

La afectación a los DESCAs de las mujeres y la criminalización por delitos de drogas. Un análisis a la luz del caso B.A.R de la Cámara Federal de Casación Penal*

Regina Soledad Santinelli**

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo establecer qué relación existe entre la afectación a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de las mujeres y su criminalización por delitos de drogas en Argentina. Luego, a través de una sentencia judicial de la Cámara Federal de Casación Penal del año 2023, se analizará cuáles son las diferentes respuestas que el sistema judicial brindó en el caso concreto. En este marco, se pondrá de relieve la importancia de que la dogmática penal y la teoría del delito recepten los mandatos internacionales y constitucionales de no discriminación e igualdad en casos de mujeres imputadas.

Palabras claves: Derecho penal - encarcelamiento de mujeres - igualdad y no discriminación - política de drogas - justicia

Summary

The objective of this paper is to establish the relationship between the impact on women's Economic, Social, Cultural and Environmental Rights and their criminalization for drug crimes in Argentina. Then, through a court ruling of the Federal Court of Criminal Cassation in 2023, the different responses that the judicial system provided in the specific case will be analyzed. In this framework, the importance of penal dogma and the theory of crime accepting international and constitutional mandates of non-discrimination and equality in cases of accused women will be highlighted.

Keywords: Criminal law - imprisonment of women - equality and non-discrimination - drug policy - justice

* Recibido el 28 de febrero de 2024. Aceptado el 19 de junio de 2024.

** Abogada y profesora de Ciencias Jurídicas (UBA). Especialista en derecho penal (UBA). Trabajadora del Ministerio Público de la Defensa, CABA, Argentina. Contacto: santinelliregina@gmail.com

Resumo

O objetivo deste artigo é estabelecer a relação entre o impacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais das mulheres e sua criminalização por crimes relacionados às drogas na Argentina. Em seguida, por meio de decisão judicial da Justiça Federal de Cassação Criminal em 2023, serão analisadas as diferentes respostas que o sistema judiciário proporcionou no caso concreto. Nesse quadro, destaca-se a importância do dogma penal e da teoria do crime que aceitam os mandatos internacionais e constitucionais de não discriminação e igualdade nos casos de mulheres acusadas.

Palavras-chave: Direito Penal - prisão de mulheres - igualdade e não discriminação - política de drogas - justiça

1. Introducción

En este artículo se analizará qué relación existe entre la afectación a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) de las mujeres en Argentina y su criminalización por delitos de drogas.

La criminalización de mujeres¹ por delitos relacionados con estupefacientes es un fenómeno a nivel mundial en ascenso ininterrumpido desde la década de los noventa. A escala internacional la población penitenciaria femenina ha crecido a una tasa superior que la población masculina, pese a que sigue representando una minoría (Giacomello 2013: 1).

En la mayoría de los países de América, los delitos de drogas constituyen una de las cinco principales causas del encarcelamiento femenino, siendo que cerca del 46% de las mujeres detenidas están encarceladas por este tipo de actividad delictiva (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2023:26).

Estos datos no escapan a la realidad argentina: el principal porcentaje de las mujeres privadas de su libertad están procesadas o condenadas por delitos de drogas, tipificados en la Ley N° 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes (CELS, MPD, PPN, 2011: 30; Cornell Law School 2013: 18; WOLA et al., 2016: 18).

Como podemos observar en el gráfico 1, en el año 2022 en Argentina, de un total de 4.256 mujeres privadas de su libertad, el 36,2% lo estuvo por infracción a la ley N° 23.737.

En la gran mayoría de estos casos, la afectación a los DESCAs de las mujeres se configura como el motivo por el cuál terminan criminalizadas por este tipo de delitos. A pesar de los compromisos internacionales, el Estado no logra dar respuestas preventivas que tiendan a reducir los índices de encarcelamiento por delitos vinculados a los estupefacientes y así promover una vida dónde transportar droga o venderla al menudeo no sea la única opción posible de miles de mujeres a lo largo y ancho del país.

Particularmente, en función de lo establecido en el artículo 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), el Estado Argentino se encuentra obligado a tomar todas las medidas apropiadas, para

¹En el presente trabajo se profundizará únicamente en torno a las mujeres cis. Por una cuestión metodológica no se trabajará sobre personas del colectivo LGBTTIQ+, sin embargo ello no implica desconocer que la criminalización por delitos de drogas, también recae fuertemente sobre mujeres travesti trans.

asegurar el pleno desarrollo y adelanto de las mujeres, en miras de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones.

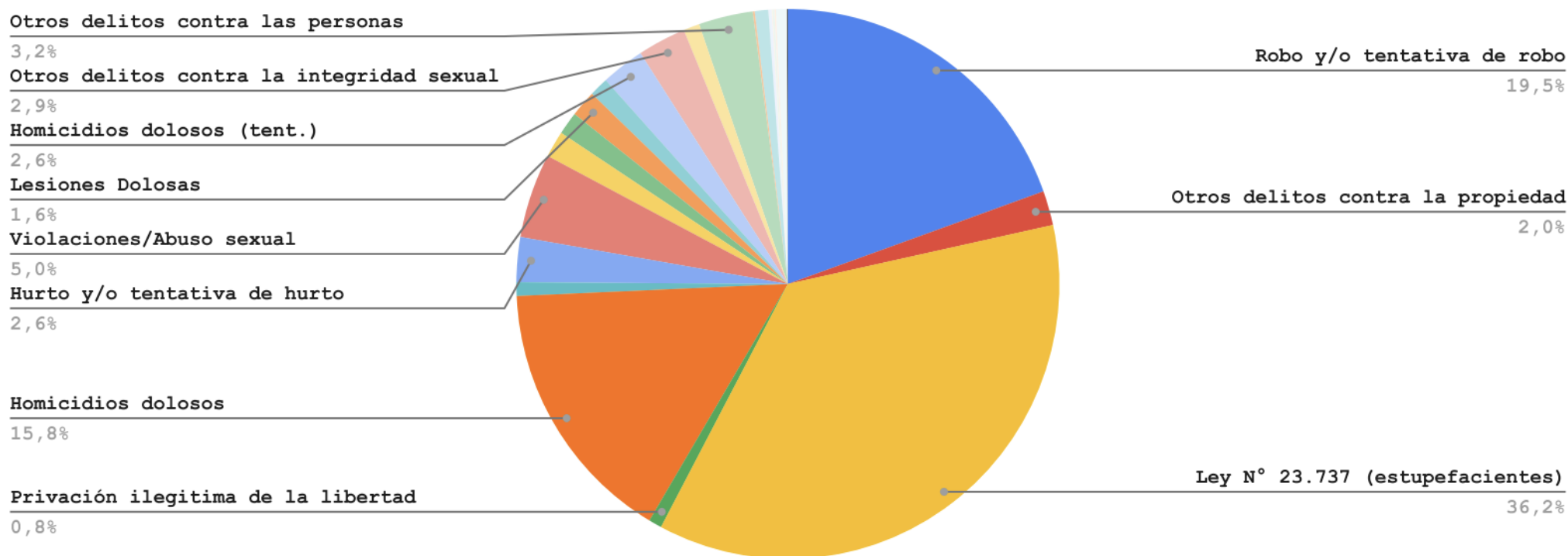
Por otro lado, de conformidad con el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (PIDESC) es también una obligación internacional, en sus artículos 2 y 3, el Estado Argentino tiene la obligación de adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho pacto. Asimismo, los derechos allí consagrados deben ser garantizados sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Analizaremos, a la luz de la resolución B.A.R.², cuáles son algunas de las posibles alternativas dogmáticas ante este tipo de conflictos penales que receptan los principios de igualdad y no discriminación y en consecuencia pueden configurar un límite al castigo penal desmedido.

² CFCP, registro Nº 21/2023. Legajo Judicial FSA 9861/2022/9 “R., B. A. s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”. 05/04/2023.

Gráfico 1: *Porcentaje de mujeres condenadas por cada tipo de delito - año 2022.*

Porcentaje de mujeres condenadas por tipo de delito - 2022



Nota: El gráfico fue elaborada sobre la base de datos del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la pena (SNEEP) disponible en <https://www2.jus.gov.ar/dnpc/sneep.html>

2. Rol del estado

En la vida de las mujeres criminalizadas por delitos de drogas, el Estado se presenta primero desde su faz punitiva, mediante el castigo penal, sin haberse intervenido previamente desde su rol social para garantizar los DESCAs y por ende desde una función preventiva de la comisión de delitos.

2.1. El Estado como garante de derechos

En términos generales, la afectación a los DESCAs, por parte del Estado, puede darse por acción, por insuficiencia o por regresión.

En el primero de los casos, el Estado tiene una obligación de no intervención por ende las violaciones provienen de acciones de por parte de éste que vulneran los derechos. Mientras que, en el segundo supuesto de insuficiencia, el obligado, en este caso el Estado, tiene una función de derecho de prestación, lo que genera obligaciones que consisten en un hacer. En caso de que nada se haya hecho, la obligación comprende un empezar a hacer adecuado, en cambio en aquellos supuestos dónde afirmativamente hubo intervención, la obligación existente constituirá, por lo pronto, en mejorar la situación de la forma más rápida y expedita posible hacia el pleno disfrute de los DESCAs. En suma, aparece aquí la afectación por regresión arbitraria, cuando sobre derechos fundamentales ganados, surge una interrupción, por parte del Estado que produce afectación (Clérico 2018).

En casos como los que aquí nos ocupan, nos encontramos, principalmente ante el segundo supuesto, esto es una violación por insuficiencia. A la hora de analizar esta afectación debemos contemplar que está transversalmente condicionada por la desigualdad de género, intrínseca a una sociedad hetero-cis-patriarcal. A saber, existe una relación dialéctica entre sí, toda vez que hay un impacto diferenciado del incumplimiento de los DESCAs en las mujeres respecto de los varones.

Concretamente la responsabilidad por parte del Estado se traduce en ausencia de legislaciones y políticas públicas efectivas que, acompañadas del máximo de sus esfuerzos presupuestarios³, busquen erradicar la feminización de la pobreza⁴, incrementar

³ El artículo 2 del PIDESC establece que los Estados que forman parte de dicho pacto se comprometen a ejecutar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga y así lograr de forma progresiva la plena efectividad de los derechos allí reconocidos.

⁴ En Argentina, conforme el informe “Igualar” del año 2022 elaborado por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad las mujeres están sobrerrepresentadas en los deciles de menores ingresos. Al

la escolarización de niñas y adolescentes, reducir los embarazos adolescentes, erradicar la brecha salarial, combatir la precarización laboral, promover un reconocimiento de las tareas de cuidado y crianza, entre otros.

En estos contextos, dónde los DESCA se ven afectados por insuficiencia, muchas mujeres encuentran como único margen de adaptación/supervivencia, a las actividades vinculadas con transportar o vender en pequeñas escalas material estupefaciente. En consecuencia, el Estado que desatendiendo obligaciones internacionales y constitucionales, produjo injusticias sociales o bien no pudo revertirlas, es el mismo Estado que castiga penalmente a las mujeres por haber infringido delitos previstos en la Ley N° 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes o en la Ley N° 22.415, Código Aduanero que prohíbe el contrabando de estupefacientes.

En ese horizonte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho:

Las reducidas oportunidades económicas y educativas que enfrentan las mujeres como resultado de la discriminación y exclusión laboral, con frecuencia derivan en situaciones de pobreza, mismo que representa uno de los principales factores que provoca el involucramiento de mujeres con los delitos y su posterior encarcelamiento. (Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2023:27).

No resulta casual entonces, que tanto la tasa de criminalización (por delitos de drogas) como las tasas de empobrecimiento de las mujeres, estén en constante ascenso en nuestro país y en la región.

Para una mayor precisión, las situaciones laborales precarias, inestables, informales y con una remuneración mínima, son los principales motivos que surgen a la hora de explicar por qué estas mujeres se han involucrado en los delitos de drogas (Vissicchio y Pawlowicz, 2022: 66). A saber, la afectación al derecho al trabajo que asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias (artículos 6 y 7.II PIDESC) es un factor relevante en el involucramiento de las mujeres en este tipo de actividades ilegales.

Ello, combinado con la presión de criar solas, de ser las únicas responsables de las tareas domésticas y de proveer un ingreso económico a dichos núcleos familiares -

analizar el decil de menores ingresos observamos que está compuesto casi en un 64% por mujeres, mientras que en cambio ellas son minoría en el decil de mayores ingresos (36%).
https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/08/informe-desigualdad_en_el_trabajo-igualar-segundo_trimestre_2022.pdf

hogares monomarentales- produce que este tipo de actividades ilegales sean altamente atractivas, pues les permite seguir cumpliendo aquellos roles asignados como consecuencia de la división sexual del trabajo y los roles de género, mientras que logran alcanzar ingresos dinerarios imposibles de conseguir por otros medios.

Por supuesto que la afectación al derecho al trabajo, acarrea una gran cantidad de vulneraciones, tal es así cómo el derecho a la vivienda, vestimenta y salud tanto físico como mental (artículo 11.1 y 12.1 PIDESC) también se ven en peligro. Por otro lado, la falta de un ingreso estable y/o la carga de criar conlleva a que el derecho a la educación también se vea fuertemente afectado a la hora de abandonar sus estudios (art. 13 PIDESC).

En consecuencia, cuando estos derechos se ven afectados y no hay una respuesta Estatal que, por lo menos, intente subsanar el daño generado, las organizaciones criminales son quienes les ofrecen atajos a las mujeres para conseguir un sustento económico.

2.2. Estado como agente de persecución penal y de castigo.

En el marco de lo que se conoce como la “guerra contra las drogas”, Estados Unidos presionó a los países de Latinoamérica para que avancen en el *combate* de los delitos relacionados con estupefacientes. En ese contexto, Argentina adoptó leyes con dichos fines, sin embargo, la persecución penal no ha alcanzado, bajo ningún punto de vista, a las esferas más altas de las organizaciones narco-criminales.

Los efectos de estas políticas criminales se centran desproporcionadamente en los eslabones más bajos de dichas organizaciones, dónde varones y mujeres cumplen roles totalmente fungibles, es decir: en los momentos en los que son detenidos/as por estar transportando o vendiendo al menudeo el material estupefaciente, rápidamente son reemplazados/as por otras personas, para que el negocio siga funcionando. Precisamente, en la cadena del tráfico de estupefacientes, las mujeres se desempeñan con frecuencia en el último eslabón como “mulas”, transportando drogas entre sus pertenencias o en sus cuerpos (Cornell Law School 2013: 7) o como cultivadoras, recolectoras, vendedoras al menudeo, correos humanos (mulas) e introductoras de drogas en establecimientos penitenciarios (Giacomello, 2013:2).

El bajo nivel de participación de la actividad ilícita y la ausencia de violencia en la comisión de estos delitos, no son factores que se valoren a la hora de su enjuiciamiento. Por lo contrario, muchas veces estos procesos penales se convierten en el *chivo expiatorio* de la política criminal, pues la burocracia judicial que solo gestiona papeles invierte tiempo y dinero únicamente en criminalizar a aquellos eslabones fungibles y no a quienes se benefician económicamente del narcotráfico y de la violencia.

Precisamente este poder punitivo recae principalmente sobre aquel universo de mujeres que encuentran en el pequeño transporte o menudeo la única opción de adaptación. Ello se agrava aún más en aquellos casos de mujeres migrantes con hijxs, quienes se encuentran en Argentina lejos de sus núcleos familiares y de sus redes de contención. Tal es así que, el 51% de las mujeres extranjeras presas en Argentina, se encuentran detenidas por delitos de drogas. La variable de la situación migratoria, expone a las mujeres en mayor medida a cometer este tipo de infracciones penales⁵

Asimismo, es dable destacar que, la gran mayoría de las mujeres privadas de su libertad han sido víctimas de violencia de género, siendo esto un factor al que no se le debe restar importancia a la hora de analizar sus vivencias y conductas⁶. Si bien no es un punto de análisis de este trabajo, existe un vínculo estrecho entre la violencia contra las mujeres y su privación de libertad, tanto en Argentina como en el resto del mundo. Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) reconocen que el número de mujeres privadas de su libertad que han sido víctimas de violencia en el hogar es desproporcionado (Cornell Law School 2013:8).

En resumen, estas mujeres, en la gran mayoría de casos sin antecedentes penales⁷, como mencioné anteriormente se encuentran inmersas en escenarios de desempleo, criando hijxs solas y sin acceso a una vivienda digna o bajo el inminente

⁵Procuración Penitenciaria de la Nación Informe Anual 2022 : la situación de los Derechos Humanos en las Cárceles Federales de la Argentina / 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Procuración Penitenciaria de la Nación, página 29.

⁶ Para una mayor precisión, léase el informe 2021-2022 “Experiencias de violencias por motivos de género de mujeres y LGBTI+ en contextos de encierro” elaborado por el Ministerio de Justicia y DDHH y por el Ministerio de las mujeres, géneros y diversidad. Disponible en https://sinviolenciasdegenero.ar/wp-content/uploads/2024/01/informe_violencias_de_genero_en_contextos_encierro.pdf

⁷ Según el informe elaborado por el CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación en casos de mujeres privadas de su libertad, estamos ante una población penitenciaria primaria (es decir, sin experiencia previa en el sistema penal)

riesgo de perderla. Muchas de ellas, se encuentran en situaciones migratorias precarias y/o alejadas de sus familias.

Lo aquí expuesto, pone de manifiesto la imperiosa necesidad de que todos los poderes del Estado trabajen desde una perspectiva interseccional que contemple el entrecruzamiento de todas las variables que pueden generar condiciones de vulnerabilidad: clase, raza, nacionalidad, género, discapacidad, situación migratoria, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales⁸, entre otros.

En particular, los tribunales y los órganos acusatorios deben medir el impacto diferenciado que la afectación a los DESCAs tiene sobre estas mujeres imputadas. Ahora bien, no alcanza con solo invocar principios internacionales, sino que es menester que el análisis de las conductas, desde la teoría del delito, contemple estas perspectivas en cada uno de sus estadios. De lo contrario, se corre el riesgo de realizar valoraciones sesgadas, que no den cuenta de las reales problemáticas y causales por las que las mujeres cometen este tipo de delitos.

3. El caso B.A.R

En el año 2022, en el marco de un operativo de prevención, en un puesto fijo del Escuadrón de Gendarmería Nacional, en la provincia de Salta, Argentina, a B.A.R (iniciales de su nombre) le fueron hallados 1.056,6 gramos de cocaína, dentro su cartera, mientras viajaba en un “remis compartido”.

Al momento de los hechos, B.A.R tenía 21 años y era madre de tres hijos, de quienes se hacía cargo de su crianza en soledad, toda vez que los respectivos progenitores estaban ausentes y no poseía vínculo con otros familiares. Respecto de su trayectoria educativa, se desprende que no pudo culminar con el nivel primario de la escuela.

Respecto de su infancia, relató que fue víctima de abusos sexuales desde muy temprana edad. A sus 12 (doce) años fue víctima de violencia de género de tipo física y psicológica por parte de una pareja, quien era mucho más grande que ella. Luego, precisamente a sus 13 años de edad, tuvo a su primer hijo, con un hombre 25 años más

⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) 2015. Recomendación general Nº 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, parágrafo 8 y 9.

grande que ella. Aquí podemos identificar una serie de delitos, en donde B.A.R resultó damnificada desde muy temprana edad, principalmente un abuso sexual, fruto del cual nació su primer hijo.

Asimismo, manifestó que se vio obligada a ejercer la prostitución producto de haber sido expulsada de su hogar, durante la adolescencia, quedando así en situación de calle.

Al momento de ser detenida, B.A.R vivía con sus tres hijos en una vivienda cuyas condiciones eran de extrema precariedad, no contaban siquiera con un baño. De conformidad a lo que ella declaró, el motivo que la llevó a transportar material estupefaciente fue conseguir dinero para poder construir un baño para sus hijos y para ella.

De la historia de vida y contexto actual que aquí se describe, surge de forma palmaria la afectación a los DESCAs tanto de B.A.R como de sus hijos menores de edad. La ausencia de algo tan elemental como un baño, expone con manifiesta claridad que el derecho a la vivienda digna y a la salud, establecidos en el artículo 11.1 y 12.1 del PIDESC, se encontraban profundamente afectados.

Por otro lado, de la trayectoria de vida relatada, se desprende que desde que era una niña se vio sumergida en contextos donde no hubo un real acceso a derechos, ni donde tampoco fue especialmente protegida por su condición de niña y adolescente. La afectación a sus DESCAs, surge en todo el relato desde su infancia hasta sus cortos 22 años; nótese que ni el derecho a la educación, ni el derecho a un trabajo han sido garantizados en su vida.

En virtud de las actuaciones de la Gendarmería, se inició un procedimiento penal, dónde el ministerio público fiscal (MPF) interviniente, acusó a B.A.R de haber cometido el delito de transporte de estupefacientes, artículo 5° inciso “C” de la Ley N° 23.737. Este tipo penal está reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo, comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte;

En el marco del juicio, la defensa de B.A.R planteó que la construcción del baño para sus hijos era una necesidad básica inminente que permitiría dignificar la vida de sus

hijos y que el contexto de violencia, vulnerabilidad económica, la imposibilidad de acceder a trabajos formales generaron que no pueda elegir otro camino para así lograr superar sus necesidades económicas y construir el mencionado baño.

En ese sentido, solicitó la absolución de B.A.R en virtud de la aplicación del artículo 34 inciso 3 del Código Penal (CP), es decir por considerar que ella actuó justificada bajo un estado de necesidad justificante. Este filtro de la teoría del delito, a nivel de la antijuricidad, procede cuando una persona comete una conducta típica para evitar un mal mayor e inminente.

Según este planteo hubo dos bienes jurídicos en juego, uno fue la salud pública (bien jurídico tutelado por la ley N°23.737) y el otro la salud individual de B.A.R y sus hijos. Concretamente, a la salud pública, bien jurídico abstracto y de muy amplia tutela, se le contrapuso la necesidad humana básica de tener un baño. En esa línea, en el accionar de la imputada existió una ponderación de males (afectar la salud pública o afectar su salud y de sus hijos) y ésta optó por afectar el mal menor: salud pública.

Como respuesta a este planteo de la defensa, el MPF sostuvo que no existe una causal de justificación porque la construcción de un baño no parece un mal grave e inminente.

Vemos aquí cómo se realizó una valoración abstracta acompañada de que no contemplan las particularidades del caso, ni las perspectivas de género y derechos humanos correspondientes. La ausencia de un baño, es un mal permanente en la vida de cualquier persona y niño, que puede producir innumerables afecciones a la salud.

A la hora de resolver, la jueza de primera instancia, el día 25 de noviembre de 2022, condenó a B.A.R a la pena de 3 años de prisión en suspenso y le impuso 5 reglas de conducta, que analizaremos con posterioridad.

En primer lugar, es necesario observar por qué la jueza condenó a B.A.R a una pena de prisión de 3 años, cuando la escala penal prevista para el transporte de estupefacientes es de 4 a 15 años, superando el máximo de 3 años permitido para la aplicación de condenas condicionales, conforme lo previsto por el Código Penal Argentino, en su artículo 26, donde establece que en los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena.

A saber, la magistrada decidió *perforar* el mínimo de la escala penal de cuatro (4) a tres (3) años, dispuso así que B.A.R transcurra los 3 años de la condena en libertad. Para justificar esta decisión, la jueza valoró la vulnerabilidad que rodea el caso de B.A.R.

3.1. La valoración de la vulnerabilidad al momento de la determinación de la pena.

La postura adoptada por la jueza realiza una ponderación de la trayectoria de vida de B.A.R recién al momento de la determinación de la pena. Es decir, en primer lugar, confirma que la imputada fue penalmente responsable de la conducta reprochada y luego en la graduación de la pena⁹, ponderó lo probado respecto de la vulnerabilidad para así *perforar* el mínimo de la escala penal e imponer una condena condicional, o sea que su cumplimiento sea en libertad.

Concretamente, sostuvo que B.A.R *es una mujer que por su historia de vida es vulnerable, pero aquello no fue lo único que movilizó su proceder y por eso sostengo nuevamente que este aspecto debe ser analizado al momento de la determinación de la pena*¹⁰.

3.2. Sobre las pautas de conducta.

No escapa al presente trabajo realizar una valoración crítica de las pautas de conducta impuestas a B.A.R, como consecuencia de estar condenada de forma condicional, bajo apercibimiento de revocar la condicionalidad de la pena en caso de incumplimientos de estas. En otras palabras, si no cumple alguna de las cinco reglas que enumeramos a continuación, deberá cumplir la pena en un establecimiento penitenciario.

⁹La práctica judicial consistente en perforar los mínimos de la escala penal, en lugar de debatir la responsabilidad penal de las mujeres imputadas no es la única práctica existente que busca graduar el impacto de la pena sin atacar de fondo la problemática. En igual sentido, existe una práctica judicial muy común en la que los órganos acusatorios modifican la calificación legal y convierten la imputación de tenencia para comercialización de 4-15 años de pena de prisión por la figura de tenencia simple, art. 14.1 de la misma ley, reprimido con pena de prisión de uno 1-6 años.

Ello permite no solo la imposición de condenas en suspenso, sino que también permite la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como es la suspensión del proceso a prueba (SPP), instituto que exige no tener antecedentes condenatorios y que no implica asunción de responsabilidad penal. Muy acertadamente la doctrina tiene dicho que muchas veces se recurre a la inclusión forzada de determinados hechos en calificaciones legales más o menos gravosas, o a la modificación de los grados de participación en el delito, para no reflexionar sobre la dogmática penal. Es decir, se utiliza la SPP como atajo y así evitar la necesidad de un desarrollo acabado de la teoría del delito (Asensio, Di Corleto. 2020:19)

¹⁰CFCP, registro N° 21/2023. Legajo Judicial FSA 9861/2022/9 “R., B. A. s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”. 05/04/2023. Pág. 10.

1. Abstenerse de concurrir a lugares y de relacionarse con personas, vinculadas al tráfico de drogas;
2. Abstenerse de usar de estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas;
3. Finalizar sus estudios primarios;
4. Capacitarse laboralmente;
5. Continuar con su tratamiento psicológico.

Estas reglas de conducta impuestas resultan altamente paradójicas, pues el mismo Estado que afectó de forma extrema los DESCA de B.A.R y sus hijos, ahora le exige que finalice la escuela, que se capacite laboralmente y realice un tratamiento psicológico. Todo ello de forma abstracta, como si B.A.R lo hubiese tenido a su alcance y decidió no hacerlo, hasta ahora que el sistema judicial la obliga.

Es dable destacar que las agencias judiciales que controlan el cumplimiento de estas reglas conductas tienen a su alcance realizar derivaciones a organismos competentes, como por ejemplo la derivación a un taller de oficios. Sin embargo, resulta claro que la problemática de acceso a derechos de B.A.R no fue una mera cuestión burocrática de trámite e inscripciones, sino que se debía a un contexto de pobreza y exclusión estructural. Pues, ¿quién cuidará de sus hijos cuando vaya al curso de capacitación laboral o a estudiar? ¿Podrá cumplir todas las pautas de conducta endilgadas si no tiene un trabajo que le asegure la comida a sus hijos?

No obstante, de la resolución judicial no surge si a B.A.R le brindaron alguna orientación y acercamiento a políticas públicas que le mejoraran sus condiciones de vida y cumplir con la manda judicial, sin embargo, por las máximas de la experiencia dicha atención integral no existe.

3.3. La valoración de la vulnerabilidad al momento de la determinación de la responsabilidad penal.

Hasta aquí hemos analizado la ponderación de la vulnerabilidad a la hora de la determinación de la pena que realizó la jueza de primera instancia. Sin embargo, existe otra respuesta desde la teoría del delito, desde mi punto de vista más satisfactoria del mandato convencional de acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género: valorar la vulnerabilidad de las mujeres a la hora de establecer la responsabilidad penal.

A raíz de la impugnación vertida por la defensa de B.A.R., la Cámara Federal de Casación Penal, el 5 de abril del 2023¹¹, revisó la sentencia condenatoria y dictó su absolución, demostrando que es posible una interpretación con perspectiva de género en otros estamentos de la dogmática penal, precisamente en la culpabilidad.

En primer lugar, el juez de casación optó por descartar el planteo de estado de necesidad justificante formulado por la defensa en primera instancia, ya analizado anteriormente. Señaló que

... es cierto que, por un lado, se encuentra la importancia que tiene la concreta salud de los niños de la imputada (en particular, su afectación por la falta de acceso al agua potable e instalaciones sanitarias), pero tampoco es menos cierto que, del otro lado, está en juego la salud pública como bien jurídico afectado por el transporte de estupefacientes atribuido, con todos los males que esa conducta genera en la población en general y especialmente en la salud y desarrollo de los jóvenes y niños que tienen acceso a temprana edad a sustancias tóxicas. Esas son las razones por las que entendemos que resulta prudente y más adecuado considerar configurado el injusto penal y valorar las circunstancias personales que rodearon al hecho en el estrato de la teoría del delito en el que corresponde vincular el injusto a su autor, es decir, en la culpabilidad...¹²

En definitiva, consideró que la conducta fue antijurídica y continuó con el análisis del resto de los filtros de la teoría del delito, haciendo un hincapié particularmente en la esfera de la culpabilidad, dónde se analiza el reproche penal a la persona. A saber, para que haya capacidad de culpabilidad es indispensable la autodeterminación de la voluntad y la posibilidad de la persona de conocer y comprender la criminalidad del acto. Asimismo, se valora la posibilidad de la persona de actuar conforme a dicha comprensión.

En ese sentido, valoró que B.A.R. actuó en un estado de necesidad disculpante (artículo 34 inciso 2, Código Penal)¹³, entendiendo que “optó” por el ilícito (transportar droga) obedeciendo a una creencia (atravesada por su propia historia de vida) de que esa era la única opción viable para poder brindarle a sus hijos condiciones de higiene básicas, como por ejemplo tener un baño. Es decir, aquí no se analiza la ponderación de males, sino que se busca determinar si la mujer pudo actuar o no de otra forma, apegada a la

¹¹ CFCP, registro N° 21/2023. Legajo Judicial FSA 9861/2022/9 “R., B. A. s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”. 05/04/2023. Pág. 19

¹² Existe una fuerte resistencia por parte de los tribunales en aplicar el estado de necesidad justificante en este tipo de delitos. Ello se debe a que, en la mayoría de los casos, a la hora de realizar la ponderación de males se recae en un análisis abstracto. Sin embargo, incluir en dicha ponderación todos los males que el tráfico de drogas significa en la sociedad, resulta absolutamente excesivo e inadecuado en el caso concreto de mujeres que son simple portadoras o vendedoras al menudeo (Copello, 2020:153)

¹³ Art 34: No son punibles: 2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;

legalidad. Comienza a tener un lugar importante la valoración del “ámbito de autodeterminación” para definir si hubo o no culpabilidad y por ende si puede haber reproche penal.

Establecer cuál fue el ámbito de autodeterminación de B.A.R, como de cualquier mujer que comete este tipo de delitos, no es una tarea sencilla a nivel conceptual y probatorio, pero sí obligatoria. Estos desafíos, contribuyen al acercamiento de la dogmática penal a los estándares de igualdad y no discriminación (Asensio, Copello, Di Corleto, Gonzalez, Segato, 2020:24).

Acertadamente, el juez sostuvo

...que se debe poner énfasis en el especial tratamiento que amerita la condición de mujer, y más aún cuando se suman otras circunstancias que la tornan especialmente vulnerable, contemplando las particularidades y el contexto en que se desarrollan las conductas reprochadas...¹⁴

En el fallo judicial se pone de manifiesto que el Estado no puso al alcance de B.A.R herramientas suficientes que le hayan permitido acceder a otra opción para salir de la situación de marginalidad y poder cubrir sus necesidades básicas y las de sus hijos. La claridad en la asignación de responsabilidad estatal, es coincidente con lo trabajado en este texto. A saber, por la propia ausencia del Estado que ocasiona marginalidad y vulnerabilidad extrema, es que no resulta posible exigirle a B.A.R haber actuado diferente, por lo que estamos ante un estado de necesidad disculpante que elimina el reproche penal, por ende, no actuó con culpabilidad y corresponde su absolución.

Este caso no solo reafirma la relación que hay entre la afectación a los DESCAs y la criminalización por este tipo de delitos, sino que también permite ejemplificar en qué extremo la falta de garantía de derechos repercute: quita autonomía y libertad a la hora del desarrollo personal y social.

Sabemos que las absoluciones por estado de necesidad disculpante no son una tendencia jurisprudencial predominante, mucho menos lo son las absoluciones por estado de necesidad justificante.

¹⁴ CFCP, registro Nº 21/2023. Legajo Judicial FSA 9861/2022/9 “R., B. A. s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”. 05/04/2023. Pág 16.

4. Conclusiones

En primer lugar, es dable concluir que los motivos por los cuales las mujeres terminan vinculadas a delitos por drogas se encuentran principalmente en la afectación, por insuficiencia, a sus DESCAs. Como he dicho, en contextos de vulneración de derechos, como fue el caso de B.A.R, las mujeres resultan frágiles ante el reclutamiento para transportar o vender material estupefaciente. En otras palabras, **cuando el Estado no garantiza el real y efectivo acceso a los DESCAs, limita el ámbito de autodeterminación de las mujeres y por ende la capacidad de reproche penal.**

En ese sentido, para poder determinar que una mujer encontró limitado su ámbito de autodeterminación, es necesario que en el análisis desde la teoría del delito se valoren adecuadamente todas las variables interseccionales mencionadas a lo largo de este trabajo. Ello no es optativo para los agentes judiciales, y no puede ser descartado invocando una presunta racionalidad, ya que la dogmática penal y la teoría del delito no puede estar por encima de los principios de igualdad y no discriminación. Todo intento de estandarizar valoraciones y alejarse del caso concreto, lo único que produce es perpetuar la desigualdad y la deshumanización del sistema. Asimismo, el deber de debida diligencia reforzado por parte del Estado en las investigaciones penales, también es una obligación en aquellos supuestos dónde las mujeres están en calidad de imputadas.

En el caso B.A.R, la alzada, trabajó esta perspectiva a nivel de la culpabilidad y del reproche penal; No obstante, también son posibles, y necesarias, valoraciones de esta índole en el nivel de la tipicidad objetiva y subjetiva, como en el estadio de la antijuricidad. Sin embargo, la fuerte sacralización de la dogmática penal por parte de los tribunales y fiscalía se convierte en una barrera para dar lugar a un nuevo contenido de estas categorías de análisis.

Hasta tanto no se implementen reformas estructurales que tiendan a la mayor efectividad e idoneidad del Estado en su conjunto y que vele por la recomposición del tejido social, se deberán poner en valor resoluciones judiciales como la trabajada en el presente trabajo, toda vez que permiten, aunque sea a *cuenta gotas*, construir diques de contención del poder punitivo del Estado, que tanto daño genera en las clases más bajas de nuestro pueblo y de forma aún más violenta en las mujeres. Dentro de las dolorosas

consecuencias del neoliberalismo, las mujeres representar un subgrupo o un “underclass permanente”¹⁵, quedando en una situación de desventaja social.

En definitiva, lo que aquí subyace es reflexionar sobre qué legitimidad tiene el Estado, desde su esfera judicial, *ius puniendi*, para castigar a aquellas mujeres por delitos vinculados a las injusticias que, justamente, el mismo Estado produjo o ha bien tolerado (Cigüela Sola:2019)

Referencias bibliográficas

- Anitua G.I y Picco V.A. 2012. *Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’*, en Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, Defensoría General de la Nación. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/45685-genero-drogas-y-sistema-penal-estrategias-defensa-casos-mujeres-mulas>
- Asensio, Copello, Di Corleto, Gonzalez, Segato. 2020. *Criminalización de mujeres por delitos de drogas. Publicado en Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Programa EUROsocial, Madrid. https://eurosocial.eu/wp-content/uploads/2020/10/14_Mujeres_imputadas.pdf
- Cigüela Sola, J. (2019) “Injusticia social y derecho penal: sobre la ilegitimidad política del castigo”. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 2019, 42: 389-411. doi:10.14198/DOXA2019.42.16
- CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. 2011. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>
- Clérico L. 2018. *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38165.pdf>

¹⁵ Maqueda Abreu M.L El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres. *Transjus*. 2014. pág 25 cita nº 73.

- Colectivo de Estudios Drogas y Derecho. 2015. *Mujeres y encarcelamiento por delitos de drogas*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42470.pdf>
- Cornell Law School's, Defensoría General de la Nación de la República Argentina, University of Chicago, Law School International Human. 2013. *Mujeres en prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias*.
<https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf>
- Del Olmo R. 1998. *Reclusión de mujeres por delitos de drogas. Reflexiones iniciales*. Publicado en Revista española de drogodependencias, ISSN 0213-7615, N°. 1, págs. 5-24 https://www.aesed.com/descargas/revistas/v23n1_1.pdf
- Di Corleto y Carrera. *Mujeres infractoras víctimas de violencia de género. Bases para la construcción de una defensa técnica eficaz*. Publicado en Sistemas Judiciales publicación anual de CEJA e INECIP. Año 18. N° 22. <https://inecip.org/wp-content/uploads/2019/07/SJ22-DiCorleto-Carrera.pdf>
- Giacomello C. 2013. *Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina*. Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas.
https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf
- Inter-American Commission on Human Rights. Informe sobre mujeres privadas de libertad en las Américas: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de marzo de 2023 / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. p. ; cm. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L)
<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>
- Maqueda Abreu M.L. 2014. *El peso del género y otras identidades culturales en la criminalización de las mujeres*. 2014. Transjus.
<https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/123274/1/4-2014.pdf>
- Ministerio Público de la Defensa, CABA. 2023. *Mujeres acusadas. Defensa Penal pública con perspectiva de género en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.
https://www.mpdefensa.gob.ar/sites/default/files/libro_perspectiva_de_genero.pdf

- Miño R; Rojas G. 2012. *Nadie las visita*. 1 ed. Rosario: UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.
- Safranoff, A. 2018. *Mujeres en contextos de encierro en América Latina: características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos*. <https://publications.iadb.org/es/publications/spanish/viewer/Mujeres-en-contextos-de-encierro-en-Am%C3%A9rica-Latina-Character%C3%ADsticas-y-factores-de-riesgo-asociados-a-determinados-comportamientos-delictivos.pdf>
- Vissicchio, F y Pawlowicz M.P 2022. *Historias de vida de mujeres encarceladas: delitos de drogas, criminalización y patriarcado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.