajar como agentes encubiertos <sup>36</sup>.

## **1. El modelo de regulación de cannabis en Uruguay**

Chile y Uruguay tenían leyes similares en la década del 70'. En Chile en 1973, se dictó la Ley N°17.934, que castigaba duramente las conductas asociadas a las drogas, a través de la justicia penal, regulándose por primera vez, todo lo relativo al tráfico de estupefacientes en un solo cuerpo legal fuera del Código Penal. En Uruguay a su vez en 1974 se dictó la Ley N°14.294 que regulaba la comercialización y establecía medidas contra el comercio de las drogas, señalando en su art. 1 que se enmarcaba a la “Convención Única de Nueva York de 1961, ratificada por la ley 14.222” y que “Quedan prohibidos la plantación y el cultivo de cualquier planta de la que puedan extraerse sustancias que determinen dependencia física o síquica”.

---

<sup>34</sup> VERGARA, 2014, p. 43.

<sup>35</sup> MATUS, 2005.

<sup>36</sup> Guía básica, Instituto Transnacional (TNI), 2012.

En Chile a su vez en 1985, se dictó la Ley N°18.403, la cual amplía aún más el espectro de conductas asociadas al tráfico ilícito de estupefacientes, introduciendo los delitos de siembra y cultivo ilegal de especies vegetales productoras de sustancias sicotrópicas. Es con la llegada de la Ley N°19.366 el año 1995, que la figura del tráfico ilícito de estupefacientes toma la forma de lo que conocemos el día de hoy. Esta ley fue la primera en regular el delito de manera exhaustiva, pretendiendo abordar todas y cada una de las etapas del llamado ciclo de la droga, o ciclo de la producción y tráfico, esto es, “todos los actos destinados a poner indebidamente a disposición del consumidor final sustancias sicotrópicas o estupefacientes”<sup>37</sup>.

A diferencia de lo que ocurrió en Chile, Uruguay se apartó de la política prohibicionista por abogadas como Adela Reta<sup>38</sup>, quien pese a la dictadura que vivía en su país (similar al proceso político que vivía Chile) defendió la planta del cannabis. Esto llevó a que en 1998 se dictara la Ley N°17.016 que “operó como una clara despenalización”, bajando los mínimos de las penas. Esta normativa, cambió un importante concepto de una “cantidad mínima” a una “cantidad razonable” pretendió adecuar la cantidad de droga incautada a la frecuencia en el consumo del usuario. Sin embargo, la “cantidad razonable” debía ser interpretada por el magistrado en el marco de su “convicción moral”, lo que otorga un grado de discrecionalidad importante<sup>39</sup>. Problema, que como vemos, es muy similar a lo que sigue sucediendo en Chile.

En Uruguay el 20 de diciembre del año 2013 fue promulgada la Ley N°19.172, derogando a su vez a la Ley N°17.016. Estableciendo así un marco jurídico dirigido al control y regulación por parte del Estado de la importación, exportación, plantación, cultivo, cosecha y producción, adquisición, almacenamiento, comercialización, distribución y uso de cannabis y sus derivados, cuyo fin es proteger, promover y mejorar la salud de la población, minimizando, reduciendo los daños del uso en las consecuencias sanitarias, sociales y económicas con incidencia en el narcotráfico y crimen organizado. En resumen, dicha ley regula el consumo, compra y venta de cannabis en sus diferentes usos<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> SANTIDRIAN, 2018.

<sup>38</sup> Actas de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, Uruguay, 1987-1989.

<sup>39</sup> GARAT, 2013, p. 70.

<sup>40</sup> SILVA, 2017, p. 22.

Esta ley fue promulgada al considerar que las políticas criminales de persecución penal no pudieron detener la intención de las personas por cultivar. Como fue el Caso Alicia Castilla, investigadora argentina-española de 66 años detenida el 30 de enero de 2011 por haberse hallado en su casa 29 plantas de marihuana<sup>41</sup>. La estrategia de la Junta Nacional de Drogas para el periodo 2011-2015, se desmarcaba del paradigma del prohibicionismo haciendo hincapié en aspectos de salud, derechos humanos y combate al tráfico.

Actualmente Uruguay cuenta con tres vías o formas de adquirir cannabis, estas vías están reguladas y controladas por el Estado, por eso se habla de un modelo intervencionista. La Ley N°19.172 en su artículo 18° ordena la creación del Instituto de Regulación y Control del Cannabis (IRCCA) este tiene como finalidad: “Regular actividades relacionadas con el cannabis, promover y proponer acciones tendientes a reducir los riesgos y los daños relacionadas con el consumo y por último fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la ley<sup>42</sup>”.

## **2. Un nuevo modelo de regularización no prohibicionista**

Los sistemas regulatorios de cannabis desde una perspectiva político criminal, se basan en el conjunto de respuestas que políticas, sociales y penales implementadas por los Estados con la finalidad de prevenir y no castigar la criminalidad<sup>43</sup>. En este caso el denominado “modelo intervencionista de” Uruguay es una alternativa efectiva al modelo prohibicionista imperante. En Chile, la alternativa de un sistema regulatorio no comercial como el de Uruguay significaría cambiar la concepción actual del delito, por una noción participativa, a través del consumo responsable de las y los ciudadanos.

Si bien el prohibicionismo, que trae aparejado el punitivismo, sigue siendo el modelo dominante en el mundo —y en nuestro país— durante los últimos años se ha hecho evidente su ineficiencia para controlar el consumo y el tráfico de estupefacientes. Incluso aumentando la severidad de las penas y la rigurosidad de la persecución penal, ningún Estado ha logrado acabar con el “problema de las drogas”.

---

<sup>41</sup> GARAT, 2015, p. 33.

<sup>42</sup> Ley N°19.172 de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana, Uruguay.

<sup>43</sup> ZÚÑIGA, 2001, p. 22.

En los últimos años, han comenzado a erigirse voces que abogan por un modelo de reducción de daños, el cual propone tratar el consumo de drogas como una cuestión de salud pública, y no como un asunto legal. La solución al problema, según esta política, no va de la mano con el endurecimiento del castigo, sino con cambiar la perspectiva hacia técnicas de prevención, tratamiento y rehabilitación, para no marginar o estigmatizar a los consumidores mediante sanciones penales por su drogodependencia<sup>44</sup>.

Desde una perspectiva político criminal, actualmente el desarrollo de penas privativas de libertad es insostenible, una gran crítica del sistema actual es la profesora María Horvitz quien recrimina las condiciones inhumanas de encarcelamiento, sobre todo en países como el nuestro —dentro de las regiones menos desarrolladas del mundo— y señala “los efectos criminógenos y desocializadores de su ejecución tras un cierto lapso han conducido, a partir de la segunda mitad del siglo XX, a que la pena privativa de libertad se sienta en el banquillo de las sanciones consideradas inhumanas y degradantes”<sup>45</sup>.

La función de la pena es ampliamente cuestionable, sobre todo como solución al problema o situación actual que representan las drogas, esto se vuelve aún más problemático tomando en consideración las cifras expuestas en relación con población reclusa femenina condenada en materia de estupefacientes. Urge un sistema regulatorio que contemple modelos controlados de distribución de ciertas sustancias, tomando en consideración que la cárcel no ha sido una solución en los últimos 100 años. La profesora Villegas puntualiza sobre el “ascenso del modelo neoliberal del castigo, (que ha) asentado en principios individualistas de racionalismo económico y moral, y su concepción de la cárcel, ya sin ambages, como un espacio de abierta neutralización y segregación”<sup>46</sup>.

Algunos autores críticos al modelo punitivista van incluso más allá, como el caso del profesor Eugenio Zaffaroni quien producto de la pandemia, ha acrecentado su crítica incluso a la ciencia jurídico penal dominante en nuestra región. Señalando que existe una “esquizofrenia normativista privada de todo dato de realidad” producto de que las ciencias penales se han dedicado a importar discursos. El profesor prosigue diciendo que los jueces no nacen de manera espontánea o de una incubadora, sino son formados en las

---

<sup>44</sup> ALVARADO, 2018.

<sup>45</sup> HORVITZ, 2018, p. 936.

<sup>46</sup> Idem, p. 939.



universidades y academias “Los formamos nosotros (...) ¿Qué es lo que estamos enseñando? ¿Qué es lo que estamos reproduciendo? Teoría jurídico penal que, a través de teorías del conocimiento limitativas, impiden la introducción de datos de realidad. Quizás debemos asumir la parte de responsabilidad que nos incumbe en todo eso”<sup>47</sup>.

Por último, quiero señalar que una reducción efectiva del daño se logra con un cambio de paradigma e intervención integral, no basta un sistema criminalizador. En palabras de Eleuterio Fernández “A la droga hay que combatirla de la manera que es efectiva, con racionalidad. Hay que tratar al consumidor problemático dentro de la salud, no como un criminal, no hay que meterlo preso. Y a las mulas menores tampoco. Hay que combatir el narcotráfico y sacarles el mercado”<sup>48</sup>.

## **V. Conclusión**

A partir de diversos análisis puedo concluir que la doctrina nacional no ha profundizado en el sentido y función de las penas privativas de libertad. Actualmente es necesaria una reformulación y crítica severa hacia la falta de regulación legal efectiva en materia de drogas. Esto se evidencia en la desprotección jurídica, en términos de falta de seguridad jurídica sobre las penas y nulo acompañamiento integrativo que sufren las condenadas a penas de encierro, quienes tienen un tratamiento parcializado que no considera la perspectiva de género al momento de ser juzgadas.

Esta falta de enfoque de género se evidencia en la nula integración a sus entornos familiares, lo que provoca efectos criminógenos negativos. Pues se suele fomentar el comportamiento violento de las mujeres al no considerar su reintegración social y el de sus hijos al privarles de su figura materna, clave para su desarrollo humano.

La privación de libertad en materia de drogas solo ha generado un aumento del ciclo de la delincuencia por los factores anteriormente enunciados y en ningún caso ha disminuido el consumo o disminución de ventas de sustancias.

---

<sup>47</sup> ZAFFARONI, 2020, p. 33.

<sup>48</sup> FERNÁNDEZ, 2012.

Es fundamental comprender el contexto histórico y social en el que se encuentra Chile, como uno de los países donde más se consume sustancias como el cannabis, además de la región en la que se encuentra, siendo Latinoamérica uno de los lugares subdesarrollados o en vías de desarrollo más devastados por la “guerra contra las drogas”.

Para esto, deben mejorarse las estrategias públicas e, incluso, experimentar con regulaciones legales de cierto tipo de drogas, por ejemplo, con las denominadas comúnmente como “drogas blandas”. Estas sustancias naturales, como la planta de cannabis, pueden ser reguladas con ejemplos exitosos como el modelo uruguayo. El énfasis debe estar puesto en disminuir los daños asociados al consumo de drogas.

Llegar al fondo de la ley desde una perspectiva feminista en un contexto punitivo, supone un cambio de la perspectiva legal en miras de una efectividad en las políticas criminales pasar de un paradigma prohibicionista a uno de regularización efectiva y con perspectiva de género que contemple la multiplicidad de contextos o ambientes sociales.

Esta perspectiva solo es posible si se considera cada situación desde una perspectiva basada en la interseccionalidad o consideración de las diversas realidades que pueden presentar las mujeres, como por ejemplo su etnia, orientación sexual, discapacidad, origen social, situación económica o cualquier contexto de vulnerabilidad o discriminación que debe ser tomado en cuenta al momento de ingresar al sistema penal. El cambio de paradigma en materia de drogas será con perspectiva feminista o no será.

### **Bibliografía citada**

Aguirre, Ana María & Boix, María Teresa, 2017: “La Infancia entre Rejas” *Revista de Educación Inclusiva* Vol. 10 Núm. 1 Pág. 31-44. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6049228>

Alvarado Cabrales, Francisca, 2018: *Análisis crítico de la Política Criminal de Guerra contra las Drogas y su expresión en la Ley N°20.000*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153099/An%C3%A1lisis->

[cr%C3%ADtico-de-la-pol%C3%ADtica-criminal-de-guerra-contra-las-drogas-y-su-expresi%C3%B3n-en-la-Ley-No.-20.000.pdf?sequence=1&isAllowed=y](#)

Ariza, Libardo, diciembre 2017: “Mujer, crimen y castigo penitenciario”, *Revista Política. Criminal*. Vol. 12, N° 24.

Biblioteca del Congreso nacional de Chile, 2019. Boletín N°11073-07.

Botto, Enzo, 2012: *Madres privadas de libertad. Derecho al cuidado personal de los hijos y programa de residencias transitorias*. Tesina correspondiente a la carrera de Derecho. Disponible en <https://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/7034/DERBotto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Briseño-López, Manuel, 2006: “Garantizando los derechos humanos de las mujeres en prisión”. México, Instituto Nacional de las Mujeres. Disponible en [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/100793.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100793.pdf)

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2014:” El impacto de la política de drogas en los Derechos Humanos. La experiencia del continente americano”. Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/El-impacto-de-laspoliticad-de-drogas-en-los-derechos-humanos.-La-experienciadel-continente-americano..pdf>

Cooper Mayr, Doris, 2013: “Criminología y Delincuencia Femenina” *Lom Ediciones Ltda*.

Escohotado, Antonio, 1986: “La creación del problema.1900-1929” *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 34. Disponible en [http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_034\\_04.pdf](http://www.reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_034_04.pdf)

Espinoza, Olga, 2016: “Mujeres privadas de libertad ¿es posible su reinserción?” *Caderno CRH* 29. Disponible en <https://doi.org/10.1590/S0103-49792016000400007>

Garat, Guillermo, 2013: “Un siglo de políticas de drogas en Uruguay”  
<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/uruguay/10001.pdf>

Garat, Guillermo, 2015: *El camino: cómo se reguló el cannabis en Uruguay según sus actores políticos y sociales*. Montevideo, Uruguay. Manosanta desarrollo Editorial.

Gea, María, 2016: “Maternidad en prisión situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena”. *Papers Revista de Sociología*, Vol. 102. Disponible en <http://dx.doi.org/10.5565/rev/papers.2339>

Gendarmería de Chile, Subdirección Técnica “Boletín Estadístico 127”. Disponible en [https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/n127ene\\_etnia2019.pdf](https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estadisticas/n127ene_etnia2019.pdf)

Gendarmería de Chile, Asesoría en políticas de género, Unidad de estudios en Criminología e innovación penitenciaria. “Informe de prevalencia de violencia de género en la población penal femenina de Chile”. Disponible en <https://html.gendarmeria.gob.cl/doc/vgenero.pdf>

Hincapié-García, A., & Escobar-García, B, 2017: “El encierro del cuerpo. Lecturas en torno a la maternidad en la prisión”. *Revista CES-Psicología*, Volumen 11. Disponible en <http://dx.doi.org/10.21615/>

Horvitz, María Inés 2018: “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”. *Polít. crim.* Vol. 13, N° 26 Art. 7, pp. 904-951. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_26/Vol13N26A7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_26/Vol13N26A7.pdf)

Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013. Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile 2011 - 2012: Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2018. Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos.

Margotta, P., Rivera, L., Roa Infante, J., 2018: “Informe final de Investigación: Chile - Niños y niñas con madres y padres encarcelados por delitos de drogas menores no violentos.” de *Church World Service (CWS)* Como parte del proyecto Niñez que cuenta: El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe. Disponible en <http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/PDD-Chile.pdf>

Matus, Jean, 2005: “Informe acerca de algunos aspectos que se han mostrado problemáticos en la aplicación práctica de la Ley N° 20.000”. *Ius et Praxis*. Disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200011>

Medina, Paola, 2017: *Maternidad y lactancia en la cárcel: análisis desde la etnografía institucional*. Tesis para optar al grado de magister en gestión y políticas públicas. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/149763/Maternidad-y-lactancia-en-la-carcel-Analisis-desde-la-etnografia-institucional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Muñoz, Jimena, 2001: *Nuevas tendencias en criminalidad femenina, etiología del delito tráfico de drogas*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107245/demu%c3%b1oz\\_j.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107245/demu%c3%b1oz_j.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Pérez-Luco, Ricardo, 2019: “Desistimiento delictual en mujeres chilenas que han estado privadas de libertad”. *Revista Criminalidad*, 59-78. Disponible en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1794-31082019000200059&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082019000200059&lng=en&tlng=es)

Sanhueza, G., Brander, F., y Reiser, L., 2019: “Encarcelamiento femenino en Chile Calidad de vida penitenciaria y necesidades de intervención” *Revista de Ciencias Sociales*, DS-FCS, vol. 32, n.º 45. Disponible en <http://dx.doi.org/10.26489/rvs.v32i45.5>

Santidrian, Daniela, 2018: “Análisis criminológico del delito de microtráfico de marihuana bajo un paradigma multivectorial integrativo” Memoria para optar al grado de

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/150842>

Silva, Diego, 2017: “Cambios a la normativa penal introducidos por la Ley de Regulación y Control del Mercado de la Marihuana aprobada en Uruguay” *Revista Nuevo Foro Penal* Vol. 13, No. 88. Universidad EAFIT, Medellín. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6074008>

Vergara, Eduardo, 2014: “Victimización, detenciones y políticas de drogas en Chile” en Ley N°20.000 y Debate sobre drogas, *Revista 93, N°10*. Defensoría Penal Pública, año 6, Santiago de Chile. Disponible en [http://www.dpp.cl/pag/203/437/revista\\_93\\_n10](http://www.dpp.cl/pag/203/437/revista_93_n10)

Villegas Diaz, Myrna, 2021: *Criminología Feminista*. Santiago, LOM Ediciones.

Vivanco, Manuel, 2015: *Crítica a la moral conservadora. Aborto, eutanasia, drogas, matrimonio igualitario*. Santiago, LOM Ediciones.

Von Dem Bussche, Maria, 2015: *Mujeres privadas de libertad: estándares nacionales e internacionales. Políticas de género en materia penitenciaria*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/137454/Mujeres-privadas-de-libertad.pdf?sequence=1>

Zaffaroni, Raúl, 2020: *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Sociedad Anónima, Editora Comercial, Industrial y Financiera Tucumán, Buenos Aires, Argentina.

Zúñiga Rodríguez, Laura, 2001: “Introducción a la Política Criminal” *Política Criminal*. Edit. COLEX. Madrid, España.

## **Jurisprudencia**

Segunda sala de la Corte Suprema, con fecha 19 de enero de 2016, rol N°35557-15.