



Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad

Hacia una teoría del delito
con enfoque de género

PATRICIA LAURENZO COPELLO
RITA LAURA SEGATO
RAQUEL ASENSIO
JULIETA DI CORLETO
CECILIA GONZÁLEZ

Serie
COHESIÓN SOCIAL
en la práctica

COLECCIÓN EUROSOCIAL Nº 14





Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad

Hacia una teoría del delito
con enfoque de género

PATRICIA LAURENZO COPELLO
RITA LAURA SEGATO
RAQUEL ASENSIO
JULIETA DI CORLETO
CECILIA GONZÁLEZ

Serie

COHESIÓN SOCIAL
en la práctica

COLECCIÓN EUROSOCIAL Nº 14



PROGRAMA FINANCIADO
POR LA UNIÓN EUROPEA

Edita:

Programa EUROsociAL
C/ Beatriz de Bobadilla, 18
28040 Madrid (España)
Tel.: +34 91 591 46 00
www.eurosocietal.eu

Con la coordinación de:



EF, Políticas de Igualdad de Género

Con el apoyo de:



Defensoría General de la Nación Argentina

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso se debe considerar que refleja la opinión de la Unión Europea.

Edición no venal.

Realización gráfica:

Cyan, Proyectos Editoriales, S.A.

Madrid, julio 2020



No se permite un uso comercial de la obra original ni de las posibles obras derivadas, la distribución de las cuales se debe hacer con una licencia igual a la que regula la obra original.

Autoría

Expertas EUROsociAL+:

Patricia Laurenzo Copello¹ – Capítulo 3

Rita Laura Segato² – Capítulo 4

Equipo de la Defensoría General de la Nación Argentina:

Raquel Asensio – “Metodología feminista y dogmática penal”, capítulos 1 y 2 y anexos

Julieta Di Corleto – “Metodología feminista y dogmática penal”, capítulos 1 y 2

Cecilia González – Capítulos 1 y 2 y anexos

1. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Málaga. Autora de numerosos libros y artículos. Entre sus líneas de investigación, trabaja el vínculo del derecho penal con temáticas de género, derechos sexuales y reproductivos, inmigración, discriminación y multiculturalidad.

2. Doctorada en Antropología Social por la Universidad Queen's de Belfast. Activista feminista argentina. Investigadora y profesora de antropología de distintas universidades. Autora de diversos libros sobre derechos de la mujer y violencia de género, entre otros temas.

Índice

Agradecimientos	9
Introducción	15
Presentación	17
Metodología feminista y dogmática penal.....	19
PARTE 1.	43
Capítulo 1. Criminalización de mujeres por delitos contra las personas	45
Capítulo 2. Criminalización de mujeres por delitos de drogas	105
PARTE 2.	151
Capítulo 3. La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema.....	153
Capítulo 4. Informe antropológico y de género	185
PARTE 3.	201
Anexo 1. Jurisprudencia sobre criminalización de mujeres por delitos contra las personas.....	203
Anexo 2. Jurisprudencia sobre criminalización de mujeres por delitos de drogas	235

Agradecimientos

El trabajo que se presenta a continuación se ha nutrido de debates, reflexiones, prácticas y compromisos de muchas personas e instituciones a quienes deseo reconocer sus importantes contribuciones.

En primer lugar, quisiera agradecer especialmente el aporte del Programa EUROsociAL+, que desde 2007 ha financiado distintos proyectos para el Ministerio Público de la Defensa y cuyo objetivo final ha sido promover la cohesión social. En este sentido, el agradecimiento no comprende únicamente el resultado de esta publicación en particular, sino que también alcanza a todas las instancias de colaboración previas que nos han permitido avanzar hasta aquí. En la concreción de este trabajo, ha sido fundamental el compromiso y la confianza de Dominique de Suremain, coordinadora del Área de Políticas de Igualdad de Género del Programa EUROsociAL+, dependiente de Expertise France, y del técnico senior Alfonso Martínez Sáenz. Gracias a su apoyo hemos podido llegar a los lugares más recónditos de nuestro país; visitar a las verdaderas destinatarias de esta publicación, las mujeres en situaciones de extrema vulnerabilidad; y reunirnos con integrantes del Ministerio Público de la Defensa con sede en diferentes jurisdicciones para debatir sobre la temática que ha dado origen a este proyecto. Como lo demuestra esta publicación, el diálogo ha sido sumamente profundo y fructífero.

En segundo lugar, no puedo dejar de mencionar al equipo de la Defensoría General de la Nación que trabajó en el proyecto: Silvia Martínez (defensora pública a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados en lo Criminal y Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional n.º 8), Julieta Di Corleto (defensora pública a cargo de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación), Raquel Asensio (coordinadora de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación), Cecilia González (integrante de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación), Analía Alonso (coordinadora del Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación) y Sebastián Van Den Dooren (coordinador de la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación). En este orden de menciones, debo hacer referencia al trabajo de coordinación de María Luz Ramírez (integrante de la Unidad de

Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación) y María Florencia Giordano (integrante de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación), con quienes pudimos, en poco tiempo, cumplir con una abultada agenda de reuniones.

Hago extensivo el agradecimiento a las profesionales del trabajo social, de la psicología y la psiquiatría que cumplen funciones en el Ministerio Público de la Defensa —en el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad y en el Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos en las ciudades de Buenos Aires, y en los equipos interdisciplinarios ubicados en las provincias de Córdoba, Mendoza, Misiones, Neuquén, Río Negro y Santa Fe—, las que generosamente se sumaron a la propuesta, enriquecieron el debate y permitieron un abordaje más comprensivo de la problemática. Ellas son Gabriela Bacín, Gabriela Andrea Báez Pini, Natalia Baigorria, Glenda Crinigan, María Eugenia Cuiuli, Silvina Fajreldines, Victoria Fernández Núñez, Paula Fiamengo, Silvana Yanira Garello, María Elizabeth Giralá, Laura Grandoso, Karen Hamui, Aldana Hosni, Romina Lobato, Sara del Valle Ofelia Malek, María Eva Martínez, Ana Laura Musolino, María Clara Santilli, Melina Siderakis y Vanesa Maero Suparo.

En diferentes instancias del proyecto, se mantuvo un diálogo fluido con magistradas y magistrados de la Defensa Pública, que nos proporcionaron material y realizaron aportes muy valiosos para este trabajo, a quienes agradecemos su tiempo y dedicación: Gabriel Ignacio Anitua (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional n.º 7), Alejandro Arguilea (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de San Martín), Gastón Barreiro (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal n.º 3 de La Plata), Verónica Blanco (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal n.º 6), Martín Bomba Royo (Unidad de Defensa en Materia No Penal de la ciudad de Salta), Enrique Comellas (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante la Cámara Federal de Casación Penal n.º 1), Mercedes Crespi (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de Córdoba), Ricardo De Lorenzo (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados en lo Criminal y Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional n.º 2), Santiago Finn (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal n.º 5), Ana Clarisa Galán (defensora de coordinación de la Unidad de Defensa Acusatorio de la ciudad de Salta), Santiago García Berro (a cargo de la Defensoría Pública Oficial Adjunta ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional n.º 14), Matías Gutiérrez Perea (Unidad de Defensa Acusatorio de la ciudad de San Salvador de Jujuy), María Florencia Hegglin (a cargo de la Defensoría Pública Oficial Adjunta ante la Cámara Federal de Casación Penal n.º 4), Javier Ibarra (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional n.º 8), Gustavo Iglesias (a cargo de la Coordinación General de Programas y Comisiones), Nicolás Laino (a cargo de la Coordinación de Comunicación Institucional, Prensa

y Relaciones con la Comunidad), María Fernanda López Puleio (a cargo de la Unidad de Actuación ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal), Julieta Loutaif (Unidad de Defensa Pública de la ciudad de San Ramón de la Nueva Orán), Gabriela Maceda (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados Federales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional de San Martín), Mariano Maciel (a cargo de la Unidad de Actuación n.º 2 ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional), Cecilia Mage (exdefensora pública de la Defensoría Pública Oficial Adjunta ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal n.º 11), Leonardo Miño (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 5 de San Martín), Carolina Ocampo (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados en lo Criminal y Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional n.º 14), Florencia Plazas (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Ricardo Richiello (a cargo de la Defensoría Pública Oficial Adjunta ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional n.º 12), Hernán Silva (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal n.º 3), Marina Soberano (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional n.º 10), Agustina Stábile (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados en lo Criminal y Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional n.º 4), Ignacio Tedesco (a cargo de la Defensoría Pública Oficial Adjunta ante la Cámara Federal de Casación Penal n.º 3), Guillermo Todarello (a cargo de la Defensoría Pública Oficial Adjunta ante la Cámara Federal de Casación Penal n.º 2) y Juan Martín Vicco (a cargo de la Defensoría Pública Oficial ante los Juzgados en lo Criminal y Correccional y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional n.º 13). En este sentido, también cabe agradecer los aportes de los siguientes defensoras/es públicas/os, coadyuvantes y funcionarias/os: María Cecilia Acosta Güemes (Unidad de Letrados Móviles ante los Jueces y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico n.º 2), Luis Alberto Casares Alé (Unidad de Defensa Pública de la ciudad de Tartagal), Eduardo Chittaro (Unidad de Letrados Móviles n.º 1 ante los Tribunales Orales en lo Criminal Federal de la Capital Federal), Nicolás Escándar (Unidad de Defensa Acusatorio de la ciudad de Salta), Santiago Martínez (Defensoría General de la Nación) y Sergio Meirovich (Unidad de Letrados Móviles ante los Jueces y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico n.º 1).

Por otro lado, debo agradecer el tiempo aportado por magistradas/os y funcionarias/os del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público Fiscal de la Nación de la ciudad de Buenos Aires y de Salta, que nos recibieron para compartir su visión sobre la situación de las mujeres acusadas en procesos penales, y cuyas opiniones nutrieron los análisis de las expertas. Del Poder Judicial, mantuvimos reuniones con Ángela Ester Ledesma (presidenta de la Cámara Federal de Casación Penal), Gustavo Hornos (vicepresidente de la Cámara Federal de Casación Penal; preside el Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles), Luis Fernando Niño (exjuez de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal), Domingo José Batule (juez

de cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 2 de la provincia de Salta), Julio Leonardo Bavio (juez a cargo del Juzgado Federal n.º 1 de Primera Instancia de la provincia de Salta), Alejandro Augusto Castellanos (juez de la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Salta), Gabriela Catalano (jueza de cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 2 de la provincia de Salta), Abel Fleming (juez de cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 2 de la provincia de Salta), Ernesto Solá Espeche (juez de la Cámara Federal de Apelaciones de la provincia de Salta), Lucía Gallagher (secretaría en la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, secretaria del Sistema Interinstitucional de Control de Cárceles), Hernán Martín López (juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal), Ricardo M. Pinto (juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal) y Carolina Robiglio (jueza de la Cámara Nacional en lo Penal Económico). Por parte del Ministerio Público Fiscal, nos recibieron: Carlos Amad (fiscal federal de la Unidad Fiscal de la provincia de Salta), José Luis Bruno (fiscal federal a cargo de la Sede Fiscal Descentralizada de San Ramón de la Nueva Orán, provincia de Salta), Eduardo Villalba (fiscal coordinador del distrito de la provincia de Salta, titular de la Unidad Fiscal de la misma provincia y del Área de Atención Inicial de dicha unidad), Javier De Luca, (fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, titular de la Fiscalía n.º 4), Gabriela Ruiz Morales (fiscal a cargo de la Fiscalía n.º 6 en lo Penal Económico), Matías Álvarez (secretario del Área de Investigaciones y Litigación Estratégica de la Procuraduría de Narcocriminalidad [PROCUNAR] del Ministerio Público Fiscal de la Nación), Patricia Cisnero (secretaría del Área de Investigaciones y Litigación Estratégica de la Procuraduría de Narcocriminalidad [PROCUNAR] del Ministerio Público Fiscal de la Nación), Romina Pzellinsky (directora de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación), Jimena Liarde (integrante de la Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación), Luciana Prieto Cochet (integrante de la Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación), María Piqué (fiscal a cargo del Área de Asistencia ante la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional del Ministerio Público Fiscal de la Nación), María Alejandra Mángano (fiscal titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 12 y a cargo de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas [PROTEX] del Ministerio Público Fiscal de la Nación), Carlos Rívolo (fiscal titular de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 2). Igualmente, agradezco a las integrantes del Patronato de Liberados de Salta Cintia María Acuña, Ariadna Cancino y Lorena Anahí López.

Además, quiero reconocer muy especialmente el tiempo brindado generosa y desinteresadamente por mujeres que estaban o habían estado detenidas en los Complejos Penitenciarios Federales n.º III (ubicado en Güemes, Salta) y IV (en Ezeiza, Buenos Aires), acusadas o condenadas por alguno de los delitos tratados en esta investigación. Sus testimonios permitieron contextualizar el impacto que tuvo la situación de vulnerabilidad en la que se encontraban inmersas en su trayectoria vital y en su experiencia

con el sistema penal. Para esta tarea, contamos con la invaluable colaboración de la asociación Yo No Fui para la organización de las entrevistas desarrolladas con mujeres que habían estado privadas de libertad en la unidad penitenciaria ubicada en Ezeiza. En especial, agradezco la contribución de María Medrano, Eva Reinoso, Liliana Cabrera, Liliana Teomanópulos y Lorena Núñez.

Cabe también una mención especial a la Defensa Pública de Costa Rica, institución que, en las instancias preliminares del proyecto, recibió en su país a una delegación del Ministerio Público de la Defensa y a la experta Patricia Laurenzo Copello. Allí se pudo conocer el proceso legislativo que condujo a la inclusión, en el Código Penal de Costa Rica, del artículo 77 bis, por el cual se introdujeron criterios de proporcionalidad y especificidad de género para disminuir las penas privativas de libertad a mujeres que, en condiciones de vulnerabilidad, habían sido imputadas por haber introducido drogas en un centro penitenciario. Gracias a la directora interina de la Defensa Pública de Costa Rica, Diana Montero, y al entonces supervisor de la Defensa Pública de Costa Rica, Mario Serrano, por la organización de las entrevistas mantenidas con distintos actores del Poder Judicial, de la Asamblea Legislativa y del servicio penitenciario.

Finalmente, pero no por ello menos importante, agradecer el acompañamiento, sostén y compromiso inagotable de las dos especialistas Patricia Laurenzo Copello (catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Málaga) y Rita Segato (doctorada en Antropología Social), quienes cálida y generosamente aceptaron compartir sus saberes para mejorar las experiencias vitales de las mujeres que atraviesan instancias de criminalización en contextos de violencia o de extrema vulnerabilidad.

Stella Maris Martínez
Defensora general de la Nación

Introducción

Es un gran honor y una gran satisfacción presentar esta herramienta apoyada en una mirada cruzada de Europa y América Latina. Esta obra es el resultado del trabajo de decenas de personas pertenecientes a equipos de la Defensoría General de la Nación de Argentina (DGN) acompañadas por dos expertas de EUROsociAL+ en esta etapa del programa en la cual se ha reforzado la perspectiva de género y los equipos y recursos en este campo.

Desde finales de 2017, se ha emprendido un trabajo de fondo en el seno de la DGN para analizar y deconstruir las prácticas jurídicas, las realidades sociales y los recorridos de las mujeres imputadas, con el firme propósito de llegar a mejorar el enfoque de su defensa y coconstruir mejores herramientas de trabajo que integren plenamente la perspectiva de género.

Se ha logrado un trabajo extraordinariamente preciso y minucioso para identificar en casos concretos cómo las desigualdades estructurales de género que tienen impactos directos en la vida de las mujeres habían podido ser agravadas o ignoradas en el tratamiento dado por la justicia a aquellas imputadas por delitos diversos. Las mujeres infractoras y privadas de libertad no son muy numerosas y, por lo tanto, no forman parte de la atención prioritaria de las autoridades. Varios estudios internacionales muestran que pueden ser incluidas “naturalmente” en la “población vulnerable”, especialmente por las situaciones de pobreza sufrida. Pero cuando se fundamentan recomendaciones de trato casi preferencial para mantener su papel de cuidadoras en la familia, es prudente preguntar si se reproduce una visión tradicional o se busca una adaptación de la justicia a la realidad, intentando no hacer más pesadas y complejas sus responsabilidades familiares. Con el análisis de las situaciones vividas por mujeres vulnerables o vulneradas, culpables de infringir tanto la ley como su papel social, a veces en defensa propia cuando la sociedad no las defendió, el abanico de análisis y reflexiones de este documento lo convierte en fuente de inspiración no solamente para la Defensoría Nacional Pública de Argentina, sino también para sus homólogas de la región, para las redes de defensores y para otros operadores de justicia, acompañados por EUROsociAL+ en varios países de la región, Ministerios de Justicia, Ministerios Públicos Fiscales y Cortes Supremas de Justicia y sus redes internacionales de intercambio y aprendizaje en enfoques de género.

Desde el Área de Políticas de Igualdad de Género del programa EUROsociAL+ acogemos esta herramienta como un referente de alta calidad, que tendrá eco seguramente en un público muy amplio comprometido con los derechos humanos de las mujeres y la igualdad entre hombres y mujeres en toda su diversidad. No dudo que genere nuevas iniciativas en la región latinoamericana y en Europa.

Marie-Dominique de Suremain

*Coordinadora del Área de Políticas de Igualdad de Género
EUROsociAL+*

Presentación

La Defensoría General de la Nación tiene una larga trayectoria en el estudio, desarrollo e implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género. En el año 2007, cuando se creó la Comisión sobre Temáticas de Género, uno de los objetivos institucionales concretos fue impulsar que las mujeres, ya fuera en su condición de víctimas o en su calidad de imputadas, recibieran una asistencia jurídica especializada. A lo largo de estos años, el trabajo sostenido del área ha incluido distintos proyectos y publicaciones que han contribuido a construir una nueva forma de pensar la defensa pública con perspectiva de género.

La publicación que tengo el honor de presentar ha sido liderada por la Comisión sobre Temáticas de Género del Ministerio Público de la Defensa, desde donde incansablemente se ha trabajado en la identificación de nuevos nudos críticos en el tratamiento dado a las mujeres por parte de la Administración de justicia. Como parte de esa reflexión que tiene como objetivo la mejora constante de la asistencia legal, gracias al apoyo financiero del programa EUROsociAL+, se resolvió estudiar en profundidad las características de las estrategias legales de defensa a las mujeres acusadas de delitos, así como también las respuestas brindadas por los tribunales. Con la lente puesta en las mujeres cuya participación en un ilícito estuvo condicionada por su condición de extrema vulnerabilidad, el proyecto Apoyo a la Elaboración, Implementación y Difusión de Estrategias de Defensa de Mujeres Infractoras Víctimas de Violencia de Género o en Situación de Vulnerabilidad incluyó el examen de la actuación de los operadores judiciales del fuero criminal y del fuero federal en determinadas jurisdicciones.

A partir del reconocimiento de la defensa pública como sujeto y objeto de la investigación, el propósito general del estudio fue habilitar el desarrollo de mejores estrategias de defensa para mujeres infractoras de la ley penal víctimas de violencia o en situación de vulnerabilidad. Para ello, entre los objetivos específicos se incluyeron la necesidad de visibilizar el sustrato discriminatorio de la persecución penal a las mujeres; la identificación de los puntos críticos de las argumentaciones judiciales para deconstruir las categorías dogmáticas presuntamente neutrales a la luz de criterios de imputación y reproche; y, finalmente, el ofrecimiento de mejores herramientas conceptuales para desarrollar estrategias de defensa con un enfoque de derechos humanos y perspectiva de género.

Desde un principio se entendió que el análisis jurídico aislado de toda otra consideración social sería insuficiente para avanzar en la concreción de estos objetivos. En función de ello, se construyeron dos líneas de diálogo, una interna y otra externa. En el ámbito interno, se creó un equipo de trabajo, conformado por Raquel Asensio, Julieta Di Corleto, Silvia Martínez y Sebastián Van Den Dooren. La investigación incluyó, además, a integrantes de la Comisión sobre Temáticas de Género, del Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad y del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos del Ministerio Público de la Defensa. En el ámbito externo, el proyecto contó con los invaluable aportes de Patricia Laurenzo Copello, desde la perspectiva del derecho penal, y Rita Segato, desde la antropología social.

Esta publicación se estructura de la siguiente manera: tras una introducción al tema con un documento en el que Raquel Asensio y Julieta Di Corleto esbozan algunas claves para pensar en la dogmática penal con perspectiva de género, en la parte I se presentan los resultados de los relevamientos jurisprudenciales realizados por el equipo de la Defensoría General de la Nación. El denominador común de estos informes es que compendian decisiones judiciales cuyas protagonistas obraron en contextos de vulnerabilidad, caracterizados principalmente por la violencia de género o por situaciones de extrema pobreza. Esta primera parte está integrada por dos capítulos, el primero de ellos orientado a mostrar las líneas jurisprudenciales del fuero ordinario, y el segundo capítulo recoge las decisiones emitidas en el fuero federal con las especificaciones que se indican en los presupuestos metodológicos. En sus respectivas conclusiones, cada uno de estos capítulos apuntala nuevas formas de pensar de manera expansiva y creativa las estrategias de defensa para mujeres imputadas de delitos. Se trata de observaciones finales que destacan los puntos más prominentes de posibles estrategias de defensa que se pueden explorar en el futuro.

En la parte II, se ofrecen los resultados de los estudios y observaciones realizadas por las expertas. En esta sección, la mirada interdisciplinaria se concreta al poner en diálogo a la dogmática penal con la antropología social. Mientras Patricia Laurenzo Copello desarrolla las herramientas conceptuales que permiten, con el lenguaje del derecho, abordar de manera innovadora el litigio ante los tribunales, Rita Segato presenta los resultados de sus lecturas y observaciones a la realidad jurídica y social de las mujeres infractoras de la ley penal.

La parte III de esta publicación contiene una sección denominada “anexos”, con los resúmenes de los fallos trabajados en la parte I.

Para concluir, solo me resta decir que más allá del acontecimiento especial que representa la conclusión exitosa de este proyecto de investigación, la obra que presento es un aporte valiosísimo al diálogo por una justicia más inclusiva, como así también hace a una instancia altamente eficaz para la labor diaria de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa con perspectiva de género y, en consecuencia, fortalece a la defensa pública.

Stella Maris Martínez
Defensora general de la Nación

Metodología feminista y dogmática penal

Raquel Asensio y Julieta Di Corleto

I. Introducción

La doctrina tradicional asegura que la teoría del delito tiene por finalidad una aplicación altamente objetiva del derecho penal vigente. El argumento es que a partir de la creación de categorías conceptuales organizadas como un sistema de filtros es posible alcanzar una respuesta jurisdiccional racional (Bacigalupo, 1987: 61) o igualitaria (Welzel, 1993: 1). De acuerdo con los más renombrados maestros de las ciencias penales, gracias a su sistemática estructurada y a su alto nivel de abstracción, la dogmática penal contribuye a la interpretación jurídica fiel, garantiza la seguridad jurídica y permite alcanzar la justicia en casos concretos (Roxin, 2008: 364-365).

A pesar de estas declamaciones, en la práctica, la teoría del delito no siempre resulta suficiente para hacer justicia al caso analizado. De hecho, algunos autores han llegado a aceptar que, sin una base ideológica que reconozca la funcionalidad del poder punitivo del Estado, la teoría del delito se puede convertir en una herramienta al servicio de los fines más discutibles (Zaffaroni, 2000: 360). Prescindiendo de los contextos sociales en los que se aplica, o de las particularidades de los sujetos involucrados en el suceso, la teoría del delito puede conducir a la deshumanización de la respuesta estatal. En estos términos, la idea de la dogmática penal como una técnica que otorga respuestas precisas no es más que una ilusión de racionalidad producto de la idealización del pensamiento abstraído de su entorno.

En este estado de cosas, la fuerte sacralización de la dogmática penal opera como un obstáculo para reflexionar sobre la necesidad de dar un nuevo contenido a las categorías conceptuales que ofrece la teoría del delito y, por el contrario, incentiva la búsqueda de soluciones que mantengan incólumes sus postulados. Así, por ejemplo, acomodando el resultado al sustrato teórico de la dogmática tradicional, 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. De la misma manera, el recurso de la suspensión del juicio a prueba o la aplicación del juicio

abreviado pueden operar como atajos para hacer menguar la necesidad de un desarrollo acabado de la teoría del delito. Cualquiera de estas estrategias suele ser funcional a la vigencia de la dogmática penal tradicional, con la posibilidad de acomodar la respuesta a una decisión previa que es cubierta bajo un manto de racionalidad (Zaffaroni, 2000: 360).

Los operadores judiciales que toman atajos para buscar soluciones más justas, pero evaden el tratamiento de la cuestión conforme a la dogmática tradicional, mantienen intacta la ficción de que la teoría del delito es una herramienta indispensable para resolver con justicia un caso. Parecería que, en estos supuestos, es preferible hacerle “trampa” a la teoría en lugar de incluir nuevos paradigmas que le den otro sustento. Desde un prisma igualitario, en los fundamentos de la teoría del delito debería discutirse no solo el establecimiento de límites al poder punitivo del Estado, sino también la importancia de que nuestra ley penal contribuya a la consolidación de una sociedad democrática igualitaria. La teoría del delito no puede estar por encima de los postulados constitucionales y descartar, en pos de una supuesta racionalidad, principios fundamentales como los de igualdad y no discriminación. En estos términos, una de las posibles fuentes de inequidad es la relacionada con la discriminación padecida por diferentes grupos en situación de desventaja política, económica y social y, entre ellos, las mujeres.

En el caso de las mujeres, su relación con la Administración de justicia penal siempre ha sido conflictiva. Ya sea que acudan a los tribunales para resolver las situaciones de violencia que padecen o para responder por las imputaciones realizadas en su contra, no han encontrado en la justicia una instancia receptiva al contexto de desigualdad estructural en el cual están insertas. En relación con las mujeres imputadas, el notable crecimiento de las tasas de encarcelamiento femenino da cuenta de una política criminal que las afecta de manera dispar e invita a reexaminar los presupuestos de la dogmática penal que da sostén a acusaciones, defensas y sentencias.

En este orden de ideas, resulta fundamental abrir un debate sobre la necesidad de desarrollar argumentos que, sin sustituir los logros de la teoría del delito, la complementen para alcanzar respuestas inclusivas. Para este desafío, la perspectiva de género ofrece herramientas que habilitan una revisión de las prácticas jurídicas y de la dogmática penal tal como las conocemos. El reto consiste en advertir las consecuencias del género en el derecho y en la justicia penal, allí donde las normas, los procedimientos y las instituciones jurídicas se presentan como neutrales tanto en sus formas teóricas como en sus aplicaciones (Heim, 2016: 94).

A partir de estas premisas, a continuación ofrecemos una guía para pensar las estrategias de defensa con perspectiva de género, tomando como referencia los casos en los que las mujeres fueron imputadas por delitos cometidos contra sus hijos/as, parejas o exparejas o delitos de drogas. Para estimular nuevas reflexiones sobre la estructura

y sistemática de la teoría del delito, con la pretensión de que el derecho penal no resulte esquivo para las mujeres imputadas, presentaremos, en primer lugar, algunas de las críticas feministas al derecho en general y al derecho penal en particular. Dado que el espacio de producción en esta materia es muy vasto, expondremos ciertas nociones preliminares que propician la apertura de las categorías jurídico-penales. En segundo lugar, el texto se dedicará a mencionar algunas de las herramientas de la metodología feminista que, aplicadas al tratamiento de los casos que fueron objeto de esta investigación, permiten demostrar posibles dimensiones de análisis que quedan fuera del foco de la dogmática penal tradicional. De esta manera, las herramientas de la teoría legal feminista constituyen una nueva vía de entrada para el tratamiento de los casos que serán objeto de mayor desarrollo en los capítulos centrales de esta publicación. En este proceso, se advertirá que esta forma de analizar categorías —como la tipicidad, la justificación o la culpabilidad— augura un análisis más sugerente que el requerimiento humanista limitado a la necesidad de una mensuración de la pena más benévola.

II. Críticas feministas al derecho y al derecho penal

Desde la teoría legal feminista se han emitido serios cuestionamientos al derecho, ya que las prácticas sociales, políticas e intelectuales que lo constituyen fueron desarrolladas casi exclusivamente por varones. Desde sus orígenes, los sistemas de Administración de justicia han reflejado sus propios intereses y preocupaciones y las relaciones de poder existentes dentro de la sociedad³.

En un primer momento, las críticas se dirigieron al tratamiento diferenciado que la ley deparaba a hombres y mujeres, por medio del cual colocaba a las segundas en situación de desventaja. El diferente trato ofrecido por la ley a los sexos llevó a los primeros estudios de género a denunciar que el derecho era sexista. A raíz de los impulsos revisionistas originados por esta crítica, prácticamente no subsisten disposiciones legales que de modo explícito establezcan discriminaciones entre hombres y mujeres (Jaramillo, 2000: 126); de hecho, cuando la ley establece diferencias entre los sexos, muchas veces responden a la implementación de medidas de acción positivas destinadas a paliar la histórica discriminación. Sin embargo, la igualdad formal entre hombres y mujeres fue insuficiente para asegurar la igualdad sustantiva y eliminar el sesgo de género del derecho. Por ello, en una segunda etapa, la perspectiva de género trabajó con la idea de que el derecho es masculino, en el sentido de que “la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres” (MacKinnon, 1995: 288). Esta formulación puso de manifiesto que el derecho ha sido pensado y elaborado por varones y, en consecuencia, que el patrón tácito de referencia del derecho continúan siendo los hombres, aunque la ley no haga distinciones al respecto.

3. Sobre distintas corrientes de pensamiento feministas frente al derecho ver Smart (2000), Facci (2004), Olsen (2000), Jaramillo (2000), Costa (2016) y Heim (2016), entre otros.

Desde esta perspectiva, la advertencia sobre el sesgo sexista del derecho trasciende a sus contenidos normativos y repara en que algunos valores, estándares y principios, basados en un imperativo masculino, suelen ser tomados como universales y libres de género (Facci, 2004: 35; Smart, 2000: 36). Al respecto Facci afirma (2004: 29):

Una de las críticas más profundas que el feminismo, junto a otras corrientes de pensamiento contemporáneas, ha desarrollado y corroborado en relación con la cultura liberal se vincula con su falsa neutralidad; es decir, al hecho de que en la construcción de teorías, en la afirmación de derechos, en la elaboración de normas se haga referencia genéricamente, al menos a partir del momento en que la igualdad se ha impuesto como principio universal, a un sujeto neutro, sin raza, ni sexo, ni clase social, etc. Este sujeto, por el contrario, tiene características precisas que se corresponden a las del grupo dominante, y tomarlo como modelo significa la exclusión o, en todo caso, la discriminación de otros sujetos: de individuos de cultura y de religiones diversas de las dominantes, de clases subordinadas, de las mujeres.

En términos similares, Rodríguez señala que el derecho “se constituye de acuerdo con los intereses, perspectivas, experiencias y valores de los varones como género”, pero advierte que el paradigma del sujeto de derecho no es cualquier hombre, sino aquel con privilegios: “un varón blanco, de clase media, heterosexual, sin discapacidades y, en general, de la religión predominante” (Rodríguez, 2000: 139-140).

Finalmente, en una tercera fase teórica, se postuló que, además de que el derecho es sexista y masculino, también “tiene género” y, como tal, tiene la posibilidad de crear identidades con determinadas significaciones de género (Nuñez, 2018: 20-21). Esta idea permite pensar en el derecho “en términos de procesos que habrán de operar de muy diversas maneras, y que no presumen inexorablemente que, cualquier cosa que el derecho haga, siempre explota a la mujer y favorece al hombre” (Smart, 2000: 39).

Desde esta última perspectiva, los estudios feministas se desplazan hacia las formas y sistemas que crean y perpetúan las formulaciones de género y, por tanto, se asume que con el derecho es posible deconstruir normas y prácticas jurídicas, desvelar las consecuencias escondidas y formular y aplicar reglas sustantivas y procedimentales que expresen valores, intereses, objetivos y modalidades de acción que contemplen las experiencias y necesidades de las mujeres y otros colectivos (Facci, 2004: 45). En consecuencia, si se quieren contrarrestar los sesgos que el derecho provoca en los diferentes dispositivos institucionales en los que impacta, resulta fundamental que se incorpore un enfoque de género para proteger a las mujeres y otros grupos postergados. Esta mirada más optimista sobre el potencial del derecho sugiere que es posible activar cambios que garanticen la igualdad en la creación y aplicación de las normas que establecen derechos y obligaciones para la ciudadanía, así como también en los procedimientos e instituciones encargadas de su aplicación.

La inclusión de estas modulaciones en los textos legales o en sus interpretaciones no es una tarea sencilla. Sin embargo, en lo que respecta a la inclusión de la perspectiva de género en el derecho penal, el objetivo resulta especialmente escurridizo. Esto es así ya que, de fuerte raigambre liberal, el derecho penal se ha mantenido ciego a las condiciones de vulnerabilidad o a las marcas de subalternidad en general, y ha desatendido las desigualdades en las relaciones de poder que hacen a las mujeres más vulnerables al sistema de justicia penal (Cano, 2016: 115-116). En este sentido, la posibilidad de una alianza entre el derecho penal y la perspectiva de género se enfrenta, por un lado, a la resistencia propia de una disciplina con cierta tendencia a sacralizar la dogmática penal y, por otro lado, a las dificultades para identificar en qué consiste tener un enfoque de género y cómo incluirlo.

En relación con la primera dificultad, se advierte que la ilusión de racionalidad, neutralidad y universalidad que se arroja una doctrina impermeable a toda consideración social impide reconocer la falta de objetividad y justicia que muchas veces arroja la teoría del delito en casos concretos. Desde otro paradigma de análisis, se ha enseñado que existe un abismo entre los desarrollos doctrinales modernos y la práctica penal concreta, afirmación que demuestra que la teoría del delito también es interpelada desde otros miradores. Uno de ellos coincide con la metodología feminista en la necesidad de que la dogmática tenga una relación directa con la realidad y reconozca a los sujetos que interactúan con la Administración de justicia penal (Binder, 1999).

En las últimas décadas, los cambios sociales, políticos y jurídicos operados han hecho más visibles las condiciones de exclusión y desigualdad estructural por razones de género y han llevado a desarrollar concepciones de igualdad más robustas (aunque el horizonte de una realidad equitativa se ve aún muy lejano). Esas transformaciones culturales también han permitido que situaciones que solían ser naturalizadas o consideradas inevitables sean percibidas como injustas y discriminatorias. Violencias de género, feminización de la pobreza, familias monoparentales con jefatura femenina, desempleo y subocupación femenina, brecha salarial, recarga de tareas de cuidado y división sexual del trabajo, entre muchos otros, son algunos conceptos que irrumpieron en el campo jurídico y que interpelan a las/os operadoras/es del sistema de Administración de justicia en su quehacer diario. Estas son solo algunas de las problemáticas que el derecho penal debería considerar para no operar sobre sociedades imaginarias que están muy lejanas de las realidades cotidianas.

Respecto a la segunda dificultad, vinculada con la necesidad de definir qué significa trabajar con un enfoque de género, es válido recordar que este se fue transformando y complejizando con el tiempo. De cualquier manera, en todo ese recorrido teórico la constante ha sido el reconocimiento de las desigualdades estructurales y la necesidad de intervenir sobre ellas para modificar las condiciones de existencia de las mujeres y demás personas con identidades sexogenéricas diversas. En cuanto a cómo incluir un enfoque de género en el derecho, la figura de una "caja de herramientas" (Bergallo

y Moreno, 2017: 45) es útil para dimensionar que algunas teorías se nutren de “instrumentos” que operan con una lógica que necesariamente cambia a lo largo de la historia⁴.

Desde sus inicios, la metodología feminista ha desarrollado algunos instrumentos que permiten diseñar, analizar y modificar el derecho para reflexionar sobre cómo opera en la realidad. Este escrutinio no está limitado a lo que pasa en los tribunales, sino que incluye la cotidianidad de las personas que en muchos casos se encuentran en contextos de extrema vulnerabilidad social.

III. Instrumentos para la incorporación de la perspectiva de género en el análisis de la teoría del delito

Por medio de un proceso de categorización y sistematización de los elementos de la teoría del delito, en concreto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, la dogmática penal se presenta como una herramienta que permite dar respuestas coherentes a los casos de infracción a la ley penal. Sin embargo, la aplicación rígida de los postulados doctrinarios de la teoría del delito, ajenos en su mayoría a las críticas de género, muchas veces refuerza la desigualdad estructural que, al menos desde un paradigma igualitario, se pretende erradicar.

En momentos en que la idea de la perspectiva de género parece haber salido de los márgenes del pensamiento jurídico en los que estaba recluida, es posible esbozar algunas de las herramientas que podrían servir para construir una dogmática penal sensible a esta mirada. En pos de alcanzar este objetivo, a continuación se esbozan algunas ideas para acercar la dogmática penal a los estándares de igualdad y no discriminación. En este recorrido, nos apoyaremos en las situaciones fácticas con las que hemos trabajado a lo largo de esta investigación para dar cuenta del potencial de la propuesta para integrarse con la teoría del delito.

III. A. En torno a la pregunta por las mujeres

La pregunta por las mujeres (en rigor, un grupo de preguntas) ha sido diseñada “para identificar las implicancias genéricas de las reglas y prácticas que, de lo contrario, podrían parecer neutrales y objetivas” (Bartlett, 2011: 32). Afín a las críticas que se presentan desde los estudios de género al derecho, este método parte de reconocer que la cuestión de las mujeres siempre tiene una relevancia potencial y que los análisis jurídicos y los mecanismos de acceso a la justicia previstos para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos no deben asumir la neutralidad del derecho (Bartlett, 2011: 43; Heim, 2016: 103).

4. El filósofo francés explicaba que “Entender la teoría como una caja de herramientas quiere decir: que no se trata de construir un sistema sino un instrumento, una lógica propia a las relaciones de poder y a las luchas que se comprometen alrededor de ellas; que esta búsqueda no puede hacerse más que poco a poco, a partir de una reflexión (necesariamente histórica en algunas de sus dimensiones) sobre situaciones dadas” (Foucault, 1985: 85).

El método consiste en indagar acerca de las consecuencias diferenciadas por motivos de género que se derivan de la aplicación de las normas. Para ello, es preciso examinar de qué forma el derecho falla al no tener en cuenta las experiencias y valores más típicos de las mujeres, o cómo los conceptos legales pueden colocarlas en situación de desventaja: “¿Las mujeres han sido dejadas fuera de consideración? De ser así, ¿en qué sentido?, ¿cómo dicha omisión puede ser corregida?, ¿qué diferencia haría hacerlo?” (Bartlett, 2011: 32). Este ejercicio implica un análisis crítico de la jurisprudencia y una relectura de los textos legales y de las prácticas en el acceso a la justicia, con el objetivo de evaluar de qué manera las vivencias de las mujeres podrían ser incorporadas al derecho. A modo de ejemplo, se ha exigido releer las normas que consagran el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, habitualmente ligadas a la actuación abusiva estatal, para incluir la violencia doméstica (Jaramillo, 2000: 57)⁵.

El ejercicio, además, debe considerar otras variables socialmente relevantes, tales como el origen social y/o étnico, la clase, las diferencias culturales, la orientación sexual y la educación, entre otras, a fin de reconocer la diversidad entre las mujeres y capturar mejor los diferentes factores de opresión que confluyen junto al género (Heim, 2016: 107; Bartlett, 2011: 49). Al cuestionar el impacto que tiene en la aplicación del derecho la inclusión de una categoría que ha sido históricamente relegada, el método tiene el potencial de convertirse en uno más amplio para la inclusión de grupos subordinados por distintos motivos.

Aplicado al estudio de los delitos que son objeto de este informe, esta herramienta permitió conocer qué experiencias de las mujeres acusadas de delitos han sido omitidas por la doctrina y práctica penal y cuáles son los sesgos de género tácitos en el razonamiento judicial. En cada grupo de casos el método invita a cuestionar, entre otras cosas, cuáles son los supuestos fácticos que dan pie a la acusación, cuáles son las experiencias y características de las mujeres criminalizadas por esos delitos, qué dice el desarrollo doctrinario tradicional sobre el tema, en qué medida las vivencias de las mujeres son valoradas en la interpretación y aplicación de las normas penales, qué asunciones o preconcepciones de género implica el abordaje jurídico del problema y en qué medida la respuesta jurídica variaría si las experiencias de las mujeres fueran incluidas en el análisis del tipo penal.

A modo de ejemplo, se muestra de qué forma la cuestión de las mujeres fue útil en el estudio que se presenta para identificar un sesgo de género y habilitar nuevos abordajes en los delitos omisivos imputados a mujeres acusadas por la muerte o lesiones ocasionadas a sus hijos/as. En todos los casos encontrados, los hechos lesivos fueron

5. En el ámbito internacional de los derechos humanos, este método fue aplicado por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General n.º 28, comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68.º período de sesiones, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).

cometidos por la pareja de la mujer. En estos supuestos, la pregunta por las mujeres permitió advertir varias cosas. Al indagar qué dice la producción del derecho al respecto, se encuentra que, aunque la ley no hace distinción, la doctrina penal ha dedicado especial atención a la condición materna para la configuración de un delito omisivo, ya sea que se trate de una omisión propia o impropia. En tal sentido, un ejemplo constante en los manuales de estudio para ilustrar la comisión de estos delitos es el de la madre que no alimenta a su bebé recién nacido o no brinda a sus hijos asistencia médica. Sin embargo, la doctrina penal tradicional no incluye ni alienta un conocimiento situado; en los textos no se formula la pregunta por los motivos de la madre (reiterada en los ejemplos) para dejar de alimentar a su bebé o no llevar a sus hijos a recibir atención médica. Así, la enseñanza legal tradicional del derecho presenta de modo estereotipado al vínculo materno como condición suficiente para acreditar la configuración del delito, sin problematizar aspectos del tipo objetivo, el dolo o la culpabilidad. La invitación de la pregunta por las mujeres a conocer qué dicen la ley, la doctrina y la jurisprudencia sobre el asunto sometido a estudio ayuda a revelar en qué medida y de qué forma han sido consideradas (o dejadas de lado) las mujeres en la formulación jurídica y, como resultado, anticipa posibles sesgos de género en la interpretación legal y el trámite judicial.

Asimismo, el interrogante sobre cuáles son los preconceptos de género en la formulación jurídica muestra una expectativa sobre el rol materno altamente estereotipado; la representación tácita en las acusaciones penales es que la madre todo lo sabe, todo lo puede y todo lo debe, lo que hace expandir el alcance de su deber de garantía y, en consecuencia, el ámbito de punibilidad (Hopp, 2017). Este tipo de figuraciones estereotipadas se puede advertir, por ejemplo, en el caso Marlen González, en el que la mujer fue condenada pese a que dijo que no buscó atención médica inmediata para su hija porque sufría violencia de género y temía la reacción de su pareja agresora; en ese contexto, se materializa la idea de que la madre “todo lo puede y todo lo debe”, incluso cuando ello signifique poner en riesgo su propia vida o integridad. En los casos Ordóñez Aguilera y González Bonorino se hace patente el estereotipo según el cual la madre “todo lo sabe”, en la medida en que se les imputó la muerte de sus hijos a manos de sus parejas. Aunque ellas no estaban presentes en el momento del hecho, las acusaciones afirmaron que ellas conocían o debían conocer el riesgo en que se encontraban los niños, sin sustentar ese supuesto conocimiento en hechos y pruebas.

Al reparar en cuáles son las experiencias vitales de las acusadas, se encuentra que la violencia de género suele ser una constante cuando el acto lesivo contra los/as niños/as lo cometió de propia mano la pareja de la mujer. Ese contexto de violencia se invocó, probó o surgió en todos los casos incorporados al estudio. Sin embargo, la violencia de género no suele ser considerada como un factor relevante para la solución jurídica del caso.

Además de identificar el impacto que tiene el género en la persecución de estos delitos, la pregunta por las mujeres interpela acerca de las respuestas que reciben. Por

ejemplo, si las imputaciones parten de preconcepciones de género que sobredimensionan el deber de garantía de las mujeres, el método en cuestión insta a indagar en las consecuencias de género en los términos de nuestro ordenamiento jurídico: una amplificación del marco punitivo con sustento en criterios estereotipados ¿es compatible con el principio de culpabilidad penal?, ¿y con el principio de igualdad y no discriminación? Si las conductas omitidas no están claramente definidas, ¿se puede ejercer adecuadamente el derecho de defensa?

Este método también se pregunta qué tipo de intervenciones tendrían lugar si se dejaran de lado los preconcepciones de género que expanden el deber de garantía de las madres. En tal sentido, para evitar un trato sesgado, las respuestas institucionales deberían revisar que en cada caso se especifique cuál es la conducta obligada incumplida, el conocimiento cierto del riesgo, la posibilidad real de realizar la conducta exigida y los condicionamientos que podrían haber limitado su capacidad de respuesta⁶. Esos aspectos deben respaldarse en hechos comprobados en el expediente, y no en presunciones de género.

Asimismo, si la violencia de género es una experiencia frecuente en las mujeres que son perseguidas criminalmente por estos delitos, la pregunta sobre las mujeres lleva a indagar cuál es el peso jurídico que puede tener esa circunstancia en los distintos estamentos de la teoría del delito, y no solo en el momento de juzgar la pena.

En este orden de ideas, Lorenzo Copello⁷ plantea que el tipo penal objetivo no puede exigir una conducta que implique un riesgo serio y grave para la persona obligada a actuar, como se invocó en el caso Marlen González, ya que el derecho no puede demandar conductas heroicas. También cabe preguntarse hasta qué punto la violencia machista puede generar en las víctimas una incapacidad de actuar que elimine el elemento objetivo del tipo⁸.

Del mismo modo, cabe problematizar cómo analizar el dolo de una mujer que está inserta en un vínculo violento. En el caso González Bonorino⁹ se imputó a la mujer por no haber evitado la muerte de su hijo, en un contexto de maltrato infantil perpetrado por su pareja violenta. La Cámara Criminal valoró que la mujer conocía el riesgo que corría su hijo, pues sabía del carácter violento del hombre puesto que ella misma sufría maltrato. Este razonamiento, sin embargo, tomó en cuenta la experiencia de la violencia de manera superficial y falaz (de hecho, en el proceso se tuvo por acreditado que la mujer desconocía el maltrato que sufría su hijo). En el estudio que se presenta, en cambio, se analiza de qué manera puede impactar el historial personal de victimización en la posibilidad de conocimiento del riesgo en que se encuentran sus hijos/as.

6. Ver *infra*, capítulo 1, apartado 1.5.

7. Ver *infra*, capítulo 3, apartado 2.1.a.

8. Ver *infra*, capítulo 1, apartado 1.5.b.

9. Ver *infra*, parte 3, anexo 1.

¿Es suficiente el conocimiento sobre la personalidad violenta de su pareja? Si se toman en serio las experiencias de las mujeres se advierte que, con frecuencia, quienes estuvieron sometidas de manera crónica o continuada a situaciones de maltrato suelen minimizar y naturalizar la violencia, ¿esa vivencia podría alterar la percepción del riesgo para sus hijos/as? Si ellas mismas sobrevivieron a situaciones de maltrato a lo largo de su historia vital, ¿podría ello distorsionar la evaluación sobre el nivel de peligro en que están sus hijos/as?, ¿de qué modo impacta esa circunstancia en la configuración del dolo?

El mismo método fue aplicado en el ámbito de la justificación y la reprochabilidad. En torno a la culpabilidad, habilita a preguntar cuál es “la amenaza de sufrir un mal grave e inminente” que da lugar a la causa de no punibilidad¹⁰, quién es el sujeto tácito de protección de la norma, si las formulaciones doctrinarias receptan las experiencias de las víctimas de violencia de género, si un contexto coactivo es considerado una amenaza en los términos legales, qué ámbito de autonomía tiene una mujer inserta en un vínculo de violencia para que la conducta puede ser reprochada y en qué medida deberían reformularse la doctrina y práctica judicial para incorporar las vivencias de las mujeres al evaluar la punibilidad de la conducta.

Este ejercicio también permitió identificar cómo impacta el género en otros delitos presentados en la investigación. Por ejemplo, si un requisito del delito de traslado o tenencia de estupefacientes es el dominio sobre el material, en el caso Caballero Flores cabe preguntarse si las mujeres que eran controladas mientras trasladaban droga tenían dominio real sobre la sustancia¹¹. Al evaluar el dolo, en el caso Martínez surge la pregunta acerca de cuáles son los preconceptos de género implícitos en el razonamiento judicial que afirma que, por las características de la mujer, no es creíble que haya sido engañada por su pareja. En materia de antijuridicidad y culpabilidad, la cuestión por las mujeres invita a pensar en qué medida la interpretación y aplicación del estado de necesidad recepta los intereses de las mujeres: ¿desde qué perspectiva se realiza la ponderación de males?, ¿ese análisis incluye experiencias expandidas de las mujeres, como la maternidad, la responsabilidad de cuidado, encabezar hogares monoparentales o ser el único sostén económico del grupo familiar?, ¿es consecuente con nuestro orden constitucional y legal afirmar que la salud pública es más valiosa que la vida o la integridad de las mujeres acusadas o de sus hijos/as?, ¿cómo se interpreta la inminencia cuando no existe una amenaza directa, pero sí un contexto coactivo, como en el caso Larrea Lesme?, ¿o una situación de vulnerabilidad extrema que determina la conducta ilícita para salvar la vida del hijo, como en Suárez Eguez? Al evaluar la reprochabilidad de la conducta, en el caso Caballero Flores la pregunta

10. Laurenzo Copello sostiene que la exigibilidad en delitos omisivos debe ser analizada en la tipicidad objetiva, ya que el deber de garantía encuentra límite cuando se compromete la integridad o vida del garante, pero cuando no haya operadores/as dispuestos/as a aceptar este análisis, cabe repetir los argumentos en el estrato de la reprochabilidad (ver *infra*, capítulo 3, apartado 2.1.a). Siguiendo su propuesta, se repite la cuestión de la exigibilidad en ambos estratos de la teoría del delito.

11. Ver *infra*, capítulo 2, apartado 5.b.

por las mujeres lleva a considerar qué ámbito real de autodeterminación tenían las mujeres que actuaron condicionadas por un marco de extrema vulnerabilidad socioeconómica que exigía el ingreso urgente de dinero para sustentar la atención de salud y la subsistencia de familiares que dependían de ellas.

La cuestión de las mujeres constituye un método central de la metodología legal feminista para advertir de qué modo el derecho, tanto en su formulación como en su aplicación, trata a las mujeres; también, propone nuevos paradigmas de análisis que guían la inclusión de un enfoque de género que pueda dismantelar los estereotipos y las exclusiones discriminatorias. Ante la masividad de una dogmática de la teoría del delito y de prácticas judiciales androcéntricas, es un mecanismo privilegiado para promover intervenciones reparadoras en el campo penal.

III. B. La incorporación de las experiencias de las mujeres

En el campo jurídico, el punto de vista masculino ha influido en la construcción de las normas y en su interpretación y aplicación, por lo que los intereses y necesidades de las mujeres han quedado rezagados a la condición de sucesos “extraordinarios” o “particulares” (Facio y Fries, 1999: 11). Este proceso de negación se ha intensificado por la concepción de que el derecho es una técnica cuya aplicación acepta solo una interpretación correcta (Obando, 1999: 165). En este contexto, la ausencia de representación de las mujeres en el proceso de elaboración, interpretación y aplicación de normas ha contribuido a que las miradas de los varones hayan sido asumidas no solamente como universales, objetivas y neutrales, sino también como las únicas posibles.

En contraposición con este paradigma, uno de los presupuestos teóricos de los estudios de género es que resulta imperativo incorporar las experiencias de las mujeres al análisis legal (Facio y Fries, 1993: 39; Heim, 2016: 87). La virtud de esta herramienta es que contribuye al dismantelamiento de diferentes mecanismos y formas que asumen los sistemas de dominación y, por tanto, ilumina otras relaciones de poder. En consecuencia, esta estrategia no es la contracara de la perspectiva androcéntrica porque no pretende la centralidad del género femenino, sino que busca desarmar la idea de que hay una única mirada aplicable a todos los grupos (Facio y Fries, 1999: 20). La herramienta busca tener en cuenta las experiencias de subordinación de las mujeres y, al hacerlo, visibiliza las relaciones que integran otros colectivos desaventajados, o revela los prejuicios ignorados o minimizados por el discurso jurídico, excesivamente abocado a reflexionar sobre la coherencia interna de ciertos postulados.

Desde el punto de vista de la epistemología, la crítica señala que no hay un sujeto incondicionado y destaca que el conocimiento es el producto de interacciones sociales entre los integrantes de una comunidad. Esta perspectiva lleva a pensar en las estrategias metodológicas aplicadas y en los sesgos que el género imprime al “producto” (Maffía, 2007: 12). Al igual que en otras áreas, en el ámbito del derecho una de las

premisas es que la cotidianeidad femenina es una fuente de conocimiento que abarca al conjunto heterogéneo de mujeres y sus diversas experiencias (Heim, 2016: 96) y tiene como resultado la crítica a una justicia desentendida de las consecuencias de sus respuestas en términos de justicia material.

Una fuente para la incorporación de las experiencias de las mujeres han sido los grupos de autoconsciencia, espacios que habilitaron a compartir con otras mujeres vivencias que a primera vista parecían diferentes, pero que resultaron semejantes. En estos ámbitos se realiza un trabajo de significación y de atribución de sentido que permite construir nuevas categorías de referencia. La identificación de trayectorias individuales con lógicas sociales es clave para dar cuenta del contexto en el cual se insertan esas experiencias que a primera vista podrían parecer aisladas. Así, por ejemplo, la información sobre la naturalización de la violencia, su minimización o sus efectos es una de las claves que puede ser de utilidad para incorporarla a los procesos penales.

En relación con el estudio realizado en este proyecto, la recuperación de las experiencias de las mujeres permitió poner de manifiesto las consecuencias que tiene la violencia de género. Por ejemplo, en los casos Pastore, Andrea y González, Marlen, la invisibilización o minimización del fenómeno tuvo un papel preponderante en el desenlace del proceso penal. La falta de consideración de sus voces determinó que no se pudieran analizar las dinámicas, mecanismos y secuelas de la victimización¹². En el primer caso, la defensa ni siquiera introdujo al debate esa variable a pesar de que existían elementos para hacerlo; y esta temática tampoco fue objeto de atención por parte del fiscal. Lo mismo sucedió en el segundo caso, con el agravante de que los indicios sobre la violencia eran manifiestos: la mujer reconoció que cuando llevó a su hija al médico temió por las represalias que podía recibir de su pareja. La negación de las experiencias de las mujeres fue patente ya que para el tribunal la imputada había adoptado una actitud pasiva, consintiendo o no evitando los sucesos.

En diferentes instancias procesales, en los casos citados se minimizó el daño o se descalificó al relato de las mujeres, con la consiguiente inducción al silencio. Los testimonios de las mujeres pueden explicar que la violencia en el espacio doméstico incluye golpes, bofetadas, empujones, pellizcos, tirones de pelo, negación de la atención médica cuando es necesaria y otras maneras más sutiles de causar dolor. También pueden explicar que en esas dinámicas se incluye a la violación y otras vejaciones de índole sexual y, finalmente, que el cuadro se completa con situaciones de violencia psicológica, con los comentarios desagradables, insultos, gritos, amenazas, encierro, destrucción de objetos preciados, interceptación de las comunicaciones y el aislamiento del entorno de amistades o familiares.

12. Ver *infra*, capítulo 1, apartado 1.3.a.

El conocimiento sobre las dinámicas de la violencia ilustra el poder desestabilizante que padece la persona maltratada. Entre otras secuelas, la violencia puede conducir a la disociación, proceso en el que la persona está ausente o es indiferente a sus padecimientos; a la autodestrucción, cuando se involucra en conductas autodestructivas; a la desvalorización, que lleva a una imagen negativa y a poseer baja autoestima; a la culpabilización, por la relación afectiva preexistente o por las posibles consecuencias para su familia, entre otros (Falquet, 2017: 32-41). Como práctica estructural y sistemática, la violencia polariza las subjetividades y produce en la víctima su desmoralización; datos que indefectiblemente deben ser introducidos en un proceso para evitar equívocos que responsabilizan a la mujer por la violencia o el control de su agresor.

La inclusión de las voces de las mujeres permite el registro de hechos relevantes que, desde otras orientaciones, podrían no merecer atención. Si se naturaliza la sumisión y la dependencia en el espacio doméstico, es más fácil que la violencia sea minimizada. Esto sucedió, por ejemplo, durante el litigio de los casos Hernández Zuluaga, María Fernanda y Larrea Lesme, Sonia Ramona¹³. En ambas situaciones las palabras de las mujeres fueron invocadas para alegar que la violencia vivida evidenciaba la aplicación de una causal de justificación o de inculpabilidad. De esta manera, la herramienta de la “experiencia de las mujeres” fue introducida para mostrar cómo esa realidad, articulada con las nociones de la dogmática penal, podía llevar a una respuesta absolutoria.

Sin embargo, en ninguno de los dos casos los jueces estimaron que esta vivencia podía haber influido en las trayectorias delictivas de las imputadas. Estos ejemplos muestran que, lamentablemente, muchas veces la sola incorporación de estas experiencias es insuficiente y se requieren explicaciones adicionales. Si bien desde hace décadas las especialistas en la temática reconocen que las violencias en las relaciones íntimas no tienen los mismos efectos que aquellas que se desarrollan en otros ámbitos, estas particularidades aún no son reconocidas por todos/as los/as operadores/as judiciales. Como se ha explicado, estas experiencias son cruciales en las biografías individuales y, por tanto, no tienen las mismas consecuencias que resolver casos de hurtos, robos o del crimen organizado (Creazzo y Palidda, 2012: 299). Entre estas particularidades, considerar el marco social, cultural e institucional específico es una pieza fundamental para comprender lo estructural y compleja que resulta la violencia de género en el espacio doméstico.

Resulta paradójico que, mientras se busca reconocer las experiencias de las mujeres como un insumo para la comprensión de la violencia, se requiera la validación de sus voces, por ejemplo, a través de informes de expertos o expertas que expliquen sus efectos. A pesar de que esta forma de trabajo pueda resultar contradictoria, hasta que exista una mayor comprensión de la problemática la producción de la prueba debería estar guiada por el reconocimiento de estas limitaciones.

13. Ver *infra*, capítulo 2, apartado 3.c.

En este orden de ideas, cuestiones vinculadas a la feminización de la pobreza también parecen requerir un intermediario entre las declaraciones de las mujeres imputadas y algunos operadores/as judiciales. En este punto, con un claro sesgo de género y de clase, los tribunales parecen no medir el impacto de la pobreza extrema en mujeres que son cabeza de familia, que tienen grandes responsabilidades de cuidado y escasas posibilidades de insertarse en un mercado laboral insuficientemente formalizado. A pesar de que se mantienen las mismas expectativas idealizadas sobre el rol materno, las situaciones de miseria condicionan de manera estructural las tareas de cuidado para el grupo familiar. Esto coloca a las mujeres en una situación de extraordinaria fragilidad respecto de grandes organizaciones que las reclutan para emprender acciones vinculadas con la trata o el contrabando de estupefacientes. También se encuentran en una situación de desventaja respecto de los tribunales, en especial en casos en los que sus niveles de alfabetización pueden operar como una barrera para expresarse en el lenguaje empleado por abogados/as en los tribunales.

El uso de un informe social fue clave en la resolución del caso Mañapira, Patricia¹⁴, donde se pudo explicar que las condiciones económicas, sociales y culturales de la imputada influyeron en su conocimiento sobre la existencia de la sustancia ilícita y, en consecuencia, determinaron una absolución. Distinta fue la suerte corrida por Claudia Suárez Eguez, en la que los jueces no entendieron hasta muy avanzado el proceso que una situación de extrema pobreza, junto con la necesidad de brindar un tratamiento contra el cáncer a su hijo, pudiera haber condicionado su participación en un delito. De todas maneras, la disparidad en la valoración de estas experiencias no es óbice para desacreditarla como una herramienta válida para el análisis legal con perspectiva de género.

En síntesis, la incorporación de las experiencias de las mujeres es una de las herramientas posibles para mostrar los conocimientos y los valores que habilitan la relectura de las categorías dogmáticas. Lejos de la idealización de un parámetro objetivo, la incorporación de un conocimiento situado facilita respuestas sensibles a los valores igualitarios. La lectura cuidada de estas experiencias lleva al reconocimiento de las barreras y obstáculos que posicionan a las mujeres en una situación de desigualdad en lo que se refiere a la tutela de sus derechos y, como resultado, facilitan las interpretaciones que reponen esos contextos.

III. C. El razonamiento práctico feminista

Las distintas formas de razonamiento legal abarcan procesos de abstracción (que permiten separar lo importante de lo insignificante) y de contextualización (a fin de identificar similitudes y diferencias en los casos y definir las reglas aplicables a cada contexto fáctico). Estos procesos tradicionales suelen descartar por insignificantes aspectos

14. Ver *infra*, capítulo 2, apartado 3 b.

específicos de los casos llevados a conocimiento judicial, en aras de alcanzar ideales de universalidad que habiliten respuestas coherentes y objetivas. Ese enfoque es cuestionado por los métodos de razonamiento práctico, que problematizan la noción de relevancia jurídica y requieren una mayor atención al contexto.

El razonamiento práctico feminista se inscribe en los métodos tradicionales de razonamiento práctico y, por tanto, también exige una mayor determinación individualizada de los hechos con el objetivo de poder razonar a partir del contexto específico en que los sujetos involucrados se encuentran inmersos. Sin embargo, en el análisis incorpora los asuntos críticos y los valores contemplados en otros métodos feministas, incluido el formular la pregunta por las mujeres (Bartlett, 2000: 61). El razonamiento contextualizado feminista considera relevantes los hechos vinculados con la cuestión de las mujeres, en la medida en que esos hechos permitan identificar los intereses de quienes se ven reflejados en las reglas o en su interpretación, así como los intereses de quienes requieren mayor atención (Bartlett, 2006: 65). En este sentido, el método expande lo que es legalmente relevante para incluir las experiencias reales de las mujeres, lo que permite un mayor entendimiento y exposición de injusticias que de otra manera no serían advertidas.

Al construir sobre lo práctico, esta forma de razonamiento se enfoca en dilemas específicos de la vida real que las formas más abstractas del pensamiento jurídico a menudo pasan por alto. Este aporte proporciona un mayor respeto por la diferencia y por quienes ostentan menos poder, en la medida en que permite identificar y tomar en cuenta las perspectivas de los excluidos (Bartlett, 2000: 52-53).

A partir de un conocimiento mejorado por la consideración del contexto, el método propone resignificar los estándares jurídicos elaborados por la doctrina tradicional para capturar las necesidades e intereses propios de las mujeres (Heim, 2016: 113-114; Jaramillo, 2000: 58). La relectura crítica del derecho facilita que la decisión jurídica sea más sensible a las particularidades de un caso que aún no han sido reflejadas por la doctrina jurídica (Campos Rubio, 2008: 206).

Como ocurre con otros métodos feministas, el razonamiento práctico tiene el potencial de incluir un mayor respeto por la diferencia y por quienes ostentan menos poder por múltiples variables (tales como sexo/género, raza, posición socioeconómica, origen nacional, etc.) al identificar y considerar las perspectivas de los excluidos (Bartlett, 2000: 75).

El estudio que se presenta en esta publicación muestra cómo el razonamiento práctico feminista (de la mano de la cuestión y la experiencia de las mujeres) permite incorporar elementos que dan cuenta del contexto de vulnerabilidad o violencia de género en el que las mujeres acusadas están inmersas y reformular, a partir de su consideración, los distintos elementos de la teoría del delito desde un enfoque de género.

Por ejemplo, en el caso Gerez la atención al contexto permitía descartar la responsabilidad penal de una mujer que intercedió en una riña en defensa de un tercero. A la mujer la acusaron de haber sujetado a su expareja para ofrecer a su novio la oportunidad de darle dos puñaladas a su contrincante. En un primer momento, ella fue condenada como partícipe en el delito de tentativa de homicidio, dando por cierta la versión de la víctima —que dijo haber sido atacada sin más por el otro hombre, con ayuda de la mujer—, sin tomar en cuenta datos relevantes del relato de la acusada —que dijo haber actuado en defensa de su novio ante el ataque de su expareja, que tenía antecedentes de ejercer violencia de género—.

El historial de violencia fue explícitamente dejado de lado en el razonamiento fiscal y judicial. Al tratarse de una pelea entre los dos hombres, el fiscal afirmó que el maltrato que pudiera haber ejercido la expareja contra la acusada “nada tiene que ver con el suceso”. Por su parte, el Tribunal ignoró los antecedentes de maltrato, impidió a la defensa proporcionar pruebas sobre ese extremo y afirmó que no se configuraba una legítima defensa porque no hubo una provocación ilegítima por parte de la víctima.

El razonamiento práctico feminista habilita otros análisis. En primer lugar, lejos de resultar ajenos al objeto del proceso, los antecedentes de violencia ponen en contexto los hechos denunciados y permiten un acercamiento más realista a lo sucedido. En este sentido, la mujer relató que el día del ataque su expareja la atacó primero a ella y luego a su novio, y contó que su expareja era una persona violenta y controladora que no aceptaba la ruptura de la relación.

Si se hubiera permitido introducir más pruebas y se hubieran valorado los elementos incorporados que daban cuenta de un vínculo caracterizado por la violencia, el control constante y la falta de aceptación de la separación, la versión que dio la joven habría resultado verosímil. De esos antecedentes surgía que la joven puso fin al vínculo por la violencia que sufría pero que el maltrato no cesó, lo que la llevó a presentar denuncias por violencia. Es sabido que lo que pone en juego la violencia de género siempre es una cuestión de dominio (Hirigoyen, 2008: 14), por tanto, la violencia se incrementa cuando la mujer toma la decisión de denunciarla¹⁵ o de separarse (Walker, 2012: 194; Hirigoyen, 2008: 39), pues el agresor siente que pierde el control. Entre las distintas estrategias que suelen utilizar los hombres violentos para mantener el dominio se encuentran los intentos de control, celos excesivos, amenazas, manipulación de los hijos, violencia psicológica y violencia física, entre otros (Cohen Imach, 2013: 86), situaciones presentes en el relato de la mujer. También se reconoce como forma de violencia de género la que dirige el agresor hacia otras personas con intención de causar sufrimiento a la mujer (Hirigoyen, 2008: 39)¹⁶. En ese marco, la versión de la acusada no solo

15. Cf. CIDH, caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos, informe n.º 80/11, 21 de julio de 2011, párr. 166.

16. En materia legislativa, este supuesto se ve plasmado como homicidio agravado en el artículo 80, inciso 12 del Código Penal, figura conocida como femicidio vinculado.

resultaba creíble, sino que también estaba respaldada por los datos del contexto. En consecuencia, el historial de violencia (junto con otra prueba dejada de lado en el juicio) era relevante a fin de analizar si hubo una agresión ilegítima que diera lugar a una legítima defensa.

Un razonamiento contextualizado también hubiera descartado el supuesto dolo homicida de Gerez. Para el fiscal, si la mujer hubiera querido proteger a su pareja, como ella afirmaba, se hubiera interpuesto entre ambos hombres; y para el tribunal hubo un “contundente actuar homicida”. Sin embargo, el razonamiento fiscal carece de sentido si se tienen en cuenta las diferencias físicas entre la mujer y la expareja y el historial de violencia de género. Al considerar esas circunstancias se advierte que interponerse en la riña no es una conducta exigible a la mujer y que, de haberlo hecho, seguramente habría salido herida, porque su expareja ya había ejercido violencia física contra ella en muchas ocasiones. El análisis de las circunstancias concretas del caso también pone en evidencia los estereotipos presentes en el razonamiento legal al exigir una conducta determinada como única respuesta válida para un actuar defensivo, pese a que en las circunstancias precisas del caso era a todas luces una conducta arriesgada e ineficiente. Sobre este punto advierte el Comité CEDAW advierte al poder judicial que “ejer[za] cautela para no crear normas inflexibles sobre lo que las mujeres deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violencia basándose en nociones preconcebidas de lo que define a una víctima de violencia basada en el género”¹⁷.

Por otra parte, en aras de analizar otros requisitos propios de la legítima defensa, un acercamiento contextualizado permite advertir que la intervención de Gerez a favor de su pareja era una medida necesaria y proporcional, ya que aquel se encontraba en clara desventaja física por la marcada diferencia en peso y altura entre ambos hombres; además, su pareja tenía tuberculosis, por lo que se encontraba débil, mientras que su expareja practicaba un deporte de lucha. Un análisis práctico feminista habría concluido, en primer lugar, que no existía dolo homicida y, en segundo lugar, que se acreditaba un supuesto de legítima defensa de un tercero.

En materia de delitos de drogas, el razonamiento práctico feminista también da lugar a respuestas que contemplan las vivencias de las mujeres y abren paso a decisiones renovadas. En el caso Suárez Eguez se detuvo a una mujer mientras transportaba droga. Ella afirmó que lo hizo para costear el tratamiento oncológico que requería su hijo, pero la explicación fue descartada y se dictó su procesamiento, por resultarles poco creíble y por considerar que no se había acreditado la inexistencia de otros medios para brindar la atención de salud.

Sin embargo, los datos del contexto en que estaba inmersa la mujer habilitaban la procedencia de un estado de necesidad justificante. Por un lado, se afirmó genéricamente

17. Comité CEDAW, comunicación n.º 18/2008, Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, 22/09/2010, párr. 8.4.

que había otros adultos a cargo y que el padre del niño estaba al tanto de la enfermedad de su hijo. Esa afirmación traduce un pensamiento genérico lejos de la realidad, ya que los otros adultos que convivían con el grupo familiar carecían de medios para afrontar el tratamiento médico y el otro progenitor tampoco realizaba aportes económicos. Además, el grupo familiar se encontraba en un contexto de severa vulnerabilidad socioeconómica y vivía en un país que no cubría la atención de la enfermedad. También es relevante contemplar la función preponderante que cumplía la mujer en el cuidado de sus hijos, para comprender así la forma en que se sentía compelida a realizar alguna conducta salvadora para su hijo (cuestiones que también pueden ser develadas apelando a la experiencia y la pregunta por las mujeres).

Un enfoque contextualizado dará relevancia a esos aspectos que con frecuencia son descartados por otros métodos tradicionales (por qué realizó la conducta, qué posibilidades reales tenía —o se podía figurar que tenía— de obtener el dinero de otro modo, con qué recursos sociales y familiares contaba, qué rol cumplía la mujer en el cuidado familiar, etc.) y tendrá por configurado el estado de necesidad que el razonamiento abstracto descartó.

Por otra parte, para evaluar si procede un estado de necesidad justificante o exculpante, el razonamiento práctico exige que la ponderación de bienes se realice desde la perspectiva concreta de la persona involucrada. Desde ese punto de vista, es evidente que la mujer dará más valor al peligro concreto en que se encontraba la vida de su hijo frente al peligro abstracto que puede representar el transporte de drogas para la salud pública.

En definitiva, si las experiencias de las mujeres habilitan nuevos conocimientos, el razonamiento práctico feminista viabiliza la posibilidad de ese conocimiento mejorado mediante la revisión del concepto de relevancia jurídica. Desde una mirada crítica, hechos que la tradición penal descarta por insignificantes son revalorizados al exigir que el razonamiento jurídico contemple el contexto específico en que la acusada estaba inmersa. La posibilidad de contar con las experiencias reales de esas mujeres en el proceso penal impacta en la significación jurídica de los conceptos tradicionales al advertir la falta de objetividad y justicia que arrojaría al caso un acercamiento no contextualizado.

III. D. La identificación del “doble parámetro”

La reflexión en torno a la dicotomía sexual es otra clave para identificar cuándo una misma conducta es evaluada con distintas variables de medición según el sexo, género o identidad de género de la persona involucrada. Estos juicios diferenciados tienen su origen en patrones socioculturales más amplios que refuerzan los roles tradicionales de género y que suelen ser organizados como pares jerarquizados: racional-irracional, activo-pasivo, pensamiento-sentimiento, razón-emoción, cultura-naturaleza, objetivo-subjetivo, abstracto-concreto, universal-particular (Olsen, 2000).

En algunos casos, este doble estándar se hace patente en la legislación; por ejemplo, en normas como el adulterio, un delito que conforme al Código Penal de 1921 condenaba una misma situación con penas diferentes según el sexo del autor. Para ese delito, la codificación castigaba a la mujer que cometía un acto sexual adúltero con la pena de prisión de uno a tres años, pero para el marido se establecía que solo era punible en caso de que tuviera manceba dentro o fuera de la casa conyugal. Con independencia del discurso de la época, la definición del delito de adulterio ponía en evidencia una doble moral que permitía al hombre prácticas que estaban condenadas para las mujeres. Dado que se aceptaban las relaciones sexuales de los varones casados con las prostitutas, era necesario que la ley penal se adecuara a la conducta frecuente de sus destinatarios.

Sin perjuicio de que en la actualidad estas diferencias no se encuentren inscritas de manera manifiesta en la legislación, el doble estándar predomina en el contexto social y cultural, donde varones, mujeres y otras identidades desarrollan sus proyectos vitales. En efecto, a pesar de que los textos penales actuales —con excepción del aborto y del femicidio— no incluyen una referencia explícita al sexo del agente, el género permea en las interpretaciones de los tribunales y da lugar a soluciones discriminatorias. Partiendo de estereotipos respecto de las capacidades y roles que se esperan de las personas, en la Administración de justicia también se imponen obligaciones disímiles según el sexo de los involucrados (Facio, 1999: 125).

Algunas de las preguntas que permiten identificar estos sesgos son las siguientes: ¿se evalúan las mismas conductas de varones y mujeres de manera diferente?, ¿se describen las características de cada uno de los sexos de forma indistinta?, ¿cuáles son las obligaciones de varones y mujeres en un determinado contexto?, ¿qué se espera de una mujer o de un varón en el espacio doméstico?, ¿sus responsabilidades son iguales? Estos interrogantes son solo algunos de los que pueden servir para comprender cómo opera el “doble parámetro” en el campo del derecho.

Las expectativas normativas diferenciadas son una de las fuentes más extendidas del trato discriminatorio. Si bien esta forma de sexismo resulta menos visible, su nivel de expansión y generalización exige que se agudicen los sentidos para evitar su uso en las interpretaciones legales. De hecho, en los casos de mujeres imputadas, muchas de las decisiones que restringen las excarcelaciones o los arrestos domiciliarios se basan en la imposición de determinadas expectativas que suponen mayores obligaciones para las mujeres. Los deberes asociados a la crianza, originalmente vinculados con funciones biológicas, emergen de manera solapada en las resoluciones judiciales para evaluar las condiciones en las que se ejerce la maternidad. Muchas veces, el resultado lleva a la restricción de medidas que podrían atemperar el encierro en la prisión (MPD, 2015: 86-95).

En efecto, en la realidad material de las mujeres, el establecimiento de un doble estándar muchas veces opera para colocarlas en situaciones dilemáticas que suponen mantenerse en un lugar de subordinación o el deber de asumir obligaciones desproporcionadas

en relación con sus pares masculinos. La distribución de las funciones sociales está marcada por las categorías de género, y esa distorsión no escapa a los juicios penales.

En ese recorrido, frente a una resolución adversa a los intereses de una acusada, ya sea porque se le imponen deberes específicos o porque se les niega el reconocimiento de un derecho, la primera reflexión debería orientarse a identificar cuál es la concepción de “mujer” que sirve de fundamento para la solución del caso (Facio, 1999: 126). En el plano del derecho penal, el cuestionamiento a ese tipo de trato debe estar acompañado por una correcta articulación de los estándares de igualdad y no discriminación que den cuenta de que, en función del sexo o género de una persona, ella está sometida a obligaciones que tienen sustento en un doble estándar.

La dualidad en las pautas interpretativas puede tener consecuencias a la hora de medir la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o incluso la determinación judicial de la pena. Los casos reseñados en esta publicación muestran cómo el doble parámetro tiene una incidencia perniciosa en la atribución de responsabilidad penal a las mujeres, en especial en contextos de violencia. Así, en cuanto al potencial de esta herramienta en casos concretos, el estudio de las imputaciones a mujeres por delitos cometidos contra sus hijos o hijas muestra claramente este trato dispar. En este campo surge la asignación de obligaciones desmedidas para las acusadas en las tareas de la crianza, deberes muy diferentes a los que se impondrían a su par masculino. Por ejemplo, en diversos casos se observó que los estereotipos de la “buena madre” asignan cuidados que no tienen equivalencia para los varones y que solo imponen a la mujer el deber de cualquier sacrificio.

Esto se advierte, por ejemplo, en el proceso González Bonorino, Bárbara, en el que la acusación fue dirigida contra la madre de la criatura y su pareja, quien fue la que golpeó al niño hasta su fallecimiento. Si bien en la sentencia se absolvió a la acusada, lo relevante es que el proceso se mantuvo abierto hasta la etapa de juicio a pesar de que se sabía que la mujer ignoraba que su hijo estaba expuesto a la violencia del padrastro. Paradójicamente, el padre biológico de la criatura, quien vivía en otra ciudad pero sí sabía de los abusos sufridos por el niño, fue tenido por parte querellante¹⁸. Al resolver la apelación de la defensa al auto de procesamiento, la cámara puso de manifiesto el hecho de que el niño había estado en peligro desde el inicio de la convivencia con su padrastro y que quien detentaba el deber de actuar era su madre. Sin embargo, en esa ocasión nada se dijo de la actuación del padre biológico, quien actuaba en calidad de querellante. Este ejemplo sirve para ilustrar que la maternidad irradia obligaciones especiales para las mujeres después del parto, pero que sobre los varones no recaen los mismos deberes. Si bien los condicionamientos sociales se han modificado a través del tiempo, aún persiste la expectativa de una experiencia idealizada circunscripta a las mujeres.

18. Ver *infra*, capítulo 1, apartado 1.3.b y 1.3.c.

El establecimiento de un doble parámetro también se advierte en supuestos en los que la madre, al igual que sus hijos, es víctima de violencia. Así, por ejemplo, en el caso González, Marlen, la estrategia de la defensa se orientó a acreditar el contexto de violencia en el que ocurrieron los hechos y presentó prueba que daba cuenta de esta circunstancia y que advertía sobre el estado de coacción en el que se encontraba la mujer y la consecuente inexigibilidad de otra conducta¹⁹. A pesar de estos argumentos, los jueces emplearon un doble estándar invertido, es decir, consideraron que la violencia de ese grupo familiar era responsabilidad de los dos adultos integrantes de la familia, como si los dos hubieran realizado los mismos aportes.

Tratar a la violencia en el espacio doméstico como un hecho que afecta solo a los niños o niñas, sin tener en cuenta que aqueja también a las mujeres, las deja indefensas e invisibiliza las barreras que existen para erradicarla. Ante situaciones diferentes, en los que el varón ejerce violencia contra todo el grupo familiar, imponer iguales responsabilidades a la mujer y al agresor supone adoptar una doble vara de juzgamiento y, por lo tanto, dispensar un trato discriminatorio. Por lo demás, este tipo de razonamiento desconoce que la violencia contra las mujeres puede expresarse por medio del daño a los niños y niñas, conducta que nuestra legislación denomina “femicidio vinculado”.

En síntesis, la herramienta del doble parámetro es útil para alertar de que no se debe confundir la necesidad de un trato diferente con la imposición de obligaciones irrazonables que suponen un trato discriminatorio. La teoría del delito y la construcción de los tipos de ilícitos no pueden desarrollarse fuera de los principios de atribución de responsabilidad, respetuosos del principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, la mirada atenta al establecimiento de dobles estándares previene posibles tratos discriminatorios.

IV. Consideraciones finales

La teoría del delito aspira a alcanzar respuestas razonables, justas y objetivas mediante la aplicación de un sistema de análisis estratificado y limitado a lo normativo. Sin embargo, como sucede en general con la creación y aplicación del derecho, el sistema falla en sus objetivos al tomar por neutrales y universales construcciones que dejaron de lado las vivencias y necesidades propias de las mujeres y otros grupos subordinados. En contraposición, los feminismos jurídicos no se limitan a la consistencia interna de las construcciones legales, sino que expanden su análisis a los fundamentos axiológicos y a las consecuencias de su aplicación en la realidad cotidiana de las personas.

Trabajar con el ordenamiento jurídico de manera ascética puede conducir a soluciones discriminatorias por parte de la administración de justicia. Como se advertirá en la

19. *Ibid.*

investigación que se presenta, para evitar estos resultados, en algunas ocasiones los jueces intentan mitigar la injusticia a la que se llegaría mediante una aplicación mecánica de la dogmática penal tradicional buscando atajos. El recurso al juicio abreviado, la moderación de la respuesta propugnando un cambio de la calificación legal o del grado de participación o, finalmente, la disminución de la pena con sustento en valoraciones humanitarias son algunas de las vías alternativas a las que se recurren como si de esta manera estuvieran haciendo justicia. Aunque esas respuestas pueden mejorar parcialmente la situación procesal en algún caso, son insuficientes para asegurar el derecho de las mujeres a un juicio justo e imparcial. Por lo demás, mantienen intacta la idea de que la teoría del delito puede mantenerse ajena a los principios constitucionales que rigen en nuestro ordenamiento legal.

A partir de este reconocimiento resulta imperativo volver a analizar los conceptos jurídicos que conforman la teoría del delito para incluir los puntos de vista que fueron excluidos y para reconocer la situación de desigualdad estructural por motivos de género. Esta estrategia pone de manifiesto las limitaciones de la teoría del delito y arroja luz sobre los riesgos que acarrea la conservación de una base ideológica desatenta con la discriminación, en cualquiera de sus manifestaciones. Dado que la legislación penal no tiene una existencia independiente al de las sociedades desiguales que le dan sustento, la metodología feminista puede contribuir a compensar esos desajustes.

Las herramientas aquí presentadas están íntimamente vinculadas entre sí: la pregunta por las mujeres lleva a pensar sobre la experiencia de las mujeres y el razonamiento práctico feminista nos ilumina sobre la existencia de dobles parámetros. Cada uno de estos instrumentos, por sí mismos, y en relación con los otros, permiten detectar y analizar cómo eliminar el sesgo de género de la dogmática penal y de qué manera promover prácticas jurídicas más inclusivas. En su aplicación, estas herramientas interactúan para mejorar sustancialmente la capacidad del conocimiento jurídico. El objetivo final es incorporar una perspectiva de género que ofrezca respuestas justas a las mujeres en conflicto con la ley penal.

V. Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1987). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bartlett, K. T. (2011). Métodos jurídicos feministas. En M. Fernández y F. Morales (coords.), *Métodos feministas en el derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (pp. 19-116). Lima: Palestra. (Recuperado de Bartlett, K. T. (1990). Feminist legal methods. *Harvard Law Review*, 103(4), 829-888. Traducción autorizada realizada por Diego Aranda).
- Bergallo, P. y Moreno, A. (coords.) (2017). Nuevas institucionalidades de género en el sistema de justicia. *Hacia políticas judiciales de género*. Buenos Aires: Ediciones Jusbaire.
- Binder, A. (1999). *La función práctica de la dogmática penal. Teoría y práctica ¿dos mundos distintos?* Defensa Pública. Recuperado de <http://www.defensapublica.org.ar/biblioteca.aspx?op=Doctrina>

- Campos Rubio, A. (2008). *Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del derecho y a la experiencia jurídica*. Mujeres y Derecho: Pasado y Presente. I Congreso Multidisciplinar del Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, J. Astola Madariaga (coord.). Bilbao: Universidad del País Vasco.
- Cano, J. (2016). *El derecho penal como "tecnología de género": el desafío de la inclusión de la perspectiva de género en las sentencias sobre mujeres en roles de "mulas"*. Tesis de maestría en Derecho. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Cohen Imach, S. (2013). *Mujeres maltratadas en la actualidad. Apuntes desde la clínica y diagnóstico*. Buenos Aires: Paidós.
- Costa, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Buenos Aires: Didot.
- Creazzo, G. y Palidda, R. (2012). Cuando una mujer denuncia: las respuestas del sistema penal a las violencias machistas contra las mujeres en las relaciones de intimidad. En E. Bodelón (comp.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*. Buenos Aires: Didot.
- Facci, A. (2004). El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 6. Buenos Aires: Facultad de Derecho UBA.
- Facio, A. (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En A. Facio y L. Fries (eds.), *Género y derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM.
- Facio, A. y Fries, L. (1999). Feminismo, género y patriarcado. En A. Facio y L. Fries, (eds.), *Género y derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM.
- Falquet, J. (2017). *Pax neoliberalia. Perspectivas feministas sobre (la reorganización de) la violencia contra las mujeres*. Buenos Aires: Editorial Madreselva.
- Foucault, M. (1985). Poderes y estrategias. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madrid: Alianza Editorial.
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia*. Buenos Aires: Didot.
- Hirigoyen, M. F. (2008). *Mujeres maltratadas. Los mecanismos de la violencia en la pareja*. Buenos Aires: Paidós.
- Hopp, C. (2017). "Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal. En J. Di Corleto (comp.), *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Jaramillo, I. C. (2000). La crítica feminista al derecho (estudio preliminar). *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores.
- MacKinnon, C. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Ed. Cátedra.
- Maffía, D. (2007). Epistemología feminista: la subversión semiótica de las mujeres en la ciencia. *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, 12(28), 63-98.
- Ministerio Público de la Defensa (2015). *Punición & maternidad. Acceso al arresto domiciliario*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- Nuñez, L. (2018). *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*. México: Centro de Investigaciones y Estudios de Género.
- Obando, A. E. (1999). Las interpretaciones del derecho. En A. Facio. y L. Fries (eds.), *Género y derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM.
- Olsen, F. (2000). El sexo del derecho. En A. Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Biblos.
- Rodríguez, M. (2000). Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas. En H. Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Buenos Aires: Biblos.
- Roxin, C. (2008). *Fundamentos político-criminales del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Smart, C. (2000). La teoría feminista y el discurso jurídico. En H. Birgin (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*. Buenos Aires: Biblos.

Walker, L. E. A. (2012). *El síndrome de la mujer maltratada*. Bilbao: Desclée De Brouwer.

Welzel, H. (1993). *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.

PARTE 1

Capítulo 1. Criminalización de mujeres por delitos contra las personas

Raquel Asensio, Julieta Di Corleto y Cecilia González²⁰

Introducción

Cuando se imputan delitos a mujeres en los que las víctimas resultan ser sus hijas/os, parejas o exparejas, cobra vital importancia que las defensas (y los procesos penales) incluyan un enfoque de género. Esta necesidad viene dada, en especial, porque para calificar la conducta se evalúa a las acusadas en su vínculo con la víctima, lo que habilita un campo propicio para la inclusión de estereotipos de género en los trámites penales, que prescriben cómo debe comportarse una mujer para ser considerada una buena madre o una buena esposa. En la medida en que la mujer investigada se aparte del guion social, pasa a ser sospechosa (Chesney-Lind, 1987: 131, citado en Larrauri, 1992). Esos estereotipos conviven, a su vez, con mandatos sociales y falsos mitos acerca de qué es la violencia de género y de cómo debe comportarse una mujer para ser considerada una “víctima real” de ese tipo de violencia (Madriz, 2001: 94-118; Velázquez, 2003: 42-50).

Los estereotipos normativos o prescriptivos actúan de modo tal que, cuando un integrante de un grupo se aparta del rol socialmente asignado, recibe un castigo o reproche social por ello (Cook y Cusack, 2010: 21 y ss.). Cuando esos prejuicios permean los procesos penales, el castigo no es solo social, sino también jurídico (Martínez, 2013: 53-54).

A fin de contrarrestar posibles sesgos de género en los trámites judiciales, el derecho internacional de los derechos humanos exige que los/as operadores/as del sistema de administración de justicia se encuentren capacitados/as e incluyan un enfoque de

20. Agradecemos la colaboración y los aportes realizados por María Ángeles Ahumada, Ana Correa, María de la Paz Herrera y Samantha Singer.

género en su tarea²¹. En lo que respecta a casos como los que se abordan en este documento, esos estándares advierten que siempre que se invoque una situación de violencia de género, se activa el deber de debida diligencia reforzado para investigar, esclarecer y sancionar ese tipo de conductas²². Es criterio de los organismos de derechos humanos que ese deber se mantenga cuando la mujer se encuentra acusada de un delito, pues lo contrario implicaría una discriminación por su situación procesal, y llaman la atención sobre la necesidad de evitar estereotipos²³ que partan de considerar a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como poco fiables²⁴. Además, la jurisprudencia internacional indica que los procesos judiciales deben contemplar el contexto general en el que tienen lugar los hechos, asumirse con seriedad, llevarse adelante de forma oportuna, exhaustiva, efectiva y libre de estereotipos de género, y traen principios específicos sobre cómo recolectar y valorar la prueba en estos casos²⁵.

21. Este mandato surge del deber de asegurar a las mujeres el acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (art. 16 CN; arts. 1.1, 8, 25 y 24 CADH; arts. 2.1, 3, 14 y 26 PIDCyP; y arts. 2.c y 15.1 CEDAW) y a ser valoradas libre de patrones estereotipados de comportamiento (arts. 5.a CEDAW, 6.b CBP, 2.e Ley 26485). Además, surge de forma expresa de la Convención de Belém do Pará (art. 8.c), de la Ley 26485 (art. 9, inciso h) y de pronunciamientos y jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos (ver al respecto, Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrs. 400-401; Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 216; López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 236; y Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párr. 173; Comité CEDAW (2015). Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33, párr. 29.a.

22. Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 258; Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 241; Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146.

23. En casos de distinta naturaleza, los organismos internacionales han señalado que los estereotipos de género en la actuación institucional afectan al principio de igualdad y no discriminación (Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrs. 400-402; Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párrs. 214-216; López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 236; y Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párr. 173). También se ha indicado que comprometen el deber de imparcialidad judicial (Comité CEDAW. Karen Tayag Vertido vs. Filipinas. Comunicación n.º 18/2008. CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010, párr. 8.4; R. P. B. vs. Filipinas. Comunicación n.º 34/2011. CEDAW/C/57/D/34/2011, 12 de marzo de 2014, párr. 8.8; González Carreño vs. España. Comunicación n.º 47/2012. CEDAW/C/58/D/47/2012, 18 de julio de 2014, párr. 9.7). En idéntico sentido, Comité CEDAW (2015). Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33, párr. 26 y Recomendación General n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General n.º 19. CEDAW/C/GC/35, párr. 26.c.

24. Corte IDH. Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 272; J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 352; Comité CEDAW. X vs. Timor Oriental. Comunicación n.º 88/2015. CEDAW/C/69/D/88/2015, 25 de abril de 2018, párr. 6.8.

25. A modo de ejemplo, indican que, teniendo en cuenta la dificultad para probar estos hechos (que suelen ocurrir en privado, sin la presencia de testigos ni registros documentales), el testimonio de la víctima cobra especial relevancia, y reparan en que las frecuentes imprecisiones, olvidos o contradicciones no sustanciales en el relato, así como las demoras en comunicarlo no minan la credibilidad de la víctima (Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrs. 100-106; Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párrs. 89-92 y 95; J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 323). Sobre estándares internacionales en materia de valoración de la prueba en casos de violencia de género, ver Di Corleto y Piqué (2017), Lopes Cerqueira (2018: 65-80) y Zelada y Ocampo Acuña (2012).

En consecuencia, una defensa técnica eficaz ha de garantizar que la acusación penal, el proceso y la condena obedezcan a los hechos comprobados en la causa y a una aplicación no discriminatoria del marco legal, y no a preconceptos de género²⁶. Con este objetivo, se realizó un relevamiento de sentencias que buscó identificar si los contextos de violencia y vulnerabilidad eran alegados, acreditados y valorados, y de qué modo se insertan (o podrían hacerlo) en los distintos estamentos de la teoría del delito.

Lineamientos metodológicos

Para la elaboración de este documento se evaluaron las estrategias de defensa y los criterios jurisprudenciales adoptados por los tribunales en casos de mujeres imputadas por delitos contra sus hijos/as, parejas o exparejas. El análisis se restringió a aquellos casos en los que el expediente o la sentencia mostraban que la acusada se encontraba en una situación de vulnerabilidad²⁷ o afrontaba un contexto de violencia de género²⁸.

Como toda investigación con vocación transformadora, a partir del reconocimiento de la defensa pública como sujeto y objeto de la investigación, este documento analiza, desde la perspectiva de la defensa, las estrategias legales esgrimidas en favor de las mujeres acusadas, así como también la respuesta dada por los tribunales.

El relevamiento se realizó en la jurisdicción de la Justicia Nacional Criminal y Correccional, y apuntó a identificar causas en las que las mujeres estuvieran acusadas de haber ocasionado la muerte o provocado lesiones a sus hijos/as o a sus parejas o exparejas, ya sea que se calificaran como homicidio, lesiones o abandono de persona. Se realizó un recorte de casos que llegaron al conocimiento de la justicia entre los años 2014 y 2017²⁹. La delimitación espacial al ámbito de la justicia nacional (con sede en Ciudad de Buenos Aires) responde a la competencia del Ministerio Público de la Defensa de la Nación para intervenir en procesos que atiendan a crímenes comunes. Con las variables mencionadas, se hallaron doce casos que se analizarán en este informe.

A su vez, con independencia de ese ámbito territorial y temporal, se agregaron cinco casos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tienen relación con la temática analizada.

26. Comité CEDAW (2015). Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33, párr. 26.

27. Para este trabajo se toma el concepto de “vulnerabilidad” dado por las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad* (actualizadas en abril de 2018).

28. Aunque se considera que conceptualmente la violencia de género constituye un factor de vulnerabilidad, en este informe se hará especial mención a la primera, con el fin de visibilizar y analizar con mayor detalle el impacto jurídico que tiene en particular este factor de vulnerabilidad en las posibles líneas de defensa.

29. El análisis comprende una mayor cantidad de sentencias que de casos, ya que en algunos de ellos se contó con sentencias de distintas instancias. En algunos supuestos donde las causas quedaron abiertas más allá del período 2014-2017, se incluyeron resoluciones posteriores que actualizaron el estado de las causas halladas inicialmente. La identificación de los casos y de las sentencias analizadas puede verse en el anexo de jurisprudencia que complementa este informe.

Dos de esas sentencias han sido ampliamente divulgadas y son referencias obligadas en la atención de casos similares³⁰, otra de ellas es muy reciente, pero por la trascendencia de sus consideraciones sin duda tendrá gran importancia en casos similares³¹, mientras otras dos son poco conocidas y carecen de respuestas a los planteos esgrimidos por la defensa³². En cualquier caso, al ser decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se las incluyó en la medida en que pueden inspirar resoluciones futuras en la materia.

Para la búsqueda de las sentencias judiciales se utilizaron las bases de conocimiento de acceso abierto³³. Además de las bases de jurisprudencia, se rastrearon las sentencias recaídas en casos en los que intervinieron la Comisión sobre Temáticas de Género o el Programa de Atención a Problemáticas Sociales de la Defensoría General de la Nación (DGN)³⁴.

Es probable que existan otros casos en los que mujeres en condiciones de extrema vulnerabilidad o víctimas de violencia de género se hayan visto inculpas en esta clase de delitos, pero posteriormente no superaron la etapa de instrucción y no llegaron a juicio. En este sentido, datos del sistema de gestión judicial del organismo sugieren que por año se inician alrededor de doscientos procesos contra mujeres por delitos de homicidio y lesiones agravados por el vínculo y por abandono de personas calificado, pero cerca de la mitad resultan sobreesidos en la etapa de instrucción y solo un porcentaje muy bajo llega a instancias de juicio oral³⁵. Además, los datos oficiales

30. Se trata de las causas Tejerina (CSJN, fallos: 331: 636), en la que se pidió la intervención de la Corte para revisar una condena en un caso de infanticidio; y Leiva (CSJN, Fallos: 334: 1204), en la que la corte declaró la nulidad de la sentencia que condenó a una mujer por el homicidio de su pareja, sin atender al planteo de la defensa que alegó que había actuado en legítima defensa.

31. CSJN, R., C. E. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n.º 63006 del Tribunal de Casación Penal, sala IV, 733/2018/CSJ, rta.: 29/10/2019. Se trata de un caso en el que la CSJN (con remisión al dictamen fiscal) revoca la condena a una mujer que lesionó a su pareja en un contexto de violencia de género y en legítima defensa.

32. Se incluyen aquí los casos Rosas (CSJN, Rosas, Romina Mariela y otros s/p. ss. aa. homicidio calificado, R. 730. XLVI. RHE, rta.: 20/08/2014) y Cejas (CSJN, Fallos: 339: 1168), en los que se imputó a mujeres el homicidio de sus hijos en la figura de comisión por omisión. En Rosas la Corte rechazó su intervención, con un voto disidente del juez Zaffaroni, y en Cejas resolvió la cuestión por falta de fundamentación adecuada.

33. Las bases consultadas fueron: Ministerio Público de la Defensa, Corte Suprema de Justicia de la Nación (<https://sj.csjn.gov.ar/sj/>), Centro de Información Judicial (<https://www.cij.gov.ar/>), Sistema Argentino de Información Jurídica (<http://www.saij.gov.ar/>), Poder Judicial de la Nación (<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/index.jsp>), Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (<https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>), Oficina de la Mujer – CSJN (<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/consultaSentencias.html>), Observatorio de Sentencias Judiciales del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?aplicacion=app003&cnl=41&opc=9>).

34. En once de los doce casos encontrados, las mujeres fueron asistidas por la defensa pública, y en diez de ellos se realizó en algún momento (ya sea en la etapa de instrucción o en la de juicio) una consulta a la Comisión sobre Temáticas de Género. Esta circunstancia indica que los/as defensores/as oficiales valoran positivamente la necesidad de incluir un abordaje técnico específico.

35. Estas cifras comprenden los delitos cometidos contra los/as hijos/as y contra las parejas o exparejas, aunque también abarcan otros supuestos en los que se agrava la figura básica. Los datos del sistema DefensaNet muestran que se iniciaron las siguientes causas penales: por abandono agravado: 3 en 2014, 3 en 2015, 1 en 2016 y 3 en 2017; por homicidio agravado por el vínculo: 3 en 2014, 8 en 2015, 4 en 2016 y 4 en 2017; y por lesiones agravadas por el vínculo: 160 en 2014, 210 en 2015, 220 en 2016 y 169 en 2017. Es decir, en los cuatro años hubo un total de 10 casos por abandono agravado, 19 por homicidio agravado por el vínculo y 759 lesiones agravadas por el vínculo, lo que da un total de 788 procesos. Las estadísticas del Ministerio Público de la Defensa indican que, de esos 788 procesos, el 45% (352 casos) fueron sobreesidos, el 5% (37 casos) obtuvo una suspensión del juicio a prueba y poco más del 1% (10 casos) fueron resueltos en juicio abreviado.

que registran la población carcelaria muestran que la presencia de mujeres en las cárceles federales detenidas por delitos contra las personas apenas alcanza el 6% de la población total femenina³⁶.

La escasa cantidad de sentencias halladas también puede obedecer a la débil adhesión a los términos de la Acordada 15/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que obliga a las cámaras y tribunales orales nacionales a publicar todas las sentencias que suscriben. Además, la ausencia de planteos por parte de las defensas que refieran a los contextos de vulnerabilidad o violencia en el que obraron sus asistidas también pudo incidir en la dificultad para identificar causas pertinentes para la investigación.

Para el supuesto específico del delito de abandono de persona, debe considerarse que desde el año 2008 la competencia para investigar y juzgar esos delitos quedó a cargo de la justicia local de la Ciudad de Buenos Aires³⁷, ámbito territorial que estuvo excluido en la búsqueda de jurisprudencia de este informe. Sin perjuicio de ello, en los supuestos donde la hipótesis inicial de investigación indica que la calificación jurídica podría variar al delito de homicidio o lesiones, es criterio jurisprudencial que la competencia se mantenga en la justicia nacional, por ser la competencia más amplia³⁸.

Finalmente, cabe destacar que el análisis de casos se acota a lo que surge de las sentencias o autos interlocutorios, ya que, salvo excepciones —que serán señaladas—, no se tuvo acceso a otras constancias de los expedientes. En anexo de jurisprudencia se presenta el resumen de los casos analizados, con indicación y cita de las resoluciones judiciales incluidas, que comprende los doce casos que son materia de estudio³⁹.

A continuación se presentarán los resultados de la investigación. El documento se divide en tres partes. En la primera, se analizan casos en los que las mujeres fueron acusadas por delitos omisivos contra sus hijos/as y el hecho lo cometió, de propia mano, su pareja o expareja; la segunda parte incluye supuestos en los que se acusó a las mujeres de dar muerte a su hijo/a recién nacido; y, la última, casos en los que se las imputó por lesionar o dar muerte a sus parejas o exparejas.

36. Según datos del Filtrado Interactivo del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), entre 2014 y 2016 hubo 144 mujeres detenidas en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal por delitos de homicidio agravado, lesiones agravadas y otros delitos contra las personas (entre los que se encontraría, entre otros, el abandono de personas). Esas cifras representan alrededor del 6% de mujeres encarceladas y contrastan con los datos de mujeres detenidas por delitos de drogas (que ubica esta población en más del 60% del total de mujeres encarceladas en el sistema penitenciario federal). Por otra parte, claramente exceden a las mujeres acusadas de lesionar, matar o abandonar a sus hijos/as o parejas, pues la figura agravada abarca un cúmulo mayor de situaciones.

37. Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, firmado el 01/06/2004. Ley CABA 2257 (BO: 22/11/2007) y Ley Nacional 26357 (BO: 31/03/2008).

38. Este fue el criterio expresamente establecido por la CSJN en el caso Fernández, Gabriela Yamila, analizado en este informe (CSJN, Arjona, Mario y otro s/abandono de personas, CCC 064642/2015/4/CS001, rta.: 23/02/2016, que remitió al dictamen del Procurador General).

39. No se incorporan en el anexo los casos de la CSJN.

A su vez, cada parte presenta (1) el marco normativo aplicable al grupo de delitos imputados; (2) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia; (3) el análisis de los casos encontrados en el relevamiento de jurisprudencia, para lo cual se tienen en cuenta cuáles fueron los cuestionamientos a los términos de la acusación, al tipo objetivo y subjetivo, a la culpabilidad y a la determinación de la pena; (4) una valoración sobre qué tipo de recepción tuvieron en las sentencias las alegaciones vinculadas a una condición de género; y (5) propuestas sobre posibles defensas que consideren la forma en que impacta en cada estamento de la teoría del delito el contexto de vulnerabilidad o violencia de género en el que se encuentra la mujer acusada.

1. Imputaciones a mujeres por omisión de cuidado de sus hijos/as

1.1. Marco normativo

Los casos analizados encuentran calificaciones jurídicas que varían entre los delitos de abandono de persona, homicidio y lesiones.

El abandono de persona (previsto en el art. 106 del Código Penal) requiere “colocar en situación de desamparo” o “abandonar a su suerte” a una persona, siempre que genere un peligro para su vida o su salud. Asimismo, el supuesto se agrava si se produce un daño grave en el cuerpo o la salud de la víctima, si causa la muerte (segundo y tercer párrafo del art. 106 del Código Penal) o si el delito es cometido por los padres contra sus hijos (art. 107 del Código Penal).

La figura típica prevé tres modalidades, dos de las cuales fueron utilizadas en los supuestos de hecho analizados en el presente informe: colocar en situación de desamparo a cualquier persona o abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse a la que el sujeto activo debe mantener o cuidar. El primer supuesto constituye una figura activa, porque es una infracción a una obligación de no hacer, y no requiere un vínculo reforzado entre la persona infractora y la víctima. El segundo supuesto es una figura omisiva, porque implica una infracción a obligaciones de hacer, y requiere que entre infractora y víctima exista un deber jurídico preexistente que la coloca en situación de garante (D'Alessio y Divito, 2011: 134 y ss.).

Cuando en los casos analizados se utilizó la calificación de homicidio o lesiones agravadas por el vínculo (conf. arts. 80, incs. 1 y 89 a 93 CP), en general fue mediante una imputación omisiva, más concretamente, en comisión por omisión. Esta modalidad de imputación no está tipificada y su utilización implica admitir que un delito que está descrito como una figura activa en el Código Penal pueda configurarse cuando la persona que tiene un deber de garante no impide el resultado típico. Además de la equiparación de acciones y omisiones, la comisión por omisión requiere una afectación del bien jurídico, de la misma forma que en el caso de la estructura activa (resultado de

lesiones o de muerte). Sus autores son siempre calificados, limitando el círculo de posibles autores a aquellos que se encuentran en una posición de garante respecto del bien jurídico protegido. Al no estar legislado, se debe completar la tipicidad objetiva a partir de considerar cuáles son los autores que están obligados a evitar el resultado prohibido por la figura comisiva (Basílico y Todarello, 2012: 2013; Bacigalupo, 1999: 228).

La estructura de la imputación de la comisión por omisión acude a una interpretación que amplía el ámbito de lo prohibido mediante analogía, razón por la que recibe críticas de buena parte de la doctrina por contradecir los principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 542; Silvestroni, 1996: 273; Buján y Soñora, 2019: 49)⁴⁰. Sin embargo, como se verá, estos cuestionamientos no se vieron reflejados en el litigio de los casos estudiados.

En algunas de las causas analizadas en este apartado, las acusaciones por delitos omisivos concurren con imputaciones de lesiones u homicidio en forma activa. Pese al uso superpuesto entre delitos activos y omisivos, los casos estudiados no tratan de situaciones de maltrato infantil perpetradas activamente por las madres contra sus hijos/as, sino que la figura activa aparece solo de modo subsidiario o residual. En cambio, la centralidad de la imputación en todos los casos abordados está dada por el incumplimiento de deberes de amparo activo, correspondientes al rol materno de cuidado y protección.

1.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de pronunciarse en, al menos⁴¹, dos casos en los que las mujeres fueron condenadas por la muerte de sus hijos/as a manos de sus parejas, y en los que se cuestionó la imputación de comisión por omisión. Sin embargo, en ambas ocasiones el Máximo Tribunal omitió expedirse, ya sea porque declaró inadmisibile el recurso o porque se limitó a responder otros agravios, sin realizar consideración alguna sobre la calificación legal utilizada o sobre la formulación de la acusación comisiva y omisiva.

En el caso Rosas, Romina⁴² se acusó originariamente a ambos progenitores por la muerte de su hijo. Se les imputó que uno de ellos —sin que pudiera identificarse quién realizó la acción y quién lo dejó hacer— o ambos a la vez golpearon al niño de forma desenfrenada y reiterada, lo que le causó la muerte. Transcurrida la etapa de juicio, se

40. El modelo argentino no contiene una cláusula genérica que permita equiparar acciones y omisiones. En este entendimiento, se advierte que su utilización resulta inconstitucional por afectar el principio de legalidad y la prohibición de analogía. Además, aun aceptando su uso, se cuestiona que se produzca igual recriminación a la omisión de evitar un resultado que a su causación, con el argumento de que resulta lesivo de los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

41. Como la CSJN está habilitada para rechazar sin necesidad de fundar recursos extraordinarios y recursos de queja (art. 280 CPC), es probable que existan otros casos en los que también se haya cuestionado ese tipo de calificación penal pero se haya rechazado habilitar su competencia sin expresar los motivos.

42. CSJN, Rosas, Romina Mariela y otros s/p. ss. aa. homicidio calificado, R.730.XLVI.RHE, rta.: 20/08/2014.

imputó a Rosas un comportamiento omisivo, por lo que fue condenada a prisión perpetua por el homicidio calificado por el vínculo, en comisión por omisión, y al padre del niño, Claudio David Vega, por el mismo delito y a la misma pena, en modalidad comisiva.

Contra esa sentencia se interpuso recurso de casación, que fue rechazado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, y más tarde la defensa interpuso recurso extraordinario federal y de queja.

El Procurador ante la Corte Suprema de Justicia, adhirió a los fundamentos brindados por el Tribunal Superior Provincial. Para el Procurador es posible sostener con certeza que de los integrantes de la pareja, al menos el prevenido Vega intervino activamente ejecutando materialmente los golpes sufridos por el niño. Y aunque no puede afirmarse lo mismo con igual grado de convicción en relación con la imputada Rosas, sí es válido extraer certeramente su comportamiento omisivo en relación con dicho resultado lesivo. Esto es, que pese a haber sabido lo que ocurría y poder intervenir impidiendo, anulando o morigerando el accionar de Vega, no hizo nada, siquiera verbalmente o propinándole después oportuno auxilio médico⁴³. Asimismo, resaltó que el tribunal “refirió que las pruebas sobre su extraordinaria frialdad e indiferencia frente a lo ocurrido —tal cual lo relataron el policía N. y el médico S.— brindan crédito a los aspectos centrales del dictamen oficial en orden a la incriminación de la encartada en términos omisivos. Esto es, sus rasgos psicopáticos y su tendencia a mentir y ocultar lo ocurrido⁴⁴.

La mayoría de la Corte (con los votos de Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Petracchi) rechazó el planteo con aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que habilita a desestimar el recurso sin necesidad de fundamentar, por considerar que falta agravio federal suficiente o que las cuestiones planteadas resultan insustanciales o carentes de trascendencia.

En voto disidente, el juez Zaffaroni destacó que la imputación de comisión por omisión viola la exigencia de estricta legalidad. Sostuvo en este aspecto que “la vía franca a la construcción analógica de tipos penales en esta materia no tiene otra explicación que una pretendida etización que retrocede en varios siglos a la confusión entre moral y derecho [...]. Es inadmisibles que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber emergente de otras leyes, como puede ser la civil [...]”; y concluyó que “resulta constitucionalmente inadmisibles —por incurrir en una analogía violatoria del principio de legalidad— una imputación por homicidio (que es un tipo activo doloso) basada en

43. Dictamen del Procurador General de la Nación, Rosas, Romina Mariela y otros s/p. ss. aa. homicidio calificado, R. 730.XLVI, 26/03/2012.

44. Cabe advertir que este tipo de valoración puede reflejar la presencia de estereotipos de género que remiten a la idea de debilidad y emocionalidad femenina, que influyen para restar credibilidad a las mujeres que no reaccionan según esas expectativas sociales.

una omisión, toda vez que ni siquiera existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo”⁴⁵.

Finalmente, el magistrado destacó otro aspecto crítico del fallo recurrido, vinculado al dolo, pues evaluó que, según las constancias de la causa “no parece haber habido ni un concierto ni una voluntad coincidente con el agente activo que puso en funcionamiento la causalidad. La condena con base en un mero conocimiento importa en alguna medida un *versari in re illicita*, sin que pueda evitarse esta consecuencia por alegación de un supuesto dolo eventual, que en estos tipos resulta aún más nebuloso que en la tipicidad activa”.

El segundo caso que llegó a conocimiento de la Corte Suprema, Cejas, Paola Azucena⁴⁶, se condenó a la mujer y a su pareja afirmando que, o bien uno de los progenitores habría propinado la golpiza que terminó con la vida del niño y el otro no intervino para evitarlo, o bien ambos lo golpearon. El Superior Tribunal de Córdoba había convalidado la sentencia pues consideró que no era relevante que se distinguiera el accionar desplegado por cada uno de los adultos, pues en cualquier caso serían responsables por el hecho y recibirían la misma pena.

La causa llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de queja por recurso extraordinario rechazado interpuesto en favor de Cejas. Al analizar el caso, el Alto Tribunal anuló el fallo por contener respuestas contradictorias a los agravios planteados por la defensa. En este sentido, la Corte refirió una contradicción con respecto al valor otorgado por el Superior Tribunal Provincial a la conducta omisiva, en tanto la resolución recurrida sostuvo que era indistinto si Cejas había realizado acciones que causarían el resultado de muerte o si había sido partícipe mediante la omisión de resguardarlo, porque en ambos casos la medida de la pena no era graduable (prisión perpetua); pero al mismo tiempo rechazó tratar el agravio vinculado a la concurrencia de circunstancias extraordinarias de atenuación que permitían imponer una pena temporal, ya que consideró que dicha defensa solo sería eficaz en caso de que a la mujer solo se le hubiera imputado una conducta omisiva.

En este caso, la defensa alegó que no se había valorado la prueba producida en el debate que demostraba que la mujer estaba en una situación particular de vulnerabilidad y que era víctima de violencia de género, y fue precisamente por esas circunstancias por las que no pudo actuar para evitar que su pareja golpeará a su hijo y le causara su muerte. La Corte Suprema criticó el argumento contradictorio del Tribunal, pues impidió analizar un agravio conducente para la correcta valoración del caso. De este modo, se colige que el análisis del contexto de violencia de género es una cuestión

45. CSJN, fallos: 330:4945, Antognazza, María Alejandra s/p. s. a. abandono de persona calificado, causa n.º 19143/2003, rta.: 11/12/2007. Disidencia de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, considerando 8.º.

46. CSJN, fallos: 339:1168, recurso de hecho deducido por la defensa de Paola Azucena Cejas en la causa Casas, Mauricio Agustín del Valle y otro s/p. ss. aa. homicidio calificado, causa n.º 71, rta.: 23/08/2016.

que debe ser abordada por los tribunales en este tipo de situaciones como garantía del derecho de defensa.

1.3. El tratamiento de la justicia nacional en lo criminal de CABA

En el relevamiento realizado se encontraron cuatro casos de mujeres acusadas por incumplir deberes de cuidado respecto de sus hijos/as. Estos incumplimientos se activaron cuando la pareja de la mujer perpetró agresiones físicas contra los/as niños/as. Las imputaciones varían y, en ocasiones, se superponen en la misma causa entre tres supuestos de hecho distintos: a) no haber intercedido en el momento de la agresión para evitarla, b) haber dejado al niño o niña al cuidado de su pareja violenta y c) no proveer atención médica a su hijo/a inmediatamente después de la agresión.

En el grupo de sentencias analizadas se observa que el contexto de violencia de género que sufría la mujer acusada fue presentado y analizado de manera preferente en el ámbito de la tipicidad subjetiva o en la culpabilidad; en cambio, fueron menos los cuestionamientos a la formulación de la acusación y a la tipicidad objetiva.

a. El control de la acusación

En tres casos se juzgó la muerte de niños/as ocurrida en el ámbito familiar en contextos de violencia (Ordóñez Aguilera, Martha Sandra Antonia⁴⁷; González Bonorino, Bárbara⁴⁸; y Pastore, Andrea⁴⁹) y en otro (González, Marlen⁵⁰) se investigó el delito de lesiones a una niña. La reseña de los casos permite ver un uso poco claro —o, al menos, sin patrón uniforme— de la elección de la calificación jurídica utilizada y de la modalidad activa o pasiva imputada. A su vez, también se utilizaron varias calificaciones legales dentro de un mismo proceso, ya sea mediante acusaciones alternativas o en concurso ideal de delitos.

En Ordóñez Aguilera, Martha Sandra Antonia, inicialmente se acusó a la mujer por haber realizado una “intervención necesaria” en la muerte de su hija, ejecutada por su pareja mediante una golpiza cuando ella no estaba presente. En concreto, se le imputó que no la había llevado a recibir atención médica para su tratamiento y que, una vez acaecida la muerte, creó junto con su pareja un relato que no se ajustaba a la realidad. También se consignó que, tiempo antes de la paliza mortal, ambos habrían propinado golpes y quemaduras por derrame de agua y que habían ocultado dichas acciones violentas. Asimismo, se reprochó a Ordóñez Aguilera no haber realizado ninguna

47. TOC 13 de la Capital Federal, Ordoñez Aguilera, Martha, causa n.º 30660/2015, rta.: 27/12/2016.

48. TOCyC 13 de la Capital Federal, González Bonorino, Bárbara, causa n.º 33440/2015, rta.: 22/06/2017; CNACyC, sala de feria B, González Bonorino, Bárbara, causa n.º 33440/2015, rta.: 23/07/2015.

49. CFCP, sala I, Pastore, Andrea, causa n.º 15539, rta.: 08/09/2014.

50. TOCyC 6 de la Capital Federal, González, Marlen Antonella, causa n.º 6116/2015, rta.: 09/05/2016.

acción tendiente a hacer cesar la violencia contra su hija cuando esta se quedaba al cuidado de su padre y que, en consecuencia, la muerte podría haber sido evitada.

Pese a la amplitud y diversidad de los hechos descritos, Ordóñez Aguilera fue requerida a juicio por el delito de homicidio agravado por el vínculo, en calidad de partícipe necesaria. Al finalizar el debate, el fiscal modificó la acusación con relación a Ordóñez Aguilera sobre la base de recriminar que conocía el riesgo al que estaba expuesta su hija, razón por la cual debió evitar que su marido causase la muerte de la niña, y calificó la conducta como abandono de persona agravado por el vínculo y por el resultado. Por último, después de la sentencia que absolvió por duda razonable a Ordóñez Aguilera, el Fiscal General interpuso recurso de casación contra esa decisión invocando el delito de omisión de auxilio (art. 108 CP) por no haber buscado atención médica oportuna. A su turno, la Cámara Nacional de Casación criticó las oscilaciones en el encuadre legal, señalando que la presentación de hipótesis fácticas contradictorias impidió precisar cuál era la calificación jurídica de los hechos pretendida y rechazó el recurso.

En González Bonorino, Bárbara, el fallecimiento del niño también se produjo tras haber sufrido una golpiza generalizada por parte de la pareja de la mujer cuando ella no estaba en el hogar. Inicialmente, fue imputada por no haber evitado el episodio luctuoso, en un contexto de maltrato infantil. Los hechos fueron calificados en el auto de procesamiento como delito de homicidio agravado por el vínculo y por haber sido cometido con alevosía, en comisión por omisión. En el momento de elevar la causa a juicio, el fiscal añadió una acusación subsidiaria por el delito de abandono de personas agravado por haber resultado en muerte y por haber sido cometido en calidad de madre contra su hijo. Esta calificación legal se efectuó por considerar que González Bonorino había dejado a su hijo al cuidado de su pareja a sabiendas de los antecedentes de maltrato a los que el niño se hallaba expuesto. Se argumentó que, tras haber privado a su hijo del cuidado y auxilio debido, este falleció a causa de los golpes ejecutados por el coimputado.

En Pastore, Andrea se investigó al padre y a la madre por las lesiones del bebé R. y la muerte del bebé N., ambos de meses de edad, ocurridos con un año de diferencia. Durante el juicio, el fiscal descartó la hipótesis de homicidio, pues consideró que no se había podido determinar la causa de la muerte de N., y consideró la conducta como constitutiva del delito de lesiones graves calificadas por el vínculo, cometidas en tres ocasiones. Con relación a los hechos que afectaron a R., acusó a ambos progenitores por lesiones graves, calificadas por el vínculo, en dos ocasiones. En la sentencia condenatoria, el Tribunal consideró que era irrelevante quién de los dos (padre o madre) había actuado por acción o por omisión, pues alcanzaba con presumir que al menos uno había actuado por comisión mientras el otro lo toleró. La defensa —ejercida conjuntamente a favor del hombre y la mujer— cuestionó que no se habían determinado las circunstancias en que ocurrieron los hechos, afectando así el principio de culpabilidad y las reglas de autoría y dominio del hecho. Al revisar la condena, la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el agravio y agregó que no interesaba qué acción había

llevado a cabo cada uno, pues lo determinante era el resultado de lesiones por el que los progenitores debían responder en función del deber institucional que tienen respecto a sus hijos. Durante todo el litigio el contexto de violencia fue invisibilizado, pese a que el testimonio de una vecina sugería que la acusada no estuvo en condiciones de evitar la acción lesiva porque estaba en el baño y a otros elementos de prueba que mostraban la existencia de violencia íntima⁵¹. La defensa particular no profundizó ni valoró estos datos para incluirlos en una estrategia exculpatoria.

Por último, en González, Marlen se consideró que la madre asumió una posición pasiva, consintiendo, tolerando o, al menos, no evitando, a través de los medios a su alcance, la producción de las lesiones ejecutadas por Joel Álamo a su hija. Asimismo, se le imputó que tardaron tres días en llevar a la niña al hospital tras haber sufrido las lesiones. En la descripción fáctica de la imputación, también se hizo referencia a que la hija era una niña de tres años y medio de edad que no sabía hablar ni darse a entender por falta de estimulación, que usaba pañales y que jamás había sido escolarizada (aspectos que, cabe señalar, no son reprochables penalmente). González fue acusada como coautora del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, en su forma de comisión por omisión, en concurso ideal con el delito de abandono de persona agravado por el vínculo.

Entre los planteos de la defensa vinculadas a la formulación de la acusación, no se encontraron cuestionamientos constitucionales al planteamiento de imputación en comisión por omisión, fundada en la vulneración del principio de legalidad, la prohibición de interpretación analógica y afectación al principio de culpabilidad y proporcionalidad⁵². También se observó una subutilización del agravio por afectación del derecho de defensa fundado en: a) la falta de descripción precisa de cuál es la conducta que la mujer debía realizar para cumplir con el mandato legal; b) la inclusión, sin distinción, de acciones y omisiones; y c) el reconocimiento expreso en la acusación, e incluso en la sentencia condenatoria, que no es posible esclarecer si la mujer actuó u omitió.

Algunas defensas plantearon la falta de congruencia en la acusación ante la variación sorpresiva durante el proceso⁵³. Este agravio fue rechazado por la Cámara Federal de

51. Del relato de la prueba reseñada en la sentencia surge que el día en que falleció N., una vecina escuchó una discusión y que la mujer gritaba “No, papi, no, papi”, “El bebé no, el bebé no”. También refirió haber escuchado otras discusiones en las que escuchó golpes, como si estuvieran arrojando cosas, en una fecha previa al fallecimiento del bebé. Además, otra vecina dijo que Pastore le dijo que ella se estaba bañando y al salir advirtió que el niño había dejado de respirar. También dijo que Francisco Pippo (padre del niño y coimputado en la causa) decía “La culpa es mía”. Por otra parte, uno de los estudios psicológicos detectó cierta impulsividad por parte del padre de los niños y, en cuanto a Pastore, sostuvo que tenía una personalidad “muy dependiente, sumisa, el que llevaba el manejo de la relación familiar aparentemente era el señor, ella tenía una dependencia a nivel vincular”.

52. Ver *supra*, nota 40.

53. Sobre la afectación al principio de congruencia vinculada a imputaciones por obligaciones de cuidado materno, en el fallo Antognazza el voto minoritario de Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni afirmó que se había afectado tal garantía. En el caso, la madre había privado a su hijo de alimentación, provocándole, de ese modo, lesiones leves. EL STJ de Chubut modificó la calificación legal del hecho por el que se había condenado a la imputada (abandono de persona calificado) por el delito de lesiones agravadas. El voto mayoritario de la Corte convalidó el cambio de sustrato fáctico y calificación, al no admitir el recurso por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial.

Casación en Pastore, pero de algún modo fue reconocido por la Cámara Nacional de Casación en Ordóñez Aguilera. En este último caso, la defensa oficial cuestionó los términos de la acusación formulada a su asistida y observó la mutación respecto de las conductas a las que el Ministerio Público Fiscal les asignó relevancia típica, lo que, según explicó, afectaron al derecho de defensa y al principio de congruencia. En el momento de resolver, la CNCC dijo: “En cuanto a la calificación jurídica del hecho que intenta reprocharle a la madre de M. R. O., la Fiscalía oscila entre una omisión de auxilio, un homicidio en comisión por omisión y un abandono de persona, lo que debilita la fuerza argumentativa del recurso. Es que no queda claro cuál es la conducta que efectivamente le reprocha a la madre y, producto de esta misma confusión, tampoco ha mostrado con una mínima precisión en qué tipo penal encuadra su reproche. Esto resulta esencial, en tanto la elección de una u otra figura demanda requisitos típicos diferentes”⁵⁴.

b. Cuestionamientos al tipo objetivo

De las sentencias analizadas, se observa que son pocos los planteos realizados con relación a la falta de acreditación de los diferentes requisitos de la tipicidad objetiva de los delitos de omisión. Excepcionalmente, en la instrucción del caso Bonorino González la defensa planteó que la mujer no tenía la posibilidad de adoptar una conducta destinada a evitar el resultado lesivo por encontrarse en una situación de violencia de género, lo que operaba en el campo de la tipicidad⁵⁵. El planteo no consiguió ninguna respuesta judicial, pues la resolución de la Cámara de Apelaciones se limitó a evaluar la culpabilidad de la acusada.

c. Cuestionamientos al tipo subjetivo

En dos de los casos estudiados se consideró que no se había acreditado el dolo (Ordóñez Aguilera, Martha y González Bonorino, Bárbara), y en un tercer caso se dictó una condena en el marco de un juicio abreviado, en el que se consideró comprobado ese extremo (González, Marlen)⁵⁶.

En el caso de González, Marlen, la mujer declaró que estaba en el baño cuando escuchó “un ruido de chirlo”, e instantes después la niña comenzó a llorar. Contó que en varias ocasiones quiso llevar a su hija al hospital, pero su pareja se opuso e incluso la amenazó para que no lo hiciera. Cuando al fin la llevó, no contó cómo sucedieron los hechos por temor a represalias de su pareja. Finalmente, se celebró un acuerdo de juicio abreviado por el que se condenó a ambos integrantes de la pareja por los delitos

54. CNCC, sala II, Rojas Rivero, Anania Geremía s/recurso de casación, rta.: 05/11/2018.

55. Conf. recurso de apelación interpuesto por la Defensa Pública, al que se ha tenido acceso. También argumentó que tal circunstancia incidía en el ámbito de la culpabilidad.

56. En el caso Pastore este extremo no fue analizado en la sentencia de casación, la única a la que se tuvo acceso para este estudio.

de lesiones y de abandono de persona, a la pena de dos años y ocho meses de prisión. El Tribunal consideró probado el dolo de lesiones, sin hacer ningún tipo de distinción entre el dolo que requiere un delito comisivo de aquel que requiere una imputación en comisión por omisión y el de abandono de persona⁵⁷.

En Ordóñez Aguilera y González Bonorino se consideró que no había dolo, ya que las mujeres no conocían el riesgo en el que se encontraban sus hijos/as, requisito necesario para generar la obligación de actuar para impedir la agresión o bien para dar curso inmediato a la atención de su salud.

En Ordóñez Aguilera se determinó que una niña que quedó bajo el cuidado paterno en dos ocasiones presentó lesiones, resultando mortales las recibidas en la segunda ocasión. El Tribunal de juicio dictó la absolución de Martha Ordóñez Aguilera, pues entendió que no se había acreditado la existencia del dolo, ya sea para el delito de homicidio agravado como para el de abandono de persona. Valoró que la acusada no estuvo presente en ninguno de los dos episodios, y que había tomado conocimiento de ellos por medio de su pareja, por lo que recibió explicaciones sesgadas. Con respecto a las primeras lesiones, advirtió que la mujer le proporcionó cuidados que, aunque deficientes, eran los que estaban a su alcance desde su punto de vista económico y cultural. Dijo además que era posible que hubiera creído a su pareja e incluso que se negara a aceptar la realidad de lo sucedido. En este sentido, destacó que varios testigos resaltarán positivamente el rol de Ordóñez Aguilera en la crianza de su hija⁵⁸.

En el caso González Bonorino, se acusó a la mujer por el delito de homicidio en comisión por omisión y el de abandono de personas, ambos agravados. Concretamente, se sostuvo que González Bonorino no hizo nada para evitar la paliza mortal que su pareja ejecutó sobre su hijo, y se la cuestionó por haber dejado al niño al cuidado del coimputado, pese a saber que era una persona violenta. Ya desde la instrucción, la defensa de la mujer estuvo orientada a señalar que González Bonorino sufría violencia de género por parte de su pareja y que desconocía episodios de gravedad contra su hijo. La Cámara de Apelaciones, al confirmar el procesamiento, valoró que la propia imputada sabía de la personalidad violenta de su pareja, porque ella misma había sido víctima de sus agresiones. Es decir, la condición de víctima de violencia fue valorada en su contra por entender que esa circunstancia la ponía en una posición calificada para conocer el riesgo al que estaba expuesto su hijo. Sin embargo, este razonamiento se revirtió en el transcurso del debate, cuando la querrela y la Fiscalía solicitaron la absolución de la mujer. El acusador público indicó que no había dolo, destacó que la mujer solo vio en una ocasión que su pareja atacara a su hijo, momento en el que “se interpuso para

57. En el fallo Rosas de la CSJN, ya referenciado, la disidencia del juez Zaffaroni dijo, en relación con el dolo en la figura de homicidio en comisión por omisión, que “no parece haber habido ni un concierto ni una voluntad coincidente con el agente activo que puso en funcionamiento la causalidad”, y que no era válido sostener la condena según un mero conocimiento, incluso tras invocar un supuesto dolo eventual.

58. La sentencia absolutoria quedó firme con la resolución de la Cámara de Casación en lo Criminal y Correccional (CNCC, sala II, Rojas Rivero, Anania Geremía s/recurso de casación, rta.: 05/11/2018).

evitar los golpes a su hijo”, y aclaró que los dos tipos penales atribuidos a la mujer son de carácter doloso y no admiten la figura culposa.

Ante la falta de acusación, el tribunal interviniente absolvió a la acusada. Consideró que era posible que “Bárbara González Bonorino hubiera confiado en el imputado minimizando los hechos y sin advertir lo delicado de la situación, así como del real peligro al que estaba expuesto A”.

d. Cuestionamientos en el ámbito de la culpabilidad

En el caso González, Marlen, la estrategia de la defensa se orientó a acreditar el contexto de violencia en el que ocurrieron los hechos y presentó prueba en ese sentido. Cabe recordar que en este proceso se acusó a la mujer por haber tolerado o no haber impedido los golpes que su pareja ejecutó contra su hija y, además, por no haberle proporcionado atención médica inmediata. La mujer declaró que no llevó antes a su hija al hospital porque estaba amenazada por el agresor. En el debate se presentaron dos informes sociales, uno elaborado por el Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio Jurídico Gratuito a Víctimas de Violencia de Género y otro por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, ambos de la Defensoría General de la Nación, que acreditaban que González era víctima de violencia de género. Además, se presentó un informe jurídico confeccionado por la Comisión sobre Temáticas de Género, en el que se señalaba la presencia de estereotipos de género y se reparaba en el estado de coacción en el que se encontraba la mujer y la consecuente inexigibilidad de otra conducta⁵⁹.

A pesar de los planteos y pruebas propuestos por la defensa, estos argumentos no tuvieron una respuesta específica en torno a la coacción y su capacidad para realizar una conducta distinta. Lejos de eso, el tribunal entendió que “en la investigación no se identifica justificación alguna para el proceder de los acusados. Por el contrario, queda claro que los comportamientos de ambos, más aun en el caso de Marlen Antonella González, por el vínculo que presentaba con la menor, suponen riesgos jurídicamente inaceptables”. De esta manera, el tribunal consideró que la omisión de la madre era más gravosa que la acción directa de quien ejecutó los golpes, lo que advierte sobre la presencia de estereotipos de género en el razonamiento judicial.

Durante la etapa de instrucción del caso González Bonorino, Bárbara, la defensa planteó que, en el supuesto caso de que se considerara probado que la mujer conocía que su pareja ejercía maltrato contra su hijo, ella no estaba en condiciones de adoptar una conducta eficaz para hacerlo cesar, por lo que la conducta era inexigible⁶⁰. La Cámara de Apelaciones rechazó el argumento y, tras reconocer que la mujer estaba en una

59. Sobre inexigibilidad de otra conducta ver Laurenzo Copello, *infra*, capítulo 3.

60. Este planteo fue realizado también respecto a la falta de tipicidad de la figura omisiva.

situación de violencia íntima, consideró que el tiempo que llevaba manteniendo esa relación (un año) y la circunstancia de dejar a sus hijos al cuidado del coimputado de forma cotidiana no reflejaban un grado de temor o disminución de su capacidad de acción. Como se señaló previamente, el caso fue resuelto en juicio por falta de dolo, por lo que este argumento no fue analizado por el tribunal de juicio.

e. Cuestionamientos a la determinación de la pena y la privación de la libertad

En González, Marlen, la expectativa de pena dada por la calificación jurídica permitía la graduación de la pena. La mujer fue condenada por los delitos de abandono de persona agravado por el vínculo en concurso ideal con el delito de lesiones agravadas por el vínculo a la pena de dos años y ocho meses de prisión, que resulta ser el mínimo previsto para aquellas figuras.

El contexto de violencia alegado por la defensa durante el proceso fue valorado recién en la última instancia, en el momento de determinar la pena en la sentencia de juicio abreviado. Con un exiguo o nulo análisis, el tribunal mencionó los informes sociales acompañados por la defensa, donde constan “el contexto de violencia de género que dice haber padecido con quien fuera su pareja”, y los valoró como atenuantes de la pena (también se ponderó como atenuante el alto grado de arrepentimiento que manifestaron ambos acusados en la audiencia y, con relación al coimputado, la adicción a las drogas desde temprana edad)⁶¹.

El modo en que la pena fue fundamentada y el hecho de que el monto impuesto haya sido igual para ambos acusados da cuenta de que no se hizo ninguna distinción entre el accionar comisivo y omisivo imputado a uno y a otra, el modo disímil en que las lesiones y el abandono de persona concurrieron en cada caso —concurso real en el caso del hombre, concurso ideal en el caso de Marlen González⁶²—, y que se ponderó con igual impacto la vulnerabilidad dada por el uso problemático de drogas que tenía el imputado y el contexto de violencia de género que afectaba a la mujer. Podría alegarse que dichas diferencias fueron compensadas por la circunstancia de que en el caso de González las lesiones y el abandono de persona estaban agravadas por el vínculo⁶³, aspecto que no ocurría en el caso de su pareja; sin embargo, nada de ello se fundó en el fallo. Marlen González estuvo detenida un año aproximadamente cuando cumplió el plazo previsto para obtener la libertad condicional.

61. Este punto también fue soslayado como elemento indiciario que fortalecía la defensa de Marlen González en cuanto a la violencia padecida. El acusado manifestó que los estados de abstinencia lo volvían irascible, y en el informe social se relataron episodios de violencia potenciados por el vínculo conflictivo con las drogas y privaciones de la libertad previas.

62. Mientras que en el concurso real el rango de pena se determina con el mínimo mayor y la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos (art. 55 CP), en el caso de concurso ideal la pena a aplicar es la del delito con pena mayor (art. 54 CP).

63. En el caso en concreto, el rango de pena previsto para Marlen González era de dos años y ocho meses a ocho años, y el del coimputado era de dos a siete años. Es decir, que a este último se le impuso una pena superior al mínimo, aunque en términos absolutos ambos recibieran igual cantidad de pena.

Teniendo en consideración que el proceso penal suele implicar restricciones de derechos que impactan en la vida de las personas, como penas anticipadas, puede considerarse lo sucedido en los otros casos donde la resolución final del caso no terminó con una condena. Por una parte, Martha Ordóñez Aguilera estuvo detenida durante la tramitación del proceso, aproximadamente un año y siete meses, y fue liberada cuando el tribunal de juicio dictó la absolución. En cambio, Bárbara González Bonorino afrontó el juicio oral en libertad, pues la Cámara de Apelaciones concedió la eximición de prisión al poco tiempo de iniciado el proceso⁶⁴.

1.4. Consideraciones sobre los casos hallados

En los casos presentados sobre mujeres acusadas por delitos contra sus hijos/as, con intervención de un tercero, el contexto de violencia de género en el que ocurrieron los hechos fue expuesto en la mayoría de los procesos.

En Bonorino González, Bárbara, la defensa estuvo orientada a mostrar que la acusada desconocía el riesgo que corría su hijo, por lo que no se acreditaba el dolo, y que sufría violencia por parte del coimputado. Esa circunstancia (aún si se considerara que tuvo conocimiento del riesgo) operaba para impedirle actuar de otra forma para evitar el resultado lesivo. Después de que se presentara la prueba en el juicio, los acusadores privados y públicos dieron por acreditado el contexto de violencia y retiraron la acusación contra ella. Por su parte, el Tribunal sostuvo que era posible que ella hubiera minimizado los hechos y no advertiera el peligro real al que estaba expuesto su hijo, pero ante la falta de acusación no profundizó en el análisis.

En Ordóñez Aguilera, Martha, durante la elaboración de la teoría del caso para afrontar el juicio oral se encontraron dificultades para identificar y alegar una situación de violencia íntima, especialmente ante la firme negativa de la mujer de declarar en ese sentido, por lo que no fue el eje del planteo de la defensa. No obstante, algunos aspectos del control que ejercía el hombre sobre ella quedaron expuestos en el debate. Finalmente, el Tribunal determinó que Ordóñez Aguilera no tuvo conocimiento del riesgo al que se encontraba expuesta la niña, porque existía una credulidad por parte de ella respecto de la versión que le proveía su pareja, ya sea porque no podía internalizar las posibilidades reales de lo sucedido o porque se negaba a aceptarlas. La sentencia de Casación, a su vez, criticó las contradicciones de la acusación fiscal respecto a cuáles eran los hechos delictivos imputados a la mujer y cuál la calificación legal que cabía atribuir, por lo que desechó el recurso interpuesto por el representante fiscal.

En González, Marlen la prueba relativa al contexto de violencia se produjo en la etapa de juicio para acreditar sus explicaciones respecto a por qué se demoró en llevar al

64. En el momento de realizar este informe no se pudo conocer si Andrea Pastore estuvo en prisión preventiva y, en su caso, cuánto tiempo. De la sentencia de casación surge que después de la condena dictada por el tribunal, permaneció en libertad hasta que la decisión quedó firme.

hospital a su hija, que había sido golpeada por su pareja. Un informe de la Comisión sobre Temáticas de Género señaló que correspondía valorar la situación de coacción en la que se encontraba condicionada la mujer en calidad de víctima de violencia con el fin de analizar su culpabilidad. Como ya se señaló, sobre este punto no existió ningún pronunciamiento en concreto y la violencia solo se tuvo en cuenta en el momento de graduar la pena.

En Pastore, Andrea no se advierte que se haya indagado respecto a una hipótesis de violencia de género en la relación interpersonal que existía entre ambos acusados. Sin embargo, de la lectura de la sentencia surgen ciertos elementos que permiten pensar que los hechos que afectaron a los hijos de la pareja pudieron ocurrir en ese contexto. En este sentido, la falta de investigación por parte de los/as operadores/as que trabajaron el caso y la asunción conjunta de una misma defensa para ambos obstaculizó una posible estrategia de defensa favorable para la mujer.

En los casos en los que el componente de la violencia jugó o pudo jugar un rol central en la causa penal, su abordaje obtuvo distintas valoraciones por parte de la magistratura. En algunos de los casos se advierte una fuerte intuición de los/as operadores/as del sistema de justicia sobre la incidencia que puede tener el historial de victimización en la resolución del caso, pero aún es insuficiente la capacidad argumentativa para evaluar de qué forma puede repercutir en la tipicidad objetiva, en el dolo, en la antijuridicidad y en la reprochabilidad, y no solo en la determinación del monto de la pena.

Se encontraron pocos planteos en los que se argumentó que la naturalización de la violencia y la minimización de sus consecuencias —que suelen ser frecuentes en casos de víctimas de violencia crónica— afecta la posibilidad de conocimiento; o que el contexto de violencia, en ocasiones acreditado con informes que dan cuenta de la presencia del síndrome de la mujer maltratada o del síndrome de indefensión aprendida, explica la imposibilidad de exigir una conducta de protección a las víctimas de violencia de género respecto de sus hijos/as, lo que elimina la tipicidad, y no solo la reprochabilidad de la conducta. Tampoco se suele invocar que la omisión de la conducta debida era justificada o inexigible ante una colisión de riesgos de mayor o igual valor. Finalmente, en algunos casos en los que se introdujo este tipo de fundamentación, no se obtuvo ninguna respuesta de los tribunales, quienes en ocasiones hacen caso omiso a toda evaluación o se restringen a analizarlo a la hora de determinar el monto del reproche penal.

1.5. Propuestas para la elaboración de estrategias de defensa con perspectiva de género

La dinámica de la violencia doméstica y las posiciones de subordinación que se desarrollan en el interior de las familias pueden corresponderse con distintas argumentaciones propias de la defensa que parten de un análisis de la teoría del delito con enfoque de género. Para ello, la atención a las experiencias de vida de esas mujeres y las

circunstancias precisas que contextualizan los hechos surgen como aspectos relevantes para construir la teoría del caso⁶⁵.

a. Control de la acusación

Una primera cuestión es controlar el modo en que se formula la acusación. El ejercicio de una defensa eficaz depende del conocimiento de todas las consecuencias fácticas que pueden tener relevancia penal, para que la persona imputada pueda ser oída respecto de todos esos aspectos. Por tal razón, deben cuestionarse referencias vagas o generales que no aluden a preposiciones fácticas concretas. Por ello es importante exigir una descripción precisa y circunstanciada de la omisión reprochada que detalle cuál es la participación concreta de la mujer que se considera vinculada al resultado. La explicación acerca de cuál es el peligro concreto que debió evitar la mujer y cuál es la conducta que se desprendía de su deber de garante permite vislumbrar si estaba en condiciones reales de responder por el resultado. En este sentido, es importante que se distinga si lo que se está imputando es: a) no haber intercedido en el momento de la agresión para evitarla; b) haber dejado al niño o niña bajo el cuidado de su pareja violenta; o c) no proporcionar atención médica a su hijo/a inmediatamente después de la agresión. Cada uno de los supuestos habilita defensas específicas.

El problema de la vaguedad de la imputación cobra importancia particular en el caso de las mujeres omisivas, dada la tendencia a ampliar de manera extraordinaria la posición de garante de las madres respecto a riesgos que no pueden ser evitados en circunstancias concretas (Hopp, 2017a: 17 y 42). En consecuencia, un control más riguroso respecto al modo en que se formula la imputación permitiría contener —al menos formalmente— exigencias supererogatorias. Las etapas procesales previas al juicio destinadas al control de la acusación se presentan como una oportunidad para insistir en la necesidad de delimitar la imputación válida y adoptar mayores precauciones para que no se filtren reproches estereotipados en el debate oral.

Por otra parte, acotar las descripciones vagas permite un mejor control sobre posibles variaciones en la imputación a lo largo del proceso. A fin de evaluar si el principio de congruencia se vio afectado por un cambio en la acusación, es preciso verificar si la persona acusada pudo defenderse sobre cada uno de los elementos de la imputación (Maier, 2004: 569)⁶⁶, y si se mantienen descripciones amplias es más factible sostener

65. Para la elaboración de posibles defensas —en las imputaciones omisivas y en los delitos activos contra hijos/as y parejas— se tuvieron en cuenta el análisis de las sentencias halladas, las formulaciones de textos de doctrina especializada en género, los aportes de Patricia Laurenzo Copello contenidos en esta publicación y las contribuciones realizadas por los defensores y defensoras durante los talleres de validación de resultados de la presente investigación.

66. Maier sostiene que la congruencia exigida impide introducir elementos nuevos sobre los que no se haya podido defender el acusado, a quien se le debe garantizar la posibilidad de alegar y probar todo aquello por lo que antes no fue acusado.

que se ofrecen garantías suficientes para que la persona pueda defenderse de todas las variantes posibles.

Otro aspecto relevante en el ámbito del control de la acusación consiste en rechazar las imputaciones activas y omisivas de modo alternativo o indistinto. Cuando se afirma en una acusación —o en una condena— que no es posible determinar qué integrante de la pareja asumió cada rol, se refuerza una idea errónea acerca de la imposibilidad de investigar hechos de violencia ocurridos en el ámbito familiar (Hopp, 2017b: 189), contrariando el deber de diligencia reforzada en la investigación de hechos de violencia contra las mujeres⁶⁷. Asimismo, se debe reparar en que, si bien la acusación alternativa es aceptada por vía jurisprudencial y normativa⁶⁸, adquiere una dimensión particular para la mujer acusada que también es víctima de violencia. Si se defiende sobre la acusación activa, revelando que la agresión la cometió su pareja mientras ella estaba presente, se incrimina de la modalidad omisiva, porque el conocimiento de la violencia del agresor se considera una prueba de su dolo omisivo (Hopp, 2017b: 188). Esta situación alerta acerca de la restricción al ejercicio de la defensa que generan las acusaciones alternativas en estos casos particulares.

Finalmente, también es necesario rechazar en la imputación la inclusión de circunstancias que no se vinculan con una conducta u omisión reprobada penalmente y que constituyen juicios de valor moral o sesgos de género y clase. Cuando se permean los estereotipos⁶⁹ de buena/mala madre en la construcción del reproche⁷⁰, las eventuales fallas en el cuidado materno convierten a esas mujeres en culpables. La inclusión en la acusación de aspectos que se vinculan con la forma en que se ejerce el cuidado de niños y niñas podría ser objeto de intervención estatal cuando se generan afectaciones a sus derechos, por vía del sistema de protección instaurado por la Ley 26061, pero de ningún modo revelan la necesidad de intervención penal, dados los principios de legalidad, de subsidiariedad y de mínima intervención penal.

67. Ver *supra*, nota 22.

68. Los códigos procesales modernos autorizan que el requerimiento de elevación a juicio puede contener una imputación alternativa, para lo cual deberá expresar las circunstancias del hecho que le permitan encuadrar la conducta en un delito distinto (conf. art. 275 CPPF).

69. Ver *supra*, nota 23.

70. En concreto, y con relación a la evaluación de los comportamientos parentales, la Corte IDH rechazó el uso de estereotipos sobre las características personales de los padres, particularmente dijo: “La determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia” (Corte IDH. *Forneron e hija vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 50; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 109). Por otra parte, en el ámbito de las Naciones Unidas, respecto a la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica, el Grupo de Trabajo también detectó que “las mujeres pueden verse privadas de libertad cuando no se ajustan al estereotipo de buena madre” (Consejo de Derechos Humanos (2019). *Mujeres privadas de libertad. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*. A/HRC/41/33, párr. 38).

b. Cuestionamientos al tipo objetivo

En la medida en que los casos analizados fueron abordados principalmente bajo modalidades omisivas —sin perjuicio de que en ocasiones acompañaron imputaciones activas—, a continuación se realizará un repaso de los presupuestos para la configuración de la tipicidad omisiva, para ponerlos en contraste con las posibles defensas que podrían articularse desde una perspectiva de género. Los requisitos identificados por la doctrina como elementos del tipo omisivo son: a) la situación generadora del deber de actuar; b) la no realización de la acción; c) la capacidad de hecho de ejecutarla; d) el resultado; e) la imputación objetiva; y e) la posición de garante (Bacigalupo, 1989: 228 y ss.)⁷¹.

En lo referente a la exigencia de que el sujeto tenga capacidad de realizar las acciones de salvamento, en cada caso cabe analizar si la situación de violencia genera la imposibilidad de realizar conductas protectorias para sí y para terceros y, por lo tanto, el requisito del tipo no se verifica. Con apoyo en la doctrina penal que sostiene que la capacidad de actuar está ligada a los medios disponibles en la situación concreta y a las capacidades del autor individual (Stratenwerth, 2008: 479), es pertinente reparar en la constricción de los medios salvadores que tienen las víctimas de violencia de género.

La limitación de esta estrategia está dada por la interpretación de la doctrina dominante que, como señala Lorenzo Copello, vincula la capacidad de actuar con la capacidad *física* de cumplir con el deber⁷². Bajo esta perspectiva, los condicionamientos derivados de los efectos psíquicos de la violencia no tendrían incidencia en el ámbito de la tipicidad, al menos que se cuestione la corrección de una división tan tajante entre el plano corporal y psíquico.

Sin perjuicio del debate acerca del alcance que debe darse al requisito de la capacidad de actuar, puede pensarse en otros supuestos donde la incapacidad opera en el ámbito de lo físico, en los términos tradicionales, pero incorporando un enfoque de género a ese análisis. En tal sentido, existen situaciones en las que la violencia tiene tal entidad que genera en sus víctimas un estado de paralización que les impide reaccionar. Otra situación puede estar asociada a la carencia de habilidades de defensa personal, que deja a la mujer en desventaja física para enfrentarse al agresor con el fin de hacer cesar el ataque. Así como no omite nadar en auxilio de una persona que se está ahogando quien no sabe nadar (Stratenwerth, 2008: 479), podría decirse que no omite intervenir en auxilio de quien sufre una agresión, quien no sabe o razonablemente no puede

71. Otros autores presentan un modelo del tipo objetivo similar, aunque con variantes relacionadas con el modo de vincular el resultado con el autor (nexo de evitación o imputación objetiva). En la obra de Zaffaroni, Alagia y Slokar se dice que los requisitos del tipo omisivo son: la situación típica que obliga a actuar —de donde surge la posición de garante—, la exteriorización de una conducta distinta a la ordenada —la omisión—, la posibilidad de realizar la conducta ordenada y el nexo de evitación (2005: 573-574).

72. Ver *infra*, capítulo 3.

neutralizar físicamente a un contrincante⁷³. Además, hay otras variables que se pueden incorporar al análisis para evaluar si la mujer tenía los medios para actuar: si estaba sola, si estaba encerrada o si tenía acceso al teléfono, entre otras consideraciones, podrían ser factores que operen en la capacidad física de realizar la conducta protectora. En esta línea de argumentación, y admitiendo lo novedoso de los planteos, será útil que la defensa explique por qué la mujer no pudo hacer otra cosa y qué conductas concretas no pudo realizar.

Con relación al resultado que requiere el tipo objetivo, habrán de excluirse aquellos que no son reprochables penalmente y que habitualmente se incluyen para señalar que las mujeres imputadas son malas madres por cómo llevan adelante la crianza de sus hijos/as (por ejemplo, falta de escolaridad, falta de estímulos, falta de control de esfínteres, etc.). Como ya se dijo, la etapa de control de la acusación también se presenta como virtuosa para plantear la exclusión de estas consideraciones que traducen estereotipos de género dentro de la formulación de la imputación.

La imputación a la mujer que no participó de propia mano en las agresiones contra sus hijos/as se sustenta en la posición de garante derivada de sus deberes de cuidado, que integran la responsabilidad parental regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, la referencia a la normativa civil, sin considerar el contexto concreto en el que la omisión se produce, puede generar reproches basados en una responsabilidad objetiva (Hopp, 2017a: 19) que contraría el principio de culpabilidad penal. Al respecto, entra en juego el concepto de “exigibilidad”, por el cual los deberes de cuidado no son absolutos (ni siquiera para los deberes parentales) y se restringen si cumplir con ellos implica un riesgo propio con suficiente entidad y gravedad para la persona obligada a actuar. Laurenzo Copello⁷⁴ propone analizar la exigibilidad en el estamento de la tipicidad objetiva —habitualmente relegada al ámbito de la culpabilidad—; para ello, acude a los desarrollos doctrinarios que limitan el surgimiento del deber de actuar en los delitos omisivos a que la situación concreta le sea exigible al sujeto. Bajo esta óptica, si la mujer tuvo razones para pensar que si intervenía para hacer cesar la violencia contra su hijo/a si lo/la llevaba al hospital, el agresor la atacaría, podría alegarse una situación de inexigibilidad, dado que el derecho (el tipo) no puede demandar acciones heroicas⁷⁵.

c. Cuestionamientos al tipo subjetivo

En cuanto a la tipicidad subjetiva, se presenta un nudo conflictivo respecto al conocimiento de la mujer de la situación fáctica que la obliga a actuar, generado a partir de los golpes que el agresor ejecutó contra sus hijos/as.

73. Por ejemplo, por una diferencia en la contextura física muy marcada o por falta de conocimientos o experiencia en el uso de la fuerza física, ya sea defensiva o de ataque.

74. Ver *infra*, capítulo 3.

75. Como señala Hopp, la interpelación que jerarquiza el deber de actuar frente al riesgo para la vida de la mujer se contrapone con el respeto a la dignidad humana, pues el reproche penal estaría indicando que la vida de ella, por su calidad de madre, vale menos que la de su hijo/a.

En primer lugar, es preciso controlar que la exigencia del conocimiento no se sobreextienda a cursos causales indeterminados, o riesgos meramente potenciales, pues ello generaría una exigencia desproporcionada hacia los deberes maternos sobre la base de que una madre “todo lo sabe”. En este sentido, habrá que contrarrestar la idea del “instinto maternal”, que sugiere que las mujeres conocen todas las situaciones de peligro a las que están expuestos/as sus hijos/as.

Según cuál sea la imputación formulada, el dolo versará sobre distintos elementos. En el caso de la mujer acusada por no haber frenado la agresión en curso, el tipo subjetivo no puede verificarse si ella no estaba presente en el lugar y en el momento de los hechos, pues el dolo exige un conocimiento concreto y directo sobre el resultado lesivo. En los casos en los que la acusación radica en haber dejado al hijo/a al cuidado de la pareja, el dolo tendrá que abarcar la conciencia sobre un riesgo concreto de que una agresión pueda producirse en su ausencia. Finalmente, para los casos en los que la acusación se formula por la falta de provisión de la atención médica a su hijo/a después de la agresión, será relevante indagar cuánto conocía la madre respecto de la gravedad de la agresión para poder juzgar si tuvo la oportunidad de realizar un pronóstico real del riesgo en curso y de la situación fáctica que la obligaba a actuar.

En todos los casos las experiencias previas y personales en torno a la violencia y a las prácticas de cuidado son relevantes para evaluar la ponderación de riesgos que pudieron hacer las mujeres. En la dirección señalada, cabe tener presente que una característica habitual en las víctimas de violencia de género es la naturalización del maltrato o la minimización de la gravedad de las agresiones⁷⁶, lo que puede derivar en un error en la ponderación del riesgo. Una traducción jurídica a esta situación fáctica se hace mediante el concepto de “habitación (no reprochable) al riesgo”⁷⁷. Si una persona vivió un historial de violencia sin haber sufrido daños serios, entonces su experiencia concreta puede impedirle pronosticar que sus hijos/as sufrirán daños por parte de terceros. Otras razones vinculadas a experiencias socioculturales también pueden afectar la percepción del riesgo (Hopp, 2017a: 30).

Asimismo, cuando la victimización conlleva una fuerte devastación de la autoestima, la mujer puede incurrir en una falla en la percepción sobre sus posibilidades físicas de

76. Desde un abordaje psicológico, un indicador puede ser la identificación del síndrome de la mujer maltratada. En los traumas repetidos, como la violencia doméstica, se establece un patrón que permite soportar un mínimo de dolor emocional. Así, se dice que la minimización, disociación, represión o renuncia son características del síndrome (Walker, 2009: 89 y 92). Desde un abordaje antropológico, se señala que la habituación a la violencia genera en las mujeres que “las cosas tienen que tomar un cariz desmesurado para que ellas puedan definir la situación como ‘abusiva’. Lo que es ‘abuso’ para el común de la gente, para ellas es su propia forma de vida y por esta razón no les es posible denegarla o situarla en un papel de ‘excepción” (Kalinsky y Cañete, 2010: 39). Esta situación las lleva a realizar, en ocasiones, evaluaciones cotidianas erradas (Kalinsky y Cañete, 2010: 64).

77. Leonardo Pitlevnik y Pablo Zalazar realizan esta lectura para el caso de mujeres víctimas de violencia, a partir del concepto de “habitación al riesgo en los delitos de resultado” de Günther Jakobs (Pitlevnik y Zalazar, 2017: 88).

realizar una conducta salvadora o sobre la efectividad de la misma⁷⁸, lo que sería un error sobre el elemento típico de “capacidad de actuar”, que excluye el dolo.

Finalmente, también puede indagarse acerca de un error sobre el estado de salud del niño o niña, teniendo como indicador que si el personal médico u otros/as operadores/as del sistema de protección no advirtieron con sus conocimientos especiales un riesgo en curso, no se puede exigir ese conocimiento calificado a la mujer. Por el contrario, que esos/as profesionales hayan intervenido y no hayan reparado en un posible riesgo, pudo transmitir tranquilidad a la mujer y despejar dudas sobre la posible presencia de un peligro para sus hijos/as.

d. Cuestionamientos en el ámbito de la antijuridicidad

En el momento de analizar la antijuridicidad de la omisión, podrá analizarse la posible existencia de una colisión de deberes que justifiquen la conducta. En este sentido, se podrá analizar si la intervención de la mujer para hacer cesar la agresión contra su hijo/a podía ocasionar un riesgo cierto para otro/a hijo/a.

e. Cuestionamientos en el ámbito de la culpabilidad

En el plano de la culpabilidad puede retomarse el argumento de la inexigibilidad —mencionado con anterioridad—, pertinente para los casos en los que la acción debida implica para la mujer exponerse a un riesgo directo de sufrir ella misma la agresión. Laurenzo Copello explica que esta vía de argumentación cobra virtualidad cuando no hay operadores/as jurídicos dispuestos a tratar la inexigibilidad como elemento de la tipicidad pero sí en la culpabilidad, como se ha hecho tradicionalmente⁷⁹. Entonces, en los casos en los que realizar el deber de cuidado implica un costo muy alto para la mujer, no es exigible que opte por ese camino y, por lo tanto, la omisión no puede reprocharse⁸⁰.

En los casos de violencia de género, una amenaza concreta de sufrir un ataque en caso de realizar la conducta de cuidado puede operar como una “amenaza de sufrir un mal

78. Un indicador en este sentido se verifica cuando las pericias indican un diagnóstico de impotencia aprendida. El concepto de “impotencia aprendida” designa la pérdida de la capacidad para predecir que lo que se haga tendrá un resultado particular. En los traumas repetidos, como es el maltrato habitual, la persona cree que no tiene escapatoria y se establece un patrón que le permite soportar un mínimo de dolor emocional. Las mujeres expuestas a situaciones dolorosas de manera repetida y sin contingencias no pueden escapar de esas situaciones, aunque tuvieran posibilidades. “Las conductas negativas y aleatorias dirigidas contra una persona pueden hacerle creer que, con su forma natural de combatir, no logrará poner fin a semejante abuso. Por esa razón, la persona deja de intentar ponerle fin al abuso y, en su lugar, desarrolla unas estrategias defensivas con el fin de vivir a salvo, pero con la posibilidad de que él o ella continúen soportando los abusos. Lo que pierde, y lo que se debe recuperar, es la motivación para seguir intentando escapar de la violencia” (Walker, 2009: 143).

79. Ver Laurenzo Copello, *infra*, capítulo 3.

80. Binder explica que el heroísmo no es exigible, “Nadie puede exigirme que sacrifique mi vida para salvar la de otro. Una acción de esa naturaleza podrá ser loable moralmente, pero es seguro que el Estado no puede exigirme que así lo haga” (Binder, 2004: 249).

grave e inminente” (conf. art. 34, inc. 2 CP). Asimismo, aunque no se verifique un amedrentamiento explícito o individualizado en una amenaza concreta, un contexto coactivo permanente y cíclico puede implicar el llamado “miedo insuperable” desarrollado en contextos jurídicos extranjeros, pero reconocido localmente por vía jurisprudencial, asociado a la regulación normativa del estado de necesidad disculpante⁸¹.

Por otra parte, una de las exigencias del principio de culpabilidad es que la persona haya realizado su acción como parte del ejercicio de su libertad personal (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 672). Este juicio rebasa las situaciones captadas en el Código Penal como causales de exculpación, sin que ello implique un obstáculo para su aplicación. Un análisis del principio de culpabilidad por el acto con perspectiva de género comprenderá que la violencia es un fenómeno que restringe la libertad y autonomía de las mujeres, en tanto tiene un fuerte impacto en la conducción del plan de vida. Esta situación fáctica está reconocida normativamente en el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

En la dirección propuesta, para determinar si la persona obró dentro de un ámbito de autodeterminación, corresponde evaluar si tuvo posibilidad real, y no meramente abstracta, de superar los condicionamientos (Binder, 2004: 245). De modo que los obstáculos personales y estructurales que afrontan las mujeres para salir del vínculo violento y presentar una petición ante las autoridades para obtener medidas de protección⁸² resurgen como un aspecto relevante del juicio de culpabilidad. Para comprender el alcance de las condicionalidades en el terreno de la violencia íntima, es acertado considerar que la denuncia y la separación suelen estar precedidas de un proceso previo en el cual la mujer se encuentra sola y expuesta, por lo que para llevarla a cabo tiene antes que identificar y construir redes de apoyo y protección, y que saltarse etapas suele conducir al fracaso de la resolución del problema o a la elevación del riesgo para ella y sus hijos/as (ELA, 2009: 85). Por estos motivos, se considera que el incumplimiento de las conductas de cuidado puede ser irreprochable cuando la mujer no tuvo la posibilidad de superar los condicionantes asociados a los contextos de violencia. También

81. Pitlevnik y Zalazar realizan una revisión de la exención de responsabilidad por inculpabilidad en los casos de criminalización de mujeres por hechos realizados en contextos de violencia de género. Señalan dos aspectos críticos: que la definición del ilícito penal queda intacta y que puede reforzar la lógica de subordinación debido al riesgo de estigmatización de las mujeres implicadas (Pitlevnik y Zalazar, 2017: 76). María Luisa Maqueda Abreu también alerta de que las defensas que se reconducen al ámbito de la culpabilidad —especialmente la inimputabilidad o el miedo insuperable— tienen el peso del estigma que ese permanente reconocimiento de la incapacidad representa para las mujeres (Maqueda Abreu, 2014: 218).

82. A nivel subjetivo, los condicionamientos a los que se hace referencia se verifican, por ejemplo, cuando se diagnostica la presencia de la condición de “indefensión o impotencia aprehendida” (ver *supra*, nota 78), o de numerosos mecanismos de adaptación que suelen adquirir las mujeres insertas en vínculos violentos (tales como la minimización, negación, disociación, bloqueo de los afectos, etc.). Además, existen obstáculos de índole estructural que las mujeres víctimas de violencia afrontan en el acceso a la justicia y que inciden directamente en las posibilidades concretas de ejercer actos de cuidado o solicitar medidas de prevención que las pongan a salvo a ellas y a sus hijos/as (ver, entre otros, ELA, 2009; Teodori, 2015; MPD, Comisión sobre Temáticas de Género, 2015b; Larrauri, 2003: 271-307).

puede suceder que esos condicionamientos no anulen totalmente las posibilidades de realizar la conducta de protección debida, pero la restrinjan parcialmente, lo que permitiría, si no eliminar el reproche, al menos graduarlo para disminuirlo notablemente.

Por otra parte, para el particular supuesto en el que intervino alguna agencia estatal (por ejemplo, el sistema administrativo de protección de la niñez, juzgado de familia, centro de salud, etc.) y no adoptó ninguna medida para prevenir la violencia en el ámbito familiar, cabe plantear en este estamento un argumento vinculado a la inexigibilidad de una conducta diferente a la acusada. En este sentido, no es exigible reclamar a la mujer por aquello que los funcionarios y personal profesional y especializado no fueron capaces de realizar.

Finalmente, en el uso del concepto de exigibilidad —ya sea que se introduzca en la tipicidad o en la culpabilidad— habrá que prestar atención a que no se filtren estereotipos de género que prescriben que una “buena madre” todo lo sabe, todo lo puede y todo lo debe. La valoración de la conducta de las mujeres por medio de estereotipos sexistas está prohibida por la CEDAW (art. 5.a) y la Convención de Belém do Pará (art. 6.b), por lo que su uso en las sentencias puede generar un agravio de índole federal vinculado a un vicio en la valoración probatoria o en la aplicación del derecho sustantivo⁸³.

2. Imputaciones a mujeres por delitos contra sus hijos/as recién nacidos/as

2.1. Marco normativo

Antiguamente, este tipo de episodios eran calificados por el derecho penal como infanticidios, una figura derogada en 1994 que establecía una pena de reclusión hasta los tres años o prisión de seis meses a dos años para la madre que, para ocultar su deshonor, matara a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal⁸⁴. La misma pena se preveía para los padres, hermanos, maridos e hijos que, con el objeto de ocultar la deshonor de la mujer, cometiesen el delito cuando se encontraran en estado de emoción violenta y las circunstancias hicieran excusable su accionar.

83. Ver *supra*, notas 23, 24 y 26.

84. En sus orígenes, en el Código Penal de 1886 el infanticidio penalizaba la conducta de quien protegía su honor mediante el homicidio de un hijo recién nacido, dado que el mismo orden legal era el que obstaculizaba a las mujeres el ejercicio de la maternidad en estos casos a través de un régimen de filiación que estigmatizaba los nacimientos fuera del matrimonio. En 1921 se incorporó el “estado puerperal”, bajo la influencia que tenía la criminología positivista sobre la legislación penal en aquella época. Sin embargo, a pesar de que el discurso médico dominaba la escena, el elemento subjetivo de ocultar la deshonor de la mujer seguía siendo necesario para que se configurara el delito. La figura del infanticidio fue suprimida e incluida sucesivamente a lo largo de la historia del Código Penal, hasta que fue derogada definitivamente en 1994 por la Ley 24410 (ver Di Corleto y Pitlevnik, 2011: 69).

Los fundamentos de la Ley 24410, que derogó el infanticidio, hacían mención a que resultaba necesario adecuar la normativa interna a la Convención sobre los Derechos del Niño. Los/as legisladores/as consideraron que la condición de madre soltera ya no constituía una mengua al honor, como sí podía serlo en el año 1921 y, de este modo, se entendió que se debía proteger el interés superior del niño sobre el honor de la madre.

El debate parlamentario que llevó a la derogación del delito de infanticidio fue cuestionado por pobre y carente de apoyo doctrinario. Al respecto, se criticó que la supresión de la figura, con una larga tradición en la codificación nacional, se dio en el marco de un debate ajeno a la problemática, dado que en el recinto se discutía la necesidad de otorgar protección a los/as menores de edad frente a hechos de comercio sexual. También se mencionó que la derogación se llevó adelante sin analizar la realidad material de las mujeres que eran criminalizadas bajo esta figura: todas ellas de muy escasa instrucción, con antecedentes de aislamiento, debilidad mental superficial o con limitadas capacidades para la comunicación. Por último, la derogación fue cuestionada en tanto se separaba de otras legislaciones latinoamericanas que incluían una figura atenuada para estos casos, en particular, los Códigos de Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Uruguay, Venezuela, Perú, Brasil, Colombia y Chile (Zaffaroni, 2008: 69, citado en Di Corleto y Pitlevnik, 2011).

Sin embargo, la crítica más contundente que puede hacerse a la derogación del artículo 81, inc. 2 del Código Penal es la respuesta penal desproporcionada que se genera en los casos de infanticidio. A partir de la supresión del delito, la mujer que mata a su hijo/a durante o después del nacimiento es pasible de ser sancionada con la pena de prisión perpetua prevista para el homicidio calificado por el vínculo (artículo 80, inc. 1 CP), o la pena de ocho a veinticinco años de prisión si los jueces consideraran que mediaron circunstancias extraordinarias de atenuación (artículo 80 *in fine* CP), o de diez a veinticinco años de prisión si entienden que se trata de un caso de homicidio en estado de emoción violenta (artículo 81, inc. 1 CP). De este modo, con la derogación del tipo penal del infanticidio se pasó de una pena en expectativa de reclusión hasta los tres años o de prisión de seis meses a dos años a la posibilidad de una condena a perpetuidad o, en el mejor de los casos, a penas cuyas escalas son muchas veces superiores a la figura atenuada.

2.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 23 de febrero de 2003, aproximadamente a las 8:00, en la ciudad de Jujuy, Romina Tejerina, de 19 años de edad, dio a luz a una niña en el baño de la casa en la que vivía, la colocó en una caja de cartón y la apuñaló dieciocho veces. El bebé murió más tarde en el hospital y la madre fue condenada a una pena de catorce años de prisión por la Sala Segunda de la Cámara Penal de Jujuy de esa provincia. Desde el inicio del proceso en su contra, la joven había denunciado que la gestación de la criatura se había originado en una violación sexual, cuyo autor fue sobreseído.

El 8 de abril de 2008, por una mayoría de cuatro contra tres, el máximo tribunal declaró inadmisibles las quejas por rechazo del recurso extraordinario presentado por la defensa. La reseña de las características de los votos es importante en la medida en que arroja luz sobre los discursos que circulan en torno a la conducta de las mujeres que matan a sus hijos/as.

Mientras los jueces Lorenzetti y Petracchi se limitaron a afirmar la inadmisibilidad del recurso de queja por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial, las juezas Highton de Nolasco y Argibay se expidieron en el mismo sentido según su voto. Por un lado, la primera consideró evidente la afectación de la psiquis femenina después del parto, pero explicó que, desde la derogación del infanticidio, dicha afectación no es tenida en cuenta por la ley, por lo que, según su criterio, los jueces y juezas no tenían posibilidades de modificar la pena impuesta. Por otro lado, la segunda señaló que la Corte Suprema no está en condiciones de comprobar si la pena impuesta por el Tribunal Provincial va más allá de lo que la acusada merece, pues no tiene contacto directo con las partes involucradas y carece “de intermediación con el entorno cultural donde se desencadenaron los hechos, así como también con la prueba producida en el marco del juicio oral que sirvió de base a la sentencia”.

Fayt y Zaffaroni firmaron una disidencia en la que sostienen que la capacidad de culpabilidad puede medirse, incluso, a partir de los trastornos afectivos que pueden incidir en comprender la criminalidad del acto, que no es necesaria la constatación de delirio para que haya inculpabilidad y que también debe tenerse en cuenta el contexto sociocultural y la situación en que se produce el hecho. En lo atinente a las características del caso, los jueces Zaffaroni y Fayt hicieron una detallada descripción de las circunstancias del hecho y de la vida de la autora. Al igual que lo haría el juez Maqueda después, pasaron revista al contexto previo y concomitante que habilitaba, junto con las pericias de la defensa, a considerar que la joven carecía de capacidad de culpabilidad, por lo que ordenaban la absolución de la acusada.

Finalmente, el juez Maqueda inició su voto señalando que la culpabilidad del autor “se determina según el ámbito de autodeterminación que este haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación con sus personales capacidades en esa circunstancia”. En referencia al estado puerperal, el votante sostuvo que son de conocimiento público, lógica y experiencia común los efectos que producen el embarazo y el parto sobre la psiquis de la gestante. En función de lo normado por el artículo 41 del Código Penal, el juez Maqueda sostuvo que en cuanto a las condiciones de “la edad, la educación y la conducta precedente son difíciles de imaginar peores que en el presente caso, donde la protagonista es abandonada por todos y dejada en total desamparo en el momento del parto sorpresivo en el baño, sin ayuda de ninguna naturaleza y sin asistencia, ni la más elemental medida de higiene, ni una palabra de nadie, ante la indiferencia de todos, incluyendo a su familia de la que tiene que alejarse cargando con su embarazo. La miseria o la dificultad de ganarse

el sustento propio necesario y el de los suyos ni siquiera vale la pena mencionarla en el caso, la calidad de las personas no puede tomarse en cuenta, pues más allá de Tejerina y la víctima no aparece persona alguna, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión son sencillamente terribles". Este último voto recurrió a bibliografía actualizada en materia de salud mental ligada al caso y optó por imponer a la acusada la pena mínima de la escala, pues más allá de eso se violaría el principio de culpabilidad.

El caso de Romina Tejerina tuvo una amplia repercusión en los medios de comunicación y la decisión emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación alcanzó una gran divulgación en los tribunales.

2.3. El tratamiento de la justicia nacional en lo criminal de CABA

La búsqueda de jurisprudencia vinculada con mujeres acusadas por conductas lesivas o letales contra sus hijos/as recién nacidos/as permitió identificar, para el ámbito de la justicia nacional con sede en la Ciudad de Buenos Aires, cuatro casos con tratamientos y respuestas muy disímiles. Los hechos fueron calificados en los delitos de homicidio agravado o abandono de persona. Por su parte, las defensas presentaron cuestionamientos a la tipicidad objetiva y subjetiva, a la culpabilidad y, también, críticas al monto de la pena prevista teniendo en cuenta la derogación del delito de infanticidio, que contenía una pena atenuada.

a. Cuestionamientos a la tipicidad objetiva

En el caso Escalada Irala, María Belén⁸⁵, se procesó y determinó la prisión preventiva de la mujer por el delito de homicidio calificado en perjuicio de su hijo recién nacido. La defensa oficial argumentó, en cambio, que no se había acreditado la realización de ninguna conducta típica de su asistida.

Escalada Irala cursaba un embarazo avanzado cuando, el 29 de diciembre de 2007, se sintió mal y acudió al hospital más cercano en busca de atención médica. Tras permanecer entre diez y quince minutos en el sector de espera de la Guardia Médica sintió ganas de ir al baño y se dirigió hacia los sanitarios, donde, en soledad, tuvo el parto. Al ser hallada por el personal del hospital, la mujer se encontraba inmóvil, ensangrentada y en estado de gran confusión. Siguiendo el rastro de sangre, en el interior de uno de los inodoros se halló el cuerpo sin vida de un recién nacido.

Los informes médicos constataron que el feto respiró, que no había rastros de ahogamiento o estrangulamiento y que el fallecimiento se produjo porque sus vías aéreas fueron obstruidas, aunque no se pudo determinar mediante qué mecanismo. La defensa

85. CNACyC, sala V, Escalada Irala, María Belén s/homicidio, causa n.º 16338/2008, rta.: 29/10/2013 y Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n.º 42, Escalada Irala, María Belén s/homicidio, causa n.º 16338/2008, rta.: 27/02/2015.

señaló que en ningún momento se logró acreditar que Escalada Irala hubiera realizado alguna conducta para obstruir las vías aéreas del bebé, ni se descartó que esa obstrucción se hubiera producido por algún otro contacto propio del parto o con algún otro objeto (por ejemplo, al caer al excusado), o de forma fortuita⁸⁶.

Apelado el auto de procesamiento, la Cámara de Apelaciones expresó sobre este punto que no se había determinado cuál podría haber sido la acción desarrollada por Escalada Irala en la producción de la muerte “más allá de las conjeturas de la primera instancia”, y junto a otras consideraciones vinculadas a la culpabilidad dictó la falta de mérito.

b. Cuestionamientos a la tipicidad subjetiva

En el caso de Trapasso, Verónica⁸⁷ las defensoras públicas intervinientes en distintas instancias ensayaron una defensa vinculada con la ausencia de tipicidad subjetiva. Durante el proceso penal se determinó que Verónica Trapasso tuvo un parto en un baño público del Hospital Vélez Sarsfield, donde trabajaba como personal de maestranza. Después del parto tomó a la criatura y desgarró el cordón umbilical, mientras algunas compañeras de trabajo le ofrecían asistencia desde fuera, sin saber lo que sucedía, ayuda que fue fuertemente rechazada por la acusada. Luego colocó al bebé en dos bolsas de residuos, las anudó y las arrojó a un cesto de basura. La niña fue finalmente salvada, aunque tuvo un principio de asfixia. Al tener noticia de que la niña se encontraba viva, Trapasso respondió: “Pero yo no la quiero”.

Tanto en la instrucción como en el debate oral las defensas alegaron que la acusada había actuado sin dolo por considerar que la niña había nacido sin vida. A tal fin, alegaron que su error de tipo había estado psíquicamente condicionado, ya que tenía una percepción distorsionada de la realidad y creyó que estaba descartando a una niña muerta. Sobre este punto en particular se destacó que la imputada había negado la circunstancia del embarazo, que el día del hecho fue al baño pensando que solo tenía malestar estomacal y allí se encontró con su hija, una bebé nacida fuera de término a la que vio inmóvil y sin llorar, lo que sumó desesperación a una trayectoria de vida marcada por los abusos. El argumento fue rechazado por el tribunal, pero las circunstancias fueron tomadas en cuenta para descartar la imputabilidad.

86. Además, la defensa aportó un informe elaborado por la Comisión sobre Temáticas de Género que daba cuenta de los vicios de la resolución de primera instancia, por contener razonamientos estereotipados y prejuicios de género con relación a lo que debe hacer una mujer en situación de parto, desde un estereotipo de la buena madre, y por incorporar conjeturas que no pudieron ser corroboradas debido a una deficiente investigación por ausencia de exhaustividad en la producción de la prueba. En esta línea, marcó que el obrar judicial era discriminatorio y parcial.

87. TOCyC 17, Trapasso, Rosana Verónica, causa n.º 4410, rta.: 27/10/2015.

En el caso Rivera Ruiz, Olidia⁸⁸, la defensa intentó cuestionar la autoría y la tipicidad subjetiva. Aquí se acusó a la mujer de haber provocado mediante una asfixia mecánica la muerte de su hijo, de edad gestacional de entre 36 y 40 semanas, quien sería el fruto de su relación con Alejandro Delagrada Benítez. Según el relato de su expareja, Olidia Rivera Ruiz contactó con él por mensaje de texto, pidiéndole que se encontraran en una esquina de la Ciudad de Buenos Aires. Al llegar allí, Ruiz estaba esperándole en un automóvil, se bajó y le dijo: “Hacete cargo de esto”, y le entregó una carta⁸⁹ y un bolso cerrado. Al llegar a su domicilio, Delagrada Benítez abrió el bolso y descubrió que en el interior había un bebé recién nacido envuelto en una manta y sin signos vitales. A pesar de los intentos de la defensa, la Cámara del Crimen resolvió que no podía sostenerse razonablemente que la muerte de la criatura, derivada de su colocación en un bolso y envuelta en una manta durante un largo periodo de tiempo, hubiera sido el resultado de un simple descuido o un accidente⁹⁰. En relación con el dolo, el juez de primera instancia había sostenido —entre otras pautas de valoración— que la ausencia de atención del embarazo y el parto traslucía el “desprecio hacia la vida del niño”. Sin embargo, tras el debate oral la Fiscalía propició la absolución por duda razonable, ya que no se pudo establecer el mecanismo de producción de la muerte. En consecuencia, el Tribunal desvinculó a Rivera Ruiz de los hechos imputados.

c. Cuestionamientos en el ámbito de la culpabilidad

En los casos analizados, en el ámbito de la culpabilidad se puso en duda la capacidad de las mujeres de conocer la antijuridicidad y orientar la conducta conforme a las normas. En ese sentido, se argumentó que las mujeres estaban en alguna situación de vulnerabilidad, ya sea por el estado puerperal, por estar en un estado de intoxicación de sustancias psicoactivas, por las limitaciones materiales y simbólicas para llevar adelante su maternidad o por una situación de violencia previa o concomitante al embarazo.

88. TOCyC n.º 29 de la Capital Federal, Rivera Ruiz, Olidia, causa n.º 49964/2015, rta.: 06/11/2019; y CNACyC, sala IV, rta.: 08/10/2015.

89. En la carta, Olidia reconoce que ella era la madre del niño, y le hace una serie de reproches en cuanto a que él no se había hecho cargo de una hija en común, y que imaginaba que tampoco se haría cargo de este nuevo niño. Le dijo: “Ayer yo tuve un accidente y se adelantó el parto, y tu hijo nació en el hospital Pena”.

90. La defensa presentó ante la cámara un informe de la Comisión sobre Temáticas de Género en el que se cuestionó que la investigación hubiera sido arbitrariamente dirigida contra la mujer en razón del uso de estereotipos. Concretamente, se indicó que, sobre la base de ciertas expectativas sociales sobre los roles maternos, se había establecido una única línea de indagación sobre la muerte del niño, dejando de lado cursos de acción alternativos. Además, se cuestionó la valoración discriminatoria de la prueba reunida. Desde el comienzo, la versión dada por Alejandro Delagrada Benítez fue considerada como la única válida, y orientó completamente la investigación. Así, las referencias que él dio respecto a las condiciones de tiempo, lugar y modo en el que recibió el cuerpo del bebé y las manifestaciones que realizó en cuanto al momento en que tuvo conocimiento del contenido del bolso resultaron ser las únicas líneas que condujeron hacia la imputación de Olidia Rivera Ruiz. El Sr. Benítez fue la última persona que tuvo contacto con el cuerpo de la criatura y, a tan solo 48 horas del inicio de las actuaciones, abandonó el país sin dejar modo alguno de localizarlo.

En particular, en el caso Trapasso, Verónica se proporcionaron pruebas durante el debate, incluido un informe social, una pericia psicológica y otra psiquiátrica⁹¹, que dieron cuenta de su historia vital, la cual indicaba que vivió abusos sexuales en su infancia y pubertad por parte de su padre y que tenía un vínculo “abandónico” con la madre, quien no le ofreció ningún tipo de ayuda cuando le contó lo que había vivido. El informe social mostró que en sucesivas parejas con las que estuvo, Trapasso vivió episodios de violencia de género, de maltrato físico y psíquico. Asimismo, se supo que ella tenía un hijo mayor, que cuando quedó embarazada de él su pareja lo rechazó y Trapasso tuvo que irse a vivir con su madre. Ante el nuevo embarazo, la situación se había repetido, pues el padre biológico le dijo que “se lo saque”, y su madre también manifestó que iba a tener que irse de casa. Así, a partir de los seis meses de gestación, cuando ella se enteró del embarazo, lo negó y mantuvo oculta la situación. A esta información se sumó una pericia psiquiátrica, realizada por el Cuerpo de Peritos de la DGN, en la que se sostuvo que la acusada había tenido un brote micropsicótico que le había ocasionado la pérdida temporal de la conciencia. Agregaron que el estado puerperal vuelve vulnerable a cualquier mujer y que, en el caso de la acusada, este había generado una falta de registro de la realidad. En función de la prueba producida, la defensa planteó en el alegato final del juicio la aplicación del artículo 34, inciso 1.º del Código Penal, por considerar que en el momento del hecho su asistida no contó con capacidad para comprender la criminalidad del acto ni para dirigir sus acciones. Los informes psiquiátricos y psicológicos elaborados por las peritos de la DGN fueron considerados por el tribunal para absolver a Rosana Trapasso, por no poder comprender la criminalidad del acto.

En el caso Escalada Irala, la defensa instó como planteo subsidiario que se daba una causal de inculpabilidad por inimputabilidad. Tras las instrucciones dadas por la Cámara de Apelaciones, el Juzgado de Primera Instancia ordenó ampliar las pericias psicológicas y psiquiátricas sobre la acusada. Las forenses oficiales y de la defensa evaluaron la personalidad de base, su adicción a las sustancias psicoactivas y los cambios que se producen en los momentos previos y posteriores al parto. Las profesionales concluyeron que era verosímil que Escalada Irala no haya contado con suficiente autonomía psíquica para comprender y dimensionar la situación en la que se encontraba y que no haya podido comprender y dirigir sus acciones. En consecuencia, el juzgado declaró inimputable a la mujer y dictó su sobreseimiento.

Finalmente, en el caso de Ruiz Rivera, Olidia se introdujo un informe del Cuerpo Médico Forense en el que se sugirió que la acusada presentaba “terror y la parálisis hacia conductas actuadoras, con fracaso de sus defensas básicas adaptativas. Aclaro que los estados de terror y parálisis deben entenderse como aquellos estados psíquicos superiores al estado de temor o miedo. Refiere haber vivido este segundo parto como una repetición del primer parto de su hija, pero en la primera situación contó con el apoyo de su

91. El informe social fue elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN y las pericias por profesionales del Cuerpo de Peritos de la DGN.

hermana, y en esta segunda situación se encontraba sola. Se evidencia un aparato psíquico estructuralmente lábil, vulnerable, con sentimientos de impotencia o indefensión, con fuerte dependencia emocional de su hermana, quien convive con ella. Es escasa su autoestima. Presenta un desarrollo madurativo inmaduro en lo emocional y en su vida en relación. Su nivel intelectual se encuentra dentro de la media normal⁹². A su vez, el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN realizó un informe social en el que se reconstruyeron los principales aspectos de su historia vital y se pusieron de manifiesto las profundas vulnerabilidades que atravesó a lo largo de su vida. Se señaló al respecto su infancia en situación de extrema pobreza, las responsabilidades que debió asumir desde su adolescencia en relación con la manutención de su familia de origen, las dificultades con la migración a Argentina, los obstáculos para la atención médica y la precariedad laboral. También se analizó cómo su detención aumentó la vulnerabilidad de su hija y su familia extendida, situación que se profundizaría de mantenerse su encarcelamiento⁹².

d. Cuestionamientos a la determinación de la pena

El caso Fernández, Gabriela Yamila⁹³ se distingue de los tres reseñados anteriormente (Trapasso, Verónica; Rivera Ruiz, Olidia; y Escalada Irala) en razón de que, en lugar de escoger la figura del homicidio agravado por el vínculo, el proceso fue orientado a la investigación del delito de abandono de persona agravado por el vínculo. Otra particularidad es que, en este supuesto, la acusada firmó un juicio abreviado.

El proceso se inició a partir del hallazgo, en la puerta del baño de una estación de servicio, de una bolsa de residuos con un bebé en su interior. En el caso se logró determinar que Fernández había entrado al baño, donde dio a luz a una niña, y la dejó en el cubo de basura. Seguidamente, la mujer a cargo de la limpieza vio que la bolsa de basura estaba llena de compresas, la cerró y la colocó dentro de otra bolsa que dejó junto a la puerta del baño. Unos minutos más tarde, otra mujer que se encontraba esperando para ingresar advirtió que la bolsa se movía, la abrió y encontró al bebé.

En el proceso se aportó un informe social efectuado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad y el Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio Jurídico Gratuito a Víctimas de Violencia de Género, ambos de la DGN. El informe mostró el historial de violencia de la mujer y la posible repetición de una situación traumática de rechazo y abandono ante un nuevo embarazo que cursó en soledad y ocultando su condición.

92. En el momento de elaboración de este documento esos informes no fueron valorados, ya que el proceso aún no había tenido audiencia de juicio.

93. TOCyC 6 de la Capital Federal, Fernández, Gabriela Yamila, causa n.º 64642/2015, rta.: 26/10/2016 y CSJN, Arjona, Mario y otro s/abandono de personas, CCC 064642/2015/4/CS001, rta.: 23/02/2016 (causa Fernández, Gabriela Yamila).

El fiscal requirió la elevación a juicio por el delito de abandono de persona agravado por el vínculo, descartando la tentativa de homicidio, sin fundamentos que expliquen la elección de esta calificación sobre la de homicidio. En su momento, el fiscal del juicio firmó un juicio abreviado con la acusada y su defensa oficial, en el que se acordó una pena en suspenso de tres años, monto que se sitúa apenas por encima del mínimo legal⁹⁴.

Dentro del escaso margen que habilita el juicio abreviado a la revisión judicial, los jueces consideraron razonable el monto punitivo, cercano al mínimo de la escala penal, en atención a “las condiciones personales de la imputada, las presiones y problemas que manifestó padecer en esa época, su falta de antecedentes y el hecho de que la niña, a pesar del grave riesgo que corrió, no sufrió ningún daño efectivo”; también, en que haya reconocido su responsabilidad en el hecho⁹⁵.

2.4. Consideraciones sobre los casos hallados

A partir de la derogación de la figura de infanticidio, los casos en los que se acusa a las mujeres por delitos contra la vida o integridad personal de sus hijos/as recién nacidos/as son tramitados a través de las figuras penales de homicidio agravado o, eventualmente, abandono de personas.

El escaso número de casos identificados para el ámbito de la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires no permite extraer conclusiones definitivas sobre las características de las estrategias de defensa y de las respuestas de los tribunales. No obstante, es posible afirmar que la figura de infanticidio aún tiene efectos en el abordaje de estos casos por parte de los/as operadores/as, pues se acude al “estado puerperal” para atenuar la pena o para determinar la inculpabilidad.

La voz es conceptualizada desde la medicina, la psiquiatría y la psicología forense. Sin embargo, en Trapasso, Rosana Verónica también se vinculó el estado puerperal a la extrema vulnerabilidad dada por la existencia de embarazos no deseados, negados o desarrollados en situaciones de abandono y situaciones de abuso sexual infantil y de violencia de género. En este sentido, se destacaron “vulnerabilidades entrecruzadas a las que vivió y aún vive expuesta”. Así, destacó las conclusiones dadas por la pericia psiquiátrica y el dictamen psicológico elaboradas por profesionales del Cuerpo de Peritos de la DGN.

Finalmente, así como la derogación de la figura del infanticidio trasladó la discusión de la tipicidad al homicidio agravado, este habilita la imposición de una pena atenuada en virtud de la norma que autoriza a disminuir la pena a perpetuidad en razón de la existencia

94. El delito de abandono de personas agravado por el vínculo tiene una pena mínima de dos años y ocho meses, y una máxima de ocho años.

95. Al contrario, valoró que el abandono se concretó sobre una recién nacida, por un lado, y su nivel de instrucción y que era oficial de la policía, por otro lado, “por lo que se encontraba en condiciones de actuar de un modo distinto, adecuado a derecho”.

de circunstancias extraordinarias de atenuación. Si bien este tipo de argumento no se observó en los escasos procesos registrados⁹⁶, sí resulta posible que un razonamiento de este tipo se haya aplicado en el único proceso en el cual se recurrió al uso de la figura del abandonado de persona, en tanto se impuso una pena muy cercana al mínimo legal.

2.5. Propuestas para la elaboración de estrategias de defensa con perspectiva de género

El homicidio de un/a recién nacido/a por parte de su madre desencadena una sanción moral que recae en las mujeres que rechazan la maternidad. Atender a los posibles prejuicios y estereotipos que conforman la imagen de una buena/mala madre⁹⁷ será importante para la defensa del caso, porque pueden filtrarse para compensar la ausencia de prueba sobre cómo ocurrió la mecánica de la muerte, en el aspecto cognitivo y volitivo de la conducta, y en el ámbito de la culpabilidad. Otros aspectos relevantes para la construcción de la teoría del caso serán el contexto en el que las mujeres dieron a luz y los historiales de vulneración de derechos y de violencia previos.

a. Cuestionamientos a la tipicidad objetiva

Para dar por cumplido el tipo objetivo del delito de homicidio agravado por el vínculo debe comprobarse la existencia de una persona nacida viva y que la acción de la mujer haya sido la exclusiva causa de la muerte, es decir, que el/la recién nacido/a no haya muerto por otro motivo distinto. Además, debe probarse que la víctima es hijo/a de la mujer. En este caso, existen una serie de cuestiones que deben acreditarse y ser traducidas en la formulación de la acusación.

La primera cuestión que probar es que el bebé haya nacido con vida, para excluir imputaciones vinculadas con abortos espontáneos u otros eventos obstétricos en los que no se acreditó un nacimiento con vida. Sobre este punto, cabe prestar atención a qué tipo de estudios se realizan para constatar esta circunstancia y cuestionar la capacidad probatoria de ciertos métodos poco fiables⁹⁸.

96. Esta línea de defensa sí se observa en causas tramitadas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, todas resueltas bajo la utilización de la reducción de la pena por circunstancias extraordinarias de atenuación (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala IV, Duette, Gladys Viviana s/recurso de casación, causa n.º 64923, rta.: 20/03/2015; Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, sala III, Fleitas María Isabel s/recurso de casación, causa n.º 70416, rta.: 21/06/2016; Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala III, Duarte, Josefina s/recurso de casación, causa n.º 24132, rta.: 05/04/2016).

97. Ver *supra*, notas 23 y 70.

98. La doctrina actualizada señala al respecto que la docimasia hidrostática pulmonar es una prueba poco fiable para determinar si el feto nació vivo, ya que circunstancias tales como la insuflación previa o el paso del tiempo, las condiciones de preservación y las condiciones del ambiente pueden incidir en el proceso de putrefacción gaseosa del cuerpo, alterando el resultado de la prueba (Cf. *Amicus Curiae* del Innocence Project Argentina en el caso Belén, con cita de Byard y Payne-James, 2016. Recuperado de <https://studylib.es/doc/6168702/1-se-presenta-como-amigo-del-tribunal-exma.-corte>, compulsado: 29/10/2019). También se señala que existen otros peritajes para determinar con mayor precisión si el feto nació con vida, como el examen microscópico sobre la reacción vital del cordón umbilical y la docimasia sobre otros órganos como el oído o el estómago (*idem*).

En caso de que haya nacido con vida, también será necesario que se determine de manera precisa cuáles fueron las causas de la muerte, porque un parto en avalancha o sin asistencia puede generar un ámbito propicio para la muerte del/la recién nacido/a por causas ajenas a una conducta homicida. De igual modo, será necesario cuestionar la capacidad de la mujer para evitar la muerte producto de un parto sorpresivo.

b. Cuestionamientos a la tipicidad subjetiva

En el ámbito del tipo subjetivo, el aspecto cognitivo acerca del estado de gravidez es muy importante, porque tendrá un impacto sobre la capacidad de la mujer de advertir que el producto del parto es una persona con vida y es su hijo/a. En este camino de argumentación, estudios basados en entrevistas a mujeres que fueron condenadas por infanticidio destacan patrones comunes respecto al modo en que esas mujeres percibieron el embarazo. El núcleo duro son mujeres que no reconocen que están embarazadas, no les crece la barriga, en la mayoría de los casos viven el embarazo con la misma ropa sin mostrar cambios significativos en el cuerpo y siguen su vida normalmente (Kalinsky y Cañete, 2010: 28). Al ser preguntadas “dicen que ‘algo’ les salió del cuerpo, o bien que el bebé nació muerto, que no lo oyeron llorar o que ni si quiera lo vieron. Esta creencia da pie a que consideren que no lo han matado” (Kalinsky y Cañete, 2010: 28). Como estos datos contrarían las creencias comunes acerca de cómo las mujeres desean y se preparan para la maternidad, la particularización y especificidad de la vivencia de la mujer imputada se vuelve fundamental. En el ámbito del tipo subjetivo de homicidio o el abandono de persona, la falta de percepción del/de la recién nacido/a como un sujeto con vida puede afectar el dolo que requieren ambas figuras penales.

c. Cuestionamientos en el ámbito de la culpabilidad

Para analizar la capacidad de imputabilidad (art. 34, inc. 1 CP), la propuesta realizada por Laurenzo Copello⁹⁹ introduce una visión novedosa. Propone trabajar el concepto de “trastorno mental transitorio” no asociado a factores patológicos, sino a “una situación vital de especial dificultad”. Los contextos adversos y precarios en los que las mujeres infanticidas llevan adelante los embarazos y la total soledad y aislamiento en el que tienen sus partos son situaciones muy difíciles de superar ante un parto sorpresivo y no deseado. Esos contextos están presentes en los casos conocidos de infanticidio. Como señala la experta, una situación excepcionalmente anormal puede provocar la incapacidad para dirigir la conducta conforme a la norma y, por lo tanto, puede concluir en la inimputabilidad de la mujer.

La idea de no restringir la incapacidad de culpabilidad a situaciones patológicas dadas por alteraciones psíquicas se sugiere de algún modo en Trapasso, donde si bien se acudió al “estado puerperal”, también se aludió a la historia vital de la imputada, marcada

99. Ver *infra*, capítulo 3.

por situaciones de violencia y abusos sexuales. El litigio en nuevas causas podrá ampliar la potencialidad que tiene asociar el “trastorno mental transitorio” a la particular situación de vulnerabilidad que implica para las mujeres afrontar con gran esfuerzo una situación extraordinaria como es un embarazo y parto no deseado en total desamparo. En este trance, además de las pericias psíquicas o psiquiátricas, indagar sobre la trayectoria vital y el contexto familiar también es relevante, pues es común que el aislamiento esté marcado por historias marcadas por la vulnerabilidad y el desamparo (que pueden encontrar padres biológicos ocasionales o violentos, embarazos producto de violaciones sexuales y falta de acceso a la salud sexual y reproductiva, entre otros factores que acrecientan el desamparo).

Cuando los argumentos presentados para sostener un cuadro de inimputabilidad no fueron admitidos en esa fase de análisis, bien pueden repetirse al evaluar la inexigibilidad por una situación reductora del ámbito de autodeterminación.

d. Cuestionamientos a la determinación de la pena

Alternativamente, en el caso de determinarse la acción típica antijurídica y culpable, siempre queda en subsidio la posibilidad de aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación cuando el delito que se imputa es el homicidio agravado.

Ante un escenario que permite graduar la pena, se podría solicitar la perforación del mínimo, dada la desproporcionalidad que implica una pena de 10 años para una mujer marginada de los resortes estatales que pudieron brindar mejores herramientas para conducir su plan de vida. Estos planteos, que han sido aceptados por la jurisprudencia en función de la vulnerabilidad de las imputadas por delitos de drogas, podrían ser traídos a este conjunto de casos.

3. Imputaciones a mujeres por delitos contra sus parejas o exparejas

En este apartado se muestran causas en las que las mujeres fueron acusadas por agredir o matar a sus parejas o exparejas, generalmente como conductas reactivas a la agresión del compañero.

3.1. Marco normativo

La figura de la legítima defensa se encuentra prevista en el artículo 34, inciso 6, del Código Penal. Esta norma dispone que no es punible “el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”. Sin embargo, su aplicación

no siempre redundó en beneficio de las mujeres que respondieron con violencia a los ataques de sus parejas o exparejas.

En la década de los ochenta, los estudios especializados en derecho penal y género comenzaron a identificar que las mujeres maltratadas que matan a sus maridos no conseguían beneficiarse de la eximente de la legítima defensa. A través del análisis de sentencias de distintos contextos jurídicos se observaron restricciones en la interpretación y aplicación de la causal de justificación (Larrauri, 1994: 1; Larrauri, 2002; Frigon, 2000).

Desde la doctrina penal tradicionalmente se sostuvo, por ejemplo, que en el matrimonio y en las relaciones paterno-filiales existe una obligación de sacrificio más elevada, por tanto, al repeler ataques de un cónyuge, la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida o aceptar menoscabos leves en sus bienes antes de lesionar bienes existenciales del agresor. En esta línea de argumentación, se excluye el derecho de defensa necesaria entre esposos, prescribiendo que, en la medida de lo posible, el amenazado debería eludir la agresión o recurrir al medio más suave¹⁰⁰. Esta clase de formulación no repara (más bien oculta) en quiénes suelen ejercer la violencia y en quiénes suelen ser sus destinatarios/as, y habilita el uso de la fuerza para mantener relaciones de dominio en los vínculos familiares. Aunque la doctrina se formule en términos neutrales, tiene arraigo en mitos y estereotipos que operan para habilitar el ejercicio de la violencia de género frente a circunstancias que, de no mediar la relación de pareja, serían consideradas supuestos tradicionales de legítima defensa.

Además, los trabajos feministas en el ámbito del derecho penal han ido revisando los problemas de discriminación que generan estas interpretaciones, tachándolas de androcéntricas por realizarse desde un presupuesto de contienda entre hombres pares, con similares características de tamaño y fuerza, con quien por lo general han tenido ese solo encuentro. Por otra parte, las críticas se dirigen a que esas decisiones judiciales sostienen mitos que legitiman la violencia machista y el poder de corrección del marido hacia la mujer. Asimismo, se insistió en que los contextos de violencia doméstica son de imprescindible análisis para abordar el juicio de mujeres que matan, poniendo de manifiesto los ciclos de la violencia íntima, los obstáculos materiales, institucionales y subjetivos que encuentran las mujeres para denunciar los hechos y buscar alternativas, así como los sistemáticos niveles de impunidad y escasos recursos de prevención ofrecidos por el Estado (Di Corleto, 2006; Hopp, 2012; Chielsa, 2007; Sánchez y Salinas, 2012). De este modo, estas críticas exigen adaptar, desde una mirada de género, la doctrina tradicional de la legítima defensa para atender a la realidad de las mujeres que se defienden de sus parejas maltratadoras y ofrecen una renovada interpretación de los requisitos que exige la legítima defensa: agresión ilegítima, inminencia o actualidad de la agresión, proporcionalidad del medio empleado y ausencia de provocación suficiente.

100. Para una reseña de estas posiciones ver Di Corleto, 2006, con citas a Günter Stratenwerth, Günter Jakobs y, en el país, Enrique Bacigalupo.

A la par de las críticas vinculadas con una interpretación sesgada de los elementos exigidos por la figura de la legítima defensa, también se advierte un tratamiento discriminatorio en la valoración de la prueba. Se repara al respecto en que, circunstancias que configurarían un supuesto “típico” de procedencia de la legítima defensa (en términos de agresión ilegítima, inminencia de la agresión, proporcionalidad del medio utilizado y falta de provocación) se dejan de lado por una exégesis arbitraria y discriminatoria de los elementos probatorios, o del uso explícito de estereotipos que niegan el derecho de defensa, por ejemplo, a quien no reaccionó antes a una agresión similar.

En la última década se ha observado un avance en el reconocimiento judicial de la justificación de la legítima defensa de las mujeres en contextos de violencia doméstica¹⁰¹, incluso con citas expresas a trabajos realizados desde la teoría feminista. Esas sentencias también suelen mencionar las obligaciones que se derivan de la Convención contra Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y la Ley de Protección Integral Contra la Violencia de Género 26485. Sin embargo, esas resoluciones suelen revertir condenas de instancias previas, lo que implica que las mujeres estuvieron detenidas durante prolongados lapsos de tiempo. Además, conviven con otras sentencias que condenan a mujeres que han actuado para defenderse a penas de efectivo cumplimiento, en ocasiones agravadas.

En consideración con este diagnóstico dispar, el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) emitió recientemente una recomendación general que da directrices para la interpretación de la causal de justificación de la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia, de acuerdo con la Convención de Belém do Pará¹⁰², que constituye una herramienta muy útil para la defensa de mujeres que agredieron a sus parejas o exparejas en contextos de violencia.

Mientras, en el ámbito nacional se propicia la inclusión en el Código Penal de un supuesto de legítima defensa privilegiado para estos casos, que presuma que las mujeres que lesionaron o dieron muerte a sus parejas o exparejas actuaron en legítima defensa, cuando se acrediten antecedentes de violencia de género¹⁰³.

101. Otras sentencias de altos tribunales confirman esta tendencia: R. C. E. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n.º 63006 del Tribunal de Casación Penal, sala IV (CSJN, 733/2018/CSJ, rta.: 29/10/2019); Leiva, María Cecilia (CSJN, fallos: 334: 1204 y sentencia de reenvío de la Corte de Justicia de Catamarca, expediente 10/06, rta.: 30/05/2012); R. E. C. (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, causa n.º 110919, rta.: 23/06/2014); B. C. A. B. (Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, causa n.º 12519/2016, rta.: 30/06/2017); Gómez, María Laura (Tribunal Superior de San Luis, causa n.º 10/12, rta.: 28/02/2012); Álvarez, Nilda Beatriz (Tribunal Oral del Colegio de Jueces Penales de Segunda Instancia de Rosario, causa n.º 21-06079336-8, rta.: 21/12/2016).

102. MESECVI (2018). Recomendación General n.º 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo con el artículo 2 de la Convención de Belém do Pará. MESECVI/CEVI/doc.249/18.

103. Ver, en este sentido, Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación (2013). *Dictamen para la elaboración de un nuevo Código Penal de la Nación con perspectiva de género*. Proyecto de ley presentado por la senadora Kunath, expte. 13-S-2018.

3.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El 27 de noviembre de 2006, la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de la provincia de Catamarca condenó a María Cecilia Leiva a doce años de prisión por el homicidio simple de quien fue su pareja y padre de su hijo y de otro en gestación. La mujer relató que su pareja la había golpeado siempre, incluso le hizo perder un embarazo anterior, y que ante una nueva paliza, al encontrarse embarazada y temer por un nuevo aborto, consiguió defenderse y defender a su hijo con lo primero que encontró. En esas circunstancias, le clavó un destornillador al agresor en la zona del tórax que le ocasionó la muerte.

Contra la sentencia condenatoria, la defensa interpuso recurso de casación que fue rechazado por la Corte de Justicia de Catamarca. Contra dicho pronunciamiento, presentó recurso extraordinario federal, en el que señaló que el tribunal oral y el casatorio descartaron la legítima defensa por entender que no existió agresión ilegítima, ya que, según los testigos, María Cecilia Leiva no presentaba golpes, pero de manera contradictoria reconocieron que las fotografías incorporadas a la causa y un informe médico daban cuenta de sus lesiones. También se agravó por no haber valorado el estado emocional de su asistida.

El dictamen fiscal¹⁰⁴, al que remitió la Corte¹⁰⁵, advirtió que no se había considerado que las lesiones constatadas en Leiva y otra prueba recogida en el juicio corroboraban su versión de los hechos, incluidas las marcas en su cuerpo que se correspondían con las agresiones de las que se había defendido. También criticó que no se hayan apreciado adecuadamente elementos de prueba que daban cuenta del historial de violencia y del estado psíquico de Leiva, y que no se haya dado debida explicación al hecho de que estaba encerrada en su casa por el occiso y no pudo salir de allí sin el auxilio de los vecinos. El Procurador ante la Corte Suprema criticó que se hayan dejado de lado ciertos elementos y dado preminencia a otros sin una debida justificación; también reprochó que no se hayan considerado todas las pruebas recogidas con la reacción de Leiva posterior al hecho, “porque de su conducta surgen evidencias insoslayables”¹⁰⁶.

La Corte consideró que el *a quo* no había valorado “con la suficiente amplitud y en el debido contexto aspectos importantes para determinar la conducta de la imputada”, y que ello constituía la omisión de considerar elementos probatorios esenciales para resolver el recurso de casación (voto de la mayoría con remisión al dictamen de la Procuración General). Aunque es un antecedente valioso, en el caso Leiva la Corte Suprema resolvió el planteo (mediante remisión al dictamen del procurador fiscal) por

104. Dictamen PGN, L., María Cecilia s/recurso extraordinario, S. C. L. 421, L. XLIV González Warcalde, 15/05/2009.

105. CSJN, fallos 334: 1204, Leiva.

106. Señala al respecto el dictamen: “Ella pidió ayuda, una ambulancia, un teléfono, para salvar a Sergio S.; lloraba, daba gritos que oían todos sus vecinos; estaba desesperada, fuera de sí; dijo que él la había pegado y ella, en su defensa y la de su hijo, se había defendido y le había clavado un destornillador, aunque no quiso matarlo” (consid. 4).

arbitrariedad en la valoración de la prueba y perdió la oportunidad de señalar los sesgos discriminatorios por razones de género en el abordaje judicial del caso.

En su voto particular, la Dra. Highton resaltó el vínculo entre el vicio señalado y la afectación a las prescripciones de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico (la Dra. Argibay también estuvo de acuerdo con este punto). Además, criticó el razonamiento judicial según el cual, de haber existido una agresión ilegítima por parte del occiso, habrían sido consentidas por la mujer con su permanencia en el hogar¹⁰⁷.

Un fallo más reciente de la Corte Suprema consolidó el precedente Leiva y fijó estándares más sólidos. Se trata del caso C. E. R., en el que el Alto Tribunal se remitió al dictamen del Procurador¹⁰⁸.

C. E. R. había declarado que era víctima de violencia de género por parte de P. S., padre de sus tres hijos, con quien convivía a pesar de la disolución del vínculo de pareja. Explicó que el día del hecho, como represalia por no haberlo saludado, P. S. le dio un empujón y puñetazos en el estómago y en la cabeza, llevándola así hasta la cocina; allí ella cogió un cuchillo y se lo clavó en el abdomen, luego salió corriendo y fue a la casa de su hermano, quien la acompañó a la policía. C. E. R. dijo que no quiso hacerle daño, pero fue la única forma de defenderse de los golpes. En el informe médico se dejó constancia de que la mujer poseía hematomas y dolores en el abdomen y en las piernas y que tenía dolor en el rostro. Por su parte, el hombre prestó declaración testimonial y negó haber agredido a la mujer.

El Tribunal Oral condenó a la imputada a la pena de dos años de prisión en suspenso. Para decidir de ese modo, consideró que su declaración no resultaba verosímil ya que, si bien había indicado haber sufrido golpes en la cabeza, no se habían constatado hematomas en su cara. En tal sentido, concluyó que el hecho se había tratado de una “agresión recíproca” y negó que hubiese constituido un caso de violencia de género. Contra esa sentencia, la defensa interpuso un recurso de casación, donde señaló que su asistida había actuado en legítima defensa y que las lesiones previas acreditaban la ventaja física del hombre sobre su asistida y fundamentaban el temor por su integridad. En esa línea, refirió que la mujer había utilizado el único medio que tenía a su alcance para defenderse. La Fiscalía dictaminó en favor del planteo.

107. Dijo al respecto que de “aquella afirmación del *a quo* para descartar un supuesto de legítima defensa que, a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso —a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario—, se deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido”. Cabe destacar que había prueba que demostraba que la mujer estaba encerrada en su propia casa, no tenía llave de la puerta y las ventanas tenían rejas, por lo que pidió el auxilio de terceros para poder salir y llevar a su pareja a un centro de salud después de haberlo herido.

108. CSJN, R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n.º 63006 del Tribunal de Casación Penal, sala IV, 733/2018/CSJ, rta.: 29/10/2019.

El Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires rechazó la impugnación. Ante eso, la defensa interpuso recursos de inaplicabilidad de la ley y de nulidad, por entender que la resolución resultaba arbitraria y carecía de fundamentación. La Suprema Corte de Justicia de la provincia desestimó las presentaciones. En relación con el recurso de inaplicabilidad, consideró que no cumplía con los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal Provincial y que la arbitrariedad alegada no había sido planteada de forma adecuada. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal.

En su dictamen, el Procurador General propuso que se deje sin efecto la sentencia impugnada y se ordene el dictado de una nueva conforme a derecho. En primer término señaló que “las causales de arbitrariedad alegadas se conectan de modo inescindible con la cuestión federal vinculada a la interpretación y aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 14, inc. 3.º, de la Ley 48 y fallos: 336: 392) y del artículo 16, inc. i), de la Ley 26485, en tanto reglamentario de la convención citada [...]”.

Con cita al derecho a la amplitud probatoria reconocido en el artículo 16, inciso i de la Ley 26485, y haciendo referencia a la Recomendación General n.º 1 del MESECVI, señaló que la declaración de la víctima es crucial, que la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos denunciados y tampoco la falta de señales físicas implica que no se haya producido la violencia. En consecuencia, consideró “arbitraria la valoración del tribunal, como así también la que en igual sentido implica el criterio de las instancias revisoras, toda vez que restó credibilidad a los dichos de [la imputada] porque dijo que sufrió ‘piñas en la cabeza’ pero no manifestó dolor ni se constataron hematomas en el rostro. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que [...] en el informe médico se dejó constancia de hematomas en el abdomen y en las piernas, con dolor espontáneo y a la palpación, y que refirió dolor en el rostro, es decir, que los golpes fueron corroborados”.

A su vez, descalificó la valoración realizada por el Tribunal en cuanto había desestimado la declaración de un testigo que dijo haber presenciado una agresión verbal y vio a C. E. R. con golpes dos veces, porque no había precisado la fecha y por “la subjetividad propia” de quien dijo haber padecido un sometimiento similar. Al respecto, el Procurador señaló que “la falta de precisión relativa a las fechas no implica que los golpes no hayan existido y la condición de víctima de violencia tampoco *per se* mengua el valor del testimonio”.

Con relación a las contradicciones entre la mujer y su expareja, sostuvo que “en virtud de las normas específicas que rigen para los casos de violencia contra las mujeres, frente a las versiones opuestas de R. y S. sobre lo sucedido, el tribunal no podía descartar con certeza la causa de justificación alegada. En este sentido, es oportuno recordar que en el precedente de fallos: 339: 1493, V. E. sostuvo que frente a hipótesis de hechos contrapuestos, en el derecho procesal penal el *in dubio pro reo* y la prohibición de

non fiquet le imponen al juez inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado”.

Finalmente, el Procurador citó los precedentes de la Corte IDH y señaló la obligación de investigar con perspectiva de género los ataques contra las mujeres. Además, hizo especial referencia a la Recomendación General n.º 1 del MESECVI sobre casos de legítima defensa de mujeres víctimas de violencia, que indica la necesidad de valorar los hechos evitando que los estereotipos de género permeen el razonamiento judicial. En esa dirección, el dictamen es rico en la aplicación concreta de los requisitos del artículo 34, inciso 6, del Código Penal al caso particular, en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres.

3.3. El tratamiento de la justicia penal en lo criminal de CABA

En el relevamiento de jurisprudencia de la justicia criminal ubicada en la Ciudad de Buenos Aires en el plazo estipulado, se encontraron dos casos en los que las mujeres fueron condenadas tras declarar que habían actuado en defensa propia. También se hallaron dos casos en los que las mujeres alegaron que actuaron en perjuicio de sus exconvivientes maltratadores en defensa de terceros, y en ambos procesos se rechazó la procedencia de esta defensa. Con independencia de la verosimilitud y la suerte de los planteos, estos casos se incluyen en el informe con el fin de conocer qué relevancia dieron los juzgadores a los antecedentes de violencia a la hora de declarar la responsabilidad penal de las acusadas cuando ese contexto logra ser acreditado (y, su contracara, el rechazo de las alegaciones defensasistas cuando no van acompañadas de prueba que demuestren los contextos de violencia invocados).

a. Legítima defensa propia

En el caso Calle Vilca, Ninfa¹⁰⁹, la mujer fue acusada de homicidio calificado en grado de tentativa por haberle clavado un cuchillo de mesa en el tórax a Álvaro Rojas Aguayo, su pareja. Posteriormente, la conducta fue recalificada en el marco de un juicio abreviado como lesiones graves calificadas por el vínculo, cometidas con exceso en la legítima defensa.

A partir del relato de los implicados y de otra prueba producida, se tuvo por cierto que en la madrugada del 1 de enero de 2016, durante los festejos por el año nuevo, Ninfa Calle Vilca atacó a Rojas Aguajo con un cuchillo que estaba utilizando para cocinar. También se probó que Rojas Aguajo ejercía de forma persistente violencia sobre Calle Vilca, que la madrugada en que resultó lesionado se había mostrado agresivo durante toda la velada y que, en un momento en que se quedaron a solas, la había agredido físicamente.

109. TOCyC 6 de Capital Federal, Calle Vilca, Ninfa, causa n.º 14/2016, rta.: 09/05/2016.

Para descartar la intención de matar y cambiar la imputación a la de lesiones, el fiscal general afirmó que los sucesos se habían generado de forma muy rápida, y que “dada la escasa duración del episodio, no resulta posible tácticamente que la imputada haya podido calcular la zona del cuerpo de Rojas Aguayo donde ingresaría el cuchillo que ella esgrimía en su mano”. Es decir, que para el fiscal la acusada no pudo dirigir con precisión el lugar en el que insertó el arma blanca, aunque tuvo por cierta la intención de lesionar.

La estrategia de la defensa estuvo orientada a mostrar que su asistida había actuado en defensa propia, posición compartida por el fiscal. Este tuvo por cierto que la relación estuvo marcada por la violencia que ejercía Rojas Aguayo y que la noche del episodio la mujer le clavó el cuchillo para defenderse. Entendió que no existió provocación por parte de Calle Vilca, pues valoró los testimonios coincidentes de ella y de un amigo de la pareja que estuvo presente esa velada, y evaluó que el medio empleado era razonable, teniendo en cuenta “la diferencia física de ambos, que ella ya había sido sometida a violencia en otras ocasiones, y sumando en esta ocasión su sospecha de hallarse embarazada”.

Para tener por probada la agresión ilegítima, el fiscal puso en contexto el maltrato al que Rojas Aguayo sometió a Calle Vilca y valoró el historial de victimización. Para ello se sirvió del testimonio de la hermana de Ninfa, de un antecedente que implicó la atención hospitalaria y de un informe social elaborado por el Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio Jurídico Gratuito a Víctimas de Violencia de Género y el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN¹¹⁰. En cuanto a lo sucedido en el momento de los hechos objeto de investigación, tuvo en cuenta los relatos de ambos integrantes de la pareja y los de un amigo en común que estuvo con ellos esa noche (aunque no vio el momento del ataque), y la certificación de las lesiones que presentaba la mujer.

Sin embargo, el fiscal consideró que hubo un momento en el accionar de Calle Vilca en el cual su conducta se volvió injusta, porque excedió la fuerza necesaria para repeler una agresión¹¹¹, produciendo un exceso en la situación originalmente tutelada de legítima defensa. Esta afirmación contradice lo que antes sostuvo, respecto a la razonabilidad del medio empleado y a la imposibilidad de “elegir” la parte del cuerpo en la que introducir el cuchillo, dada la rapidez con la que ocurrieron los hechos. En efecto, el fiscal afirmó que la utilización del cuchillo respondió a una necesidad racional y que la mujer no tuvo

110. En el informe se consignó que la relación con Rojas Aguayo se caracterizó por celos excesivos, violencia física y rasgos de control y dominio constante, que la llevaron a perder varios empleos. La exposición a la violencia de género se intensificó a partir de su radicación en Argentina. El informe también mostró el recorrido vital de Calle Vilca, marcado por fuertes necesidades socioeconómicas, que la llevaron a trabajar en condiciones de explotación y violencia desde niña, el abandono de los estudios, la migración a Argentina a fin de mejorar sus posibilidades de futuro y un recorrido laboral marcado por la explotación y la informalidad.

111. La doctrina denomina esta circunstancia como exceso intensivo cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario (D'Alessio y Divito, 2011).

posibilidad de elegir en qué parte del cuerpo asestar el golpe “dada la escasa duración del episodio” (razón por la que cambió la calificación del hecho de homicidio en grado de tentativa a lesiones). Teniendo en cuenta que la mujer dio una única cuchillada, no se comprende, en el razonamiento fiscal, en qué consistió el exceso en la legítima defensa y a partir de qué conducta y qué momento su reacción se volvió injusta, cuando el mismo fiscal consideró justificado el medio empleado y la zona del cuerpo herida.

El voto que lideró la sentencia coincidió con que en el caso “obró una causa de justificación vinculada con la legítima defensa ejercida por la víctima frente a una agresión de su pareja, que fue repelida por un medio razonable, que no fue provocada, pero que, debido a la forma en que se produjo, excedió la producción del daño indispensable para repelerla”. Pese a la contradicción señalada en el razonamiento del fiscal general, el tribunal consintió el planteo sin dar razones diferentes a las presentadas por el acusador público.

El tribunal aplicó la pena consensuada de dos años y diez meses de prisión en suspenso, valorando especialmente los antecedentes de violencia de género, el embarazo que cursaba Calle Vilca y la admisión de los hechos.

Por otra parte, en el caso Escobar, Daniela¹¹² se le imputó a la mujer el homicidio de Enrique Dellacasa, en la figura agravada por mantener un vínculo sentimental con la víctima. Según la declaración de la imputada, ella reaccionó ante las agresiones persistentes de Dellacasa, que le exigía dinero para comprar drogas, y en ese contexto tomó un cuchillo y se lo clavó en el cuello, provocándole la muerte.

El defensor de Escobar planteó que la mujer se había defendido de las agresiones del hombre, por lo que había mediado legítima defensa en su accionar o, en todo caso, un exceso en la legítima defensa. Subsidiariamente, apeló a la ocurrencia de circunstancias especiales de atenuación previstas en el artículo 80 del Código Penal y a la inconstitucionalidad de la pena perpetua. También requirió la aplicación del homicidio simple, por no corresponder el agravante relativo a la relación sentimental, contemplado en el artículo 80, inciso 1, del Código Penal.

La defensa no ofreció prueba adicional al relato de la imputada para comprobar el contexto de violencia en el que ocurrieron los hechos ni sobre la dinámica del vínculo entre las partes. En cambio, durante el juicio varios testigos dieron cuenta del carácter violento de la mujer y pacífico del hombre, y refirieron agresiones que ella le había proferido a la víctima con anterioridad. Por otra parte, la revisión practicada sobre la acusada no registró lesiones ni signos de haber sufrido una agresión.

112. TOCyC 25 de Capital Federal, Escobar, Daniela, causa n.º 38194/2013, rta.: 04/12/2014; CNCC, sala II, Escobar, Daniela, causa n.º 38194/2013, reg. 168/2018, rta.: 18/06/2015; y TOCyC 25 de Capital Federal, Escobar, Daniela, causa n.º 38194/2013, rta.: 18/04/2016.

La mujer fue condenada a prisión perpetua en virtud del delito de homicidio agravado por la relación de pareja. A criterio del tribunal, “Conforme la evaluación precedente de toda la prueba considerada no ha existido defensa por parte de la procesada, toda vez que el ataque ha provenido de la misma”, descartando de este modo los argumentos de la defensa en torno al ejercicio de la acción en legítima defensa. Valoró especialmente que la mujer no presentaba lesiones, que la víctima tenía lesiones defensivas en manos y brazos, el carácter violento de la mujer y tranquilo del hombre, probado por los diversos y contestes testimonios brindados por vecinos y familiares de las partes. También tuvo en cuenta la intencionalidad de la mujer en su intento por hacer desaparecer los rastros incriminantes. El tribunal también descartó los planteos subsidarios esgrimidos por la defensa.

A su vez, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional desechó los planteos de la defensa vinculados a la valoración arbitraria de la prueba y la procedencia de la legítima defensa, por considerar que no medió ataque de la víctima. Estimó al respecto la falta de lesiones en la mujer¹¹³; la presencia de heridas defensivas en Dellacasa; las primeras explicaciones de Escobar posteriores al suceso¹¹⁴, que consideró ilógicas; y la conducta posterior, consistente en intentar eliminar rastros del suceso. En cambio, en la sentencia de Casación se hizo lugar al planteo relativo a la falta de acreditación de la relación de pareja, por lo que entendió que la conducta debía ser subsumida en la figura del homicidio simple, y fijó la pena de ocho años de prisión, que resulta el mínimo de la escala penal para el delito de homicidio.

b. Legítima defensa de un tercero

En otros casos, las defensas de dos mujeres también invocaron una causal de justificación por las lesiones impartidas a quienes habían sido sus parejas, pero el reclamo fue descartado por el tribunal oral. No obstante, en ambas ocasiones el reproche penal tras el debate fue significativamente menor al solicitado en la elevación a juicio y, en uno de ellos, en la instancia casatoria se decidió la absolución de la acusada.

En ambas situaciones, las mujeres refirieron que habían ido a casa de sus exconvivientes, que ellos las habían agredido físicamente y que sus actuales parejas (que las acompañaban) habían reaccionado iniciando una pelea con los agresores. En este contexto, ellas invocaron que habían intervenido para defender a sus compañeros y refirieron el temor que les despertaba la riña por la diferencia física entre los contrincantes, y porque sus exparejas eran expertos en lucha (uno era profesor de un arte marcial y el otro practicaba un deporte de lucha).

113. Afirmó al respecto que, si los hechos hubieran ocurrido según el relato de la acusada, necesariamente Escobar tendría que haber presentado alguna lesión.

114. La mujer le dijo a los primeros testigos que se acercaron que las heridas habían sido producto de un juego.

En el caso Bóveda, Rosana Elizabeth¹¹⁵ se probó que la mujer fue a la vivienda que había compartido con Favio Garabento, que hubo un forcejeo y ella se fue, enviándole posteriormente un mensaje de texto en el que le dijo que bajara y lo amenazó con prenderle fuego a él y a su hija. Cuando el hombre bajó, se inició una riña con el novio de Bóveda, que presentaba desventaja física frente a Garabento, y ella lo roció con alcohol que había comprado instantes antes. Según Garabento, la mujer intentó prenderle fuego con un mechero pero él logró evadir el ataque; según ella, lo hizo para asustarlo, pues no tenía ni mechero ni cerillas y nunca pensó en prenderle fuego.

En tanto, en el caso Gerez, Magalí Andrea¹¹⁶ se adujo que la mujer colaboró con su pareja en una pelea que mantenía con su exconviviente, Carlos Leoni, en la que este recibió varias heridas por arma blanca. Tanto la versión de Gerez como la de Leoni coincidieron en señalar que hubo una pelea entre los hombres, que el novio de Gerez se encontraba en el suelo mientras Leoni lo atacaba, que Gerez sujetó por detrás a su expareja mientras le gritaba que se detuviera y le decía “Lo vas a matar”, y que esa oportunidad fue aprovechada por el caído para reincorporarse y asestarle unas puñaladas. Sin embargo, Leoni aclaró que antes de que Gerez lo sujetara ya había recibido unas puñaladas, extremo que Gerez manifestó desconocer. También se probó que la pareja de Gerez era de contextura pequeña y estaba débil de salud pues tenía tuberculosis, y que Leoni era de mayor tamaño y estaba altamente entrenado.

En los dos casos hubo cambios en la calificación penal en la instancia oral. En Bóveda, Rosana Elizabeth, la acusación fiscal cambió de la tentativa de homicidio a la de amenazas simples, y en Gerez, Magalí Andrea se pasó de la imputación de homicidio simple en grado de tentativa a una participación secundaria en el mismo delito. En ambos procesos se descartaron los planteos defensas vinculados a la tipicidad.

Tampoco prosperaron las defensas que presentaron, de forma subsidiaria, la acreditación de un supuesto de legítima defensa de un tercero. Afirmaron al respecto de las sentencias que no se había acreditado una agresión ilegítima por parte de las víctimas y, en el caso de Bóveda, Rosana Elizabeth, se señaló, además, que la mujer nunca dijo que actuó para defender a su pareja. En este punto cabe señalar las diferencias fácticas en los casos, que dan cuenta de una mayor determinación en el accionar lesivo en el caso de Bóveda, no así en el de Gerez, Magalí Andrea, en el que la conducta defensiva de la mujer fue mencionada incluso por la víctima.

Para afirmar que no hubo agresión ilegítima de la víctima se hizo caso omiso a los antecedentes de violencia probados en ambos juicios. Sobre este aspecto, cabe notar que el historial de violencia que se presentaba en ambos casos fue expuesto en las

115. TOCyC 13 de la Capital Federal, Bóveda, Rosana Elizabeth, causa n.º 48296/2015, rta.: 08/09/2016 y CNCC, sala III, Bóveda, Rosana Elizabeth, causa n.º 48296/2015, rta.: 22/08/2018.

116. TOCyC 13 de la Capital Federal, Gerez, Magalí Andrea, causa n.º 56480/2014, rta.: 08/03/2016 y CNCC, sala I, Gerez, Magalí Andrea, causa n.º 56480/2014, rta.: 13/06/2018.

estrategias de las defensas pero ignorado en el texto de las sentencias. En las dos resoluciones se encuentran eufemismos que hacen alusión a vínculos conflictivos o relaciones particulares, pero no se designan de modo acabado los antecedentes de violencia de género acreditados. Una tesis similar se encuentra en quien fue el fiscal en ambos juicios.

En el caso Bóveda, Rosana Elizabeth el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN presentó un informe social en el que dio cuenta de una relación sentimental marcada por la violencia de género, que incluía acoso por parte de Garabento sobre Bóveda, celos y controles constantes y excesivos, manipulación afectiva, restricción a sus ingresos económicos, fuertes limitaciones al ejercicio de su autonomía y amenazas cuando esta puso fin al vínculo. Además, la mujer relató en el juicio los antecedentes de violencia, y la declaración del propio Garabento dio muestras de sus celos excesivos y su carácter controlador. Es por ello por lo que el tribunal afirmó que “dada la historia de la pareja Garabento-Bóveda, narrada por ambos intervinientes, no resulta extraño que la acusada haya tenido la actitud que se le reprocha”¹¹⁷. Esta es la valoración que se encuentra sobre el contexto de violencia que giró en torno al episodio investigado, que fue realizada a propósito del análisis del dolo de amenazas; fue la forma del tribunal de explicar la intención de amenazar de Bóveda y descartar el dolo homicida¹¹⁸.

En el caso Gerez, Magalí Andrea se contó con la declaración de la joven, la declaración testimonial de la víctima, dos actuaciones ante la Oficina de Violencia Doméstica (donde Gerez presentó denuncias por violencia contra Leoni), un informe social practicado a Magalí Gerez y copia de diversos expedientes civiles y correccionales en los que Gerez denunció a Leoni por diversos hechos de violencia. No obstante, en la etapa de debate el fiscal afirmó de modo expreso que el historial de victimización era ajeno a la cuestión del litigio¹¹⁹ y, con sentido coincidente, el tribunal le impidió a la defensa producir prueba sobre ese extremo, por considerar que escapaba al objeto procesal del caso. En la sentencia, el tribunal se limitó a hacer referencia a esos antecedentes como si se tratara de una cuestión litigiosa entre víctima y victimario, sin otorgarle ningún valor ni consecuencia a la hora de apreciar la conducta endilgada a la mujer, lo que evidencia una invisibilización de la violencia de género y una minimización de sus consecuencias. Del mismo

117. Según la sentencia “No han quedado dudas de que [Bóveda] roció con alcohol a Garabento cuando previamente le había enviado un premonitorio mensaje de texto que rezaba ‘bajá a Jonte cagón, salí que te estoy comprando algo, cuidate vos y tu hija que los voy a prender fuego’. El contenido del mismo coincide exactamente con lo que sucedió después”.

118. Es probable que esta sea la forma de plasmar en la sentencia la pésima impresión que dio Garabento en la audiencia de debate, circunstancia que no quedó reflejada en el texto de la resolución pero que fue advertida por integrantes de la Comisión sobre Temáticas de Género que estuvieron presentes durante el juicio.

119. En su alegato, el fiscal incluyó afirmaciones que podrían dar cuenta de la presencia de estereotipos de género; así, criticó que la mujer “colaboró en la empresa de un tercero que podría haber matado al padre de su hija”, lo que, entendió, habría sido fulminante para el desarrollo de la niña, y afirmó que si realmente tuvo intención de hacer cesar el ataque, se tendría que haber interpuesto entre ambos. En relación con la legítima defensa, indicó: “Una cosa es una situación vinculada a un cuadro de violencia de género, y otra es [...] colaborar para que su compañero le propine las puñaladas en cuestión”.

modo dejó de lado, sin dar explicaciones a los cuestionamientos de la defensa¹²⁰, elementos de prueba que corroboraban la versión de la acusada¹²¹, según la cual ella actuó frente a un hombre que siempre se comportó con ella de forma violenta para detener una pelea.

En el caso de Bóveda, Rosana Elizabeth la pena impuesta fue la mínima (seis meses de ejecución condicional) y estuvo por debajo de la solicitada por el fiscal. Entre los atenuantes, el tribunal consideró el historial de una “relación conflictiva” y variables que daban cuenta de la vulnerabilidad de la imputada. En ese sentido, mencionó que dejó su provincia de origen, alejándose de su familia y su hijo, en busca de una mejora económica y social. Valoró informes sociales que avalaban esas características y reparó en el hecho de “que la acusada resulta ser una persona de nivel socioeconómico de clase media trabajadora, con estudios secundarios completos y sin inconvenientes de salud”. Resulta novedoso que haya evaluado, para justificar una baja en la pena, que la mujer había alcanzado estudios secundarios y contaba con recursos sociales, ya que en otros casos un mayor nivel de educación y una mejor posición social se tienen en cuenta para incrementar el reproche¹²².

En Gerez, Magalí Andrea se condenó a la mujer a dos años de prisión en suspenso, pena que también estuvo por debajo de la requerida por el fiscal, que solicitó dos años y ocho meses de efectivo cumplimiento. Pese a la suspensión de la pena ordenada, Magalí Gerez estuvo en prisión preventiva durante diez meses. Entre los atenuantes, se tuvieron en cuenta indicadores de vulnerabilidad, tales como “su condición de madre temprana, fruto de una relación no consolidada y harto compleja en la actualidad [...], su bajo nivel de instrucción y escasos recursos educacionales, sociales y económicos”; también se consideró su ánimo por superarse, traducido en las circunstancias de haber abandonado las sustancias tóxicas y su deseo de continuar sus estudios secundarios. En cambio, no se valoró el haber sufrido violencia por parte de quien resultó declarado como la víctima de su conducta, sino que esa circunstancia también fue invisibilizada bajo el eufemismo de “una relación no consolidada y compleja”.

120. La defensa oficial puso de manifiesto las denuncias efectuadas por Magalí y el “perfil particular y arbitrario” de Carlos Leoni que demuestra la violencia, y señaló las numerosas contradicciones en las que incurrió. Realizó diversos planteos vinculados a la atipicidad de la conducta de su defendida con eje en las reglas de la participación, señaló la falta de acreditación del elemento subjetivo (pues el propio Leoni había afirmado que actuó para detener la pelea), señaló que, en todo caso, le cabría una conducta culposa, e invocó, en forma subsidiaria, la causa de justificación de legítima defensa por intentar detener el conflicto.

121. Entre la prueba producida se encuentra la declaración testimonial de la víctima; dos actuaciones ante la Oficina de Violencia Doméstica (donde presentó las denuncias por violencia contra Leoni); un informe social practicado a Magalí Gerez; y copia de diversos expedientes civiles y correccionales en los que Gerez denunció a Leoni por diversos hechos de violencia. También mensajes de texto que Leoni intercambió con un amigo, de los que surge que la víctima sabía que De Francesco estaba de camino a su casa, y que su amigo le dijo “ponelo de una”.

122. Ver, al respecto, los casos Cuba, Lidia Paola (causa n.º 573/2013, Cámara Federal de Casación Penal, sala III, rta.: 24/06/2015) y Martínez, Elena Raquel (causa n.º 52001365/2012, Cámara Federal de Casación Penal, sala III, rta.: 30/12/2015), del capítulo 2.

La sentencia fue recurrida ante la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, quien descalificó la sentencia por arbitrariedad en la valoración de la prueba y dispuso la absolución de la mujer¹²³.

3.4. Consideraciones sobre los casos hallados

En tres de los cuatro casos analizados se advierte que se alegó y produjo prueba sobre los antecedentes de victimización de las mujeres que terminaron implicadas en delitos contra la vida o la integridad de sus exparejas violentas. Sin embargo, solo en un caso (Calle Vilca) se consideró ese historial a la hora de evaluar la procedencia de una causal de justificación y poner así en contexto el hecho puntual objeto de debate. En otro de los casos (Bóveda), la violencia padecida con anterioridad al hecho investigado fue apreciada en la instancia del análisis del elemento subjetivo del dolo, mientras que en el tercer caso incluido (Gerez) los antecedentes fueron ignorados por completo en la etapa instructoria y de juicio, lo que llevó al tribunal casatorio a darle la razón a la defensa y anular el fallo, por haber omitido valorar la prueba recibida en el debate bajo el apego de la sana crítica.

Además, en el caso en el que se admitió la procedencia de una legítima defensa propia, el fiscal presentó una evaluación contextualizada de la razonabilidad del medio empleado (un cuchillo de mesa), para lo que tuvo en cuenta la diferencia física entre ambos, que la mujer ya había sufrido violencia por parte de su pareja con anterioridad y la sospecha que tenía de que estaba embarazada. El tribunal avaló las mismas consideraciones. Sin embargo, no se argumentó suficientemente por qué la acción defensiva fue inicialmente adecuada y se tornó luego desproporcionada; al respecto solo se señaló la extensión del daño producido en órganos vitales.

El caso Escobar se diferencia del resto en la medida en que se invocó que la mujer había actuado en defensa propia, pero la prueba producida, lejos de corroborar un contexto de violencia de género, lo negaba. Más bien, en el juicio se acreditó que la mujer tenía un carácter violento y que había agredido con anterioridad a la víctima, quien fue caracterizado como una persona tranquila y pacífica. De modo que la sola invocación de una agresión por parte de un hombre a una mujer se presenta como insuficiente para la procedencia de la defensa cuando no va acompañada de elementos probatorios que acompañen el relato de la acusada.

123. Señaló al respecto que “en la medida en que la sentencia condenatoria se motivó exclusivamente en la declaración del damnificado, Carlos Alberto Leoni, sin que exista ninguna otra prueba que permita corroborar su versión y desvirtuar el descargo de la imputada, la conclusión a la que se arribó dependió en este caso tan solo de la confianza que en los señores jueces sentenciadores generaron los dichos de una única persona, pese a existir elementos aptos para desdibujar su narración en punto al rol cubierto en la emergencia por su expareja y madre de su hijo”.

3.5. Propuestas para la elaboración de estrategias de defensa con perspectiva de género

a. La procedencia de la legítima defensa

Desde la teoría legal feminista¹²⁴ se propuso una adecuada interpretación de la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia, imprescindible para el diseño de una estrategia de la defensa eficaz.

Un eje argumentativo central consiste en que la interpretación del art. 34, inc. 6, del Código Penal debe realizarse con perspectiva de género, como derivación del principio de no discriminación. Tal como señala Lorenzo Copello en este trabajo, no se trata de solicitar una interpretación más “benigna”, sino de realizar los ajustes interpretativos necesarios para acceder a un derecho sin discriminación¹²⁵. Una sentencia que realiza razonamientos que excluyen a las mujeres del derecho a la autodefensa da cuenta de un derecho sustantivo desigual y, por lo tanto, genera un agravio de carácter federal vinculado a la igualdad ante la ley¹²⁶.

La Recomendación General n.º 1 del MESECVI y las consideraciones del Comité CEDAW en *X v. Timor Oriental*¹²⁷ refuerzan el carácter federal del agravio cuando se interpreta la legítima defensa sin perspectiva de género. Ambos documentos deben ser considerados por los tribunales locales al realizar el control de convencionalidad para generar jurisprudencia compatible con la emitida por los órganos de aplicación de la Convención de Belém do Pará y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), respectivamente.

En el momento de revisar los requisitos de procedencia de la legítima defensa, la primera cuestión a observar es la existencia de una agresión ilegítima. Dadas las definiciones de la Convención de Belém do Pará, toda violencia basada en motivos de género reúne el carácter de ilegitimidad por ser una violación a los derechos humanos, lo que incluye la violencia física, sexual y psicológica.

Con relación a la inminencia o actualidad de la agresión, distintas fuentes especializadas han señalado que el criterio para fijarlo es “cuando no se puede esperar” para realizar

124. Ver *supra*, apartado 3.1 de este capítulo, sobre marco normativo y sus citas.

125. Ver *infra*, capítulo 3.

126. Lo dicho, sin perjuicio de considerar pertinente una reforma al Código Penal que incluya la legítima defensa privilegiada para casos de mujeres víctimas de violencia que se defienden de la agresión, porque permitiría superar algunos obstáculos de interpretación vigentes en la jurisprudencia.

127. Comité CEDAW, *X v. Timor Oriental*, CEDAW/C/69/D/88/2015, 25 de abril de 2018, párr. 6.9. El dictamen del Comité CEDAW responde a una petición individual en un caso donde no se había reconocido la legítima defensa de una mujer víctima de violencia. El Comité encontró responsable al Estado parte por incumplimiento de los arts. 2, apartados c), d) y f) y 15 de la Convención, ya que no tomaron en consideración los constantes episodios de violencia doméstica en las diligencias de prueba, el trato dado a la autora, el apoyo y asesoramiento que recibió, la consideración de su testimonio y el fallo condenatorio, tratándose de una madre lactante en situación vulnerable.

una defensa más efectiva (Di Corleto, 2006). También se dice que es fundamental atender al carácter cíclico y continuo de la violencia, lo que obliga a atender a la inminencia más allá del momento exacto de la agresión ilegítima. En este punto, habrán de distinguirse los casos de defensa en confrontación con el agresor de los casos en los que no hay confrontación directa. En estos últimos, la prueba sobre el carácter continuado de la violencia doméstica, su gravedad y sus efectos se presenta como fundamental para construir la teoría del caso de la defensa¹²⁸.

De todos modos, tal como señala Laurenzo Copello¹²⁹, es conveniente reparar sobre el carácter no escrito del requisito de inminencia en nuestro contexto jurídico, que solo se invoca por vía doctrinaria. En la medida en que el Código Penal no exige la inminencia como un requisito de la legítima defensa, una interpretación restrictiva sobre una causal de exclusión de responsabilidad entraría en conflicto con el principio de legalidad penal. Es decir, la exigencia de un requisito no previsto por el tipo de justificación, que deja fuera a un ámbito importante de supuestos fácticos que alcanzan especialmente a las mujeres, genera un agravio federal vinculado al principio de taxatividad de la ley penal y el principio *in dubio pro persona*.

En cuanto a la necesidad racional del medio empleado para repeler la agresión, desde distintos ámbitos se insiste en que la proporcionalidad se vincula con la continuidad de la agresión sufrida¹³⁰ y el conocimiento específico que la mujer tiene sobre las posibilidades concretas de repeler la agresión (Sánchez y Salinas, 2012: 196). Por tal motivo, es relevante atender a posibles mitos sobre la violencia de género doméstica que puedan incidir contrarrestando la teoría del caso de la defensa. En particular, cabe advertir la creencia extendida acerca de que existen otras alternativas supuestamente “más racionales” o “proporcionales” (denunciar, irse de la casa, separarse, etc.)¹³¹, y los estereotipos sobre las víctimas que socaban la credibilidad de su testimonio cuando se presentan como imputadas¹³². Además de cuestionar estos argumentos por discriminatorios, la construcción de una defensa eficaz alegará los motivos por los cuales irse

128. Para un estudio específico de defensas en casos sin confrontación ver Correa Flórez, 2017.

129. Ver *infra*, capítulo 3.

130. MESECVI (2018). Recomendación General n.º 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo con el artículo 2 de la Convención de Belém do Pará. MESECVI/CEVI/doc.249/18 y sus citas.

131. En X v. Timor Oriental, el Comité CEDAW rechazó los estereotipos que permearon el juicio donde se juzgó a la mujer por el homicidio de su esposo. Concretamente, dijo que las actuaciones, en las que se manifestó que “como esposa, su deber es proteger al esposo”, demuestran la existencia de prejuicios profundamente arraigados [...] y han ocasionado un enorme daño a la vida de la autora y su hijo” (párr. 6.5).

132. El Comité CEDAW encontró estereotipos y sesgos de género que afectaron la valoración de la prueba en el juicio, “en particular al otorgar a las declaraciones de la autora menor credibilidad que a las de su sobrino, quien no había estado presente en todos los momentos clave” (X v. Timor Oriental, párr. 6.5). Por su parte, la Corte IDH rechazó el estereotipo de mujer mendaz cuando se asocia a su situación procesal como imputada de delito. En particular, dijo que “reconoce y rechaza el estereotipo de género por el cual se considera a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como intrínsecamente no confiables o manipuladoras, especialmente en el marco de procesos judiciales. Al respecto, la Corte ha aseverado que valoraciones de esta naturaleza muestran un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres” (Corte IDH. Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 272).

o denunciar no eran una solución posible para la mujer. En este camino, buscará presentar prueba sobre las denuncias previas¹³³ y advertirá de la deficitaria actuación del Estado en la prevención de nuevos hechos de violencia. En el caso de que la mujer no haya realizado una denuncia previamente, indagará acerca de cuáles fueron los obstáculos que impidieron solicitar ayuda (dependencia económica, habitacional, acceso a empleo remunerado, conocimiento de derechos y disponibilidad de vías de denuncia y aspectos subjetivos, entre otros).

Otro requisito exigido por el Código Penal para la procedencia de la causal de justificación es la falta de provocación. En este ámbito, será pertinente atender a posibles prejuicios que tienden a convalidar la violencia de género mediante calificaciones que culpabilizan a las víctimas de lo que les sucede (la mujer provocó la agresión, por su comportamiento, por su forma de vestir, por no haberse ido antes del hogar, etc.).

b. La calificación agravada del homicidio

Finalmente, una cuestión que aún merece consideración y desarrollo es el cuestionamiento al agravante del homicidio por la relación de pareja entre víctima y victimario, cuando la autora es víctima de violencia, pero el caso no se califica como un supuesto de legítima defensa¹³⁴ (o no se lo reconoce como tal, en cuyo caso este cuestionamiento podría presentarse como argumento subsidiario).

Con la reforma de la Ley 26791 se extendió el agravante de homicidio entre cónyuges a las relaciones de parejas, vigentes o finalizadas. Esta formulación trajo aparejada una ampliación punitiva en contra de las mujeres, mediante una norma que tuvo como finalidad su protección. En este sentido, la ley tuvo como objetivo manifiesto la tipificación del femicidio, sin embargo, lo hizo introduciendo figuras que contemplan varias manifestaciones de violencia de género. La reforma modificó dos agravantes (incs. 1 y 4) e incluyó dos nuevos (incs. 11 y 12). Aunque el femicidio propiamente dicho es el comprendido en el inciso 11 (“cuando un hombre mata a una mujer, mediando violencia de género”), es habitual que se aplique la figura del inciso 1 cuando se trata de un femicidio íntimo, porque su acreditación es mucho más sencilla¹³⁵.

Sin embargo, la redacción neutra del inciso 1 agrava las penas también para las mujeres acusadas de causar la muerte a su pareja o expareja, lo que puede llevar a aplicaciones poco razonables cuando existe un historial de violencia de género. Por un lado, la figura agravada por el vínculo reposa en los deberes de solidaridad entre las partes,

133. El Comité CEDAW, en *X v. Timor Oriental*, consideró un aspecto crítico del incumplimiento estatal que no se hubieran recabado pruebas que habrían facilitado la defensa, vinculadas a los constantes episodios de violencia doméstica previos a los hechos (párr. 6.5).

134. Este supuesto no se encontró en los casos analizados en este informe, pero sí en otros en los que intervino la defensa pública y la Comisión sobre Temáticas de Género (ver Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n.º 16 de la Capital Federal, B., A. M. s/homicidio, causa n.º 79262/2016, rta.: 26/03/2019).

135. En este sentido, UFEM, 2016 y Toledo, 2017: 253.

pero esos deberes se ven anulados en contextos donde uno de los integrantes emplea la violencia de manera habitual para lograr el sometimiento de su pareja. El agravante también tiene fundamento en que el vínculo de confianza coloca al agresor o agresora en una situación de ventaja para ejercer la conducta homicida, ventaja que frecuentemente no se verifica en los supuestos de mujeres víctimas de violencia de género, pues la violencia ejercida las coloca en una situación de subordinación fáctica.

Por otra parte, también resulta irrazonable agravar la pena por la existencia de una relación de pareja (actual o finalizada) cuando se comprueba el ejercicio de violencia de género, pues el fundamento del agravante radica en encontrarse o haberse encontrado en una situación de vulneración de sus derechos fundamentales¹³⁶. En tal caso, la situación de vulnerabilidad es utilizada para agravar la pena, en lugar de disminuir el reproche, en afectación al principio de razonabilidad. Asimismo, también es probable que las intenciones de separación de las mujeres víctimas de violencia se vean frustradas ante el aumento o explosión de nuevos episodios de control por parte del agresor y, justamente, la conducta homicida sea el corolario de sus anteriores intentos infructuosos de salir de la relación. En esos contextos, es razonable rechazar la aplicación del agravante para quien no puede salir del vínculo de pareja por su situación de victimización, o para quien pudo poner fin al vínculo, pero no al maltrato.

En definitiva, es cuestionable la sanción neutra de los tipos de femicidio (en su modalidad del inc. 1 del art. 80 CP) cuando habilita la aplicación del agravante a mujeres víctimas de violencia. Por un lado, es una aplicación irrazonable del derecho, en la medida en que se aplica en contra del grupo a quien se pretende proteger y no se acreditan los motivos que puedan justificar su procedencia. Además, constituiría una forma de discriminación indirecta contra las mujeres, no porque sea la finalidad de la norma, sino por sus resultados, pues se terminaría utilizando la condición de damnificada por la violencia de género como una causal para agravar la pena¹³⁷.

4. Bibliografía

Libros y artículos

- Bacigalupo, E. (1989). *Los delitos de homicidio*. Bogotá: Temis.
- Basilíco, R. y Todarello, G. A. (2012). *Delitos contra las personas. Abandono y omisión de auxilio. Relación con los delitos de homicidio y lesiones por omisión*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: AdHoc.
- Buján, F. y Soñora, F. (2019). La omisión en la reforma penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IX, 7. Buenos Aires: Thomson Reuters.

136. Cf. Convención Belém do Pará, art. 4; Comité CEDAW, Recomendaciones Generales n.ºs 19 y 35; y Ley 26485, art. 3.

137. Advierte también este problema Toledo (2017).

- Byard, R. W. y Payne-James, J. (2016). Neonaticide. *Encyclopedia of forensic and legal medicine*. Elsevier. Citado en *Amicus curiae* de Innocence Project Argentina en el caso Belén. Recuperado de <https://studylib.es/doc/6168702/1-se-presenta-como-amigo-del-tribunal-exma.-corte>, último ingreso 01/11/2019.
- Chesney-Lind, M. (1987). Female offenders: paternalism reexamined. *Women, the courts and equality*. Londres: Crites-Heppene. Citado en Larrauri, E. (1992). La mujer ante el derecho penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2. Madrid.
- Chielsa, L. E. (2007). Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona. *Revista Penal, Universidad de Huelva*, 20/2007. Huelva.
- Cook, R. y Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. Bogotá: Profamilia.
- Correa Flórez, M. C. (2017). *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- D'Alessio, A. (dir.) y Divito, M. (coord.) (2011). *Código penal comentado y anotado*, tomo II, 2.ª edición. Buenos Aires: La Ley.
- Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 5/2006. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Di Corleto, J. y Piqué, M. L. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. En J. Hurtado Pozo (dir.) y L. C. S. Ticllacuri (coord.), *Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*. Lima: Instituto Pacífico.
- Di Corleto, J. y Pitlevnik, L. (2011). El fallo Romina, Tejerina, infanticidio y aborto en la Argentina. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 10. Buenos Aires: Hammurabi.
- ELA (2009). *Violencia familiar. Aportes para la discusión de políticas públicas y acceso a la justicia*.
- Frigon, S. (2000). Mujeres que matan: tratamiento judicial del homicidio conyugal en Canadá en los 90. En S. Chejter (ed.), *Temas del debate feminista contemporáneo. Mujer, cuerpo y encierro*. Buenos Aires.
- Hopp, C. (2012). Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias. En L. Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 13. Buenos Aires: Hammurabi.
- Hopp, C. (2017a). "Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal. En J. Di Corleto, *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Hopp, C. (2017b). Delitos de comisión por omisión: la "mala madre" como víctima invisible. En L. Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 22. Buenos Aires: Hammurabi.
- Kalinsky, B. y Cañete, O. (2010). *Madres frágiles. Un viaje al infanticidio*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- Larrauri, E. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. *Jueces para la democracia*. Madrid.
- Larrauri, E. (2002). *Género y derecho penal*. Conferencia para el Curso de Posgrado de Criminología de la Universidad de Salamanca.
- Lopes Cerqueira, D. (2018). Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 17/18. Recuperado de <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/375>, último ingreso 01/11/2019.
- Madriz, E. (2001). *A las niñas buenas no les pasa nada malo*. México D. F.: Siglo XXI.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal*, tomo 1, 2.ª edición. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Maqueda Abreu, M. L. (2014). *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Madrid: Dykinson.

- Martínez, S. M. (2013). Criminalización de víctimas de trata de personas. *Revista Defensores del Mercosur*, REDPO, 3. Brasil: Publicações Oficiais. Recuperado de https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/ass_internacional/redpo/n3/2-criminalizacion_de_vitimas_de_trata_de_personas.pdf, último ingreso 01/11/2019.
- MPD, Comisión sobre Temáticas de Género (2015). *Punición & maternidad. Acceso al arresto domiciliario*. Buenos Aires. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Genero%20Arresto%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf>, último ingreso 01/11/2019.
- Pitlevnik, L. y Zalazar, P. (2017). Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctima de violencia. En J. Di Corleto (comp.), *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Sánchez, L. y Salinas, R. (2012). Defenderse del femicidio. En MPD, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires.
- Silvestroni, M. (1996). Homicidio por omisión. El artículo 106 del Código Penal y la reforma de la Ley 24410. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año II, 2. Buenos Aires: AdHoc.
- Stratenwerth, G. (2008). *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Teodori, C. (2015). *A los saltos buscando el cielo: trayectorias de mujeres en situación de violencia familiar*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- Toledo, P. (2017). Femicidio. En J. Di Corleto, *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Velázquez, S. (2003). *Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar, comprender, ayudar*. Buenos Aires: Paidós.
- Walker, L. E. (2009). *El síndrome de la mujer maltratada*. Bilbao: Desclée de Brouwer Editores.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2008). Informe ante la Comisión de Legislación Penal de la H. Cámara de Diputados. En M. N. Castex, *Estado puerperal e infanticidio. Implicancias médico-legales y psiquiátrico-forenses*. Buenos Aires: AdHoc. Citado en Di Corleto, J. y Pitlevnik, L. (2011). El fallo Romina, Tejerina, infanticidio y aborto en la Argentina. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 10. Buenos Aires: Hammurabi.
- Zelada, C. J. y Ocampo Acuña, D. A. (2012). Develando lo invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho en Libertad*, 9. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/valoracion_y_estandar_de_prueba.pdf, último ingreso 01/11/2019.

Documentos de organismos internacionales

- Comité CEDAW (1992). Recomendación General n.º 19 sobre la violencia contra la mujer. A/47/38.
- Comité CEDAW (2015). Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33.
- Comité CEDAW (2017). Recomendación General n.º 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General n.º 19. CEDAW/C/GC/35.
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* y su correspondiente actualización, aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana en abril de 2018.

MESECVI (2018). Recomendación General n.º 1 del Comité de Expertas del MESECVI sobre legítima defensa y violencia contra las mujeres de acuerdo con el artículo 2 de la Convención de Belém do Pará. MESECVI/CEVI/doc.249/18.

Informes

Consejo de Derechos Humanos, Mujeres Privadas de Libertad (2019). *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*. A/HRC/41/33.

MPF, UFEM (2016). *Homicidios agravados por razones de género: femicidios y crímenes de odio*. Análisis de la aplicación de la Ley 26791. Buenos Aires. Recuperado de https://www.mpf.gov.ar/ufem/files/2016/09/UFEM-Homicidios-agravados-por-razones-de-g%C3%A9nero_Femicidios-y-cr%C3%ADmenes-de-odio.pdf, último ingreso 01/11/2019.

Jurisprudencia internacional

Comité CEDAW. González Carreño vs. España. Comunicación n.º 47/2012. CEDAW/C/58/D/47/2012, 18 de julio de 2014.

Comité CEDAW. Karen Tayag Vertido vs. Filipinas. Comunicación n.º 18/2008. CEDAW/C/46/D/18/2008, 22 de septiembre de 2010.

Comité CEDAW. R. P. B vs. Filipinas. Comunicación n.º 34/2011. CEDAW/C/57/D/34/2011, 12 de marzo de 2014.

Comité CEDAW. X v. Timor Oriental. Comunicación n.º 88/2015. CEDAW/C/69/D/88/2015, 25 de abril de 2018.

Corte IDH. Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte IDH. Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

Corte IDH. Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

Corte IDH. Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012.

Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH. Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017.

Corte IDH. J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

Corte IDH. López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

Corte IDH. Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

Corte IDH. Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.

Corte IDH. Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

Jurisprudencia nacional

- CSJN, Arjona, Mario y otro s/abandono de personas, CCC 064642/2015, rta.: 23/02/2016 (causa Fernández, Gabriela Yamila).
- CSJN, R., C. E. s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n.º 63006 del Tribunal de Casación Penal, sala IV, 733/2018/CSJ, rta.: 29/10/2019.
- CSJN, Rosas, Romina Mariela y otros s/p. ss. aa. homicidio calificado, R.730.XLVI.RHE, rta.: 20/08/2014.
- CSJN, fallos: 330: 4945, Antognazza, María Alejandra s/p. s. a. abandono de persona calificado, causa n.º 19143/2003, rta.: 11/12/2007.
- CSJN, fallos: 331: 636, Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado, causa n.º 29/05, rta.: 08/04/2008.
- CSJN, fallos: 334: 1204, Leiva, María Cecilia s/homicidio simple, rta.: 01/11/2011.
- CSJN, fallos: 336: 392, Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n.º 14092, rta.: 23/04/2013.
- CSJN, fallos: 339: 1168, recurso de hecho deducido por la defensa de Paola Azucena Cejas en la causa Casas, Mauricio Agustín del Valle y otro s/p. ss. aa. homicidio calificado, causa n.º 71, rta.: 23/08/2016.
- Dictamen PGN, L., María Cecilia s/recurso extraordinario, S. C. L. 421, L. XLIV, 15/05/2009.
- Dictamen PGN, Rosas, Romina Mariela y otros s/p. ss. aa. homicidio calificado, R. 730.XLVI, 26/03/2012.
- CNCC, sala I, Gerez, Magalí Andrea, causa n.º 56480/2014, rta.: 13/06/2018.
- CNCC, sala II, Escobar, Daniela, causa n.º 38194/2013, reg. 168/2018, rta.: 18/06/2015.
- CNCC, sala II, Rojas Rivero, Anania Geremía s/recurso de casación, rta.: 05/11/2018.
- CNCC, sala III, Bóveda, Rosana Elizabeth, causa n.º 48296/2015, rta.: 22/08/2018.
- CFCP, sala I, Pastore, Andrea, causa n.º 15539, rta.: 08/09/2014.
- CFCP, sala III, Cuba, Lidia Paola, causa n.º 573/2013, rta.: 24/06/2015.
- CFCP, sala III, Martínez, Elena Raquel, causa n.º 52001365/2012, rta.: 30/12/2015.
- CNACyC, sala de feria B, González Bonorino, Bárbara, causa n.º 33440/2015, rta.: 23/07/2015.
- CNACyC, sala IV, Rivera Ruiz, Olidia, causa n.º 49964/2015, rta.: 08/10/2015.
- CNACyC, sala V, Escalada Irala, María Belén s/homicidio, causa n.º 16338/2008, rta.: 29/10/2013.
- Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, B., C. A. B., causa n.º 12519/2016, rta.: 30/06/2017.
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza, R. E., C., causa n.º 110919, rta.: 23/06/2014.
- Tribunal Superior de San Luis, Gómez, María Laura, causa n.º 10/12, rta.: 28/02/2012.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala IV, Duette, Gladys Viviana s/recurso de casación, causa n.º 64923, rta.: 20/03/2015.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala III, Fleitas María Isabel s/recurso de casación, causa n.º 70416, rta.: 21/06/2016.
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sala III, Duarte, Josefina s/recurso de casación, causa n.º 24132, rta.: 05/04/2016.
- TOCyC 13 de la Capital Federal, Ordoñez Aguilera, Martha, causa n.º 30660/2015, rta.: 27/12/2016.
- TOCyC 13 de Capital Federal, Bóveda, Rosana Elizabeth, causa n.º 48296/2015, rta.: 08/09/2016.
- TOCyC 13 de Capital Federal, Gerez, Magalí Andrea, causa n.º 56480/2014, rta.: 08/03/2016.
- TOCyC 13 de la Capital Federal, González Bonorino, Bárbara, causa n.º 33440/2015, rta.: 22/06/2017.
- TOCyC 16 de Capital Federal, B., A. M. s/homicidio, causa n.º 79262/2016, rta.: 26/03/2019.
- TOCyC 17, Trapasso, Rosana Verónica, causa n.º 4410, rta.: 27/10/2015.
- TOCyC 25 de Capital Federal, Escobar, Daniela, causa n.º 38194/2013, rta.: 04/12/2014 y rta.: 18/04/2016.

TOCyC 6 de Capital Federal, Arjona, Mario y otro s/abandono de personas, causa n.º 64642/2015, rta.: 26/10/2016 (causa Fernández, Gabriela Yamila).

TOCyC 6 de Capital Federal, Calle Vilca, Ninfa, causa n.º 14/2016, rta.: 09/05/2016.

TOCyC 6 de la Capital Federal, González, Marlen Antonella, causa n.º 6116/2015, rta.: 09/05/2016.

TOCyC 29 de la Capital Federal, Rivera Ruiz, Olidia, causa n.º 49964/2015, rta.: 06/11/2019.

TOPE 2, Cuba, Lidia Paola, causa n.º 573/2013, rta.: 11/06/2014.

Tribunal Oral del Colegio de Jueces Penales de Segunda Instancia de Rosario, Álvarez, Nilda Beatriz, causa n.º 21-06079336-8, rta.: 21/12/2016.

Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n.º 42, Escalada Irala, María Belén s/homicidio, causa n.º 16338/2008, rta.: 27/02/2015.

Capítulo 2. Criminalización de mujeres por delitos de drogas

Raquel Asensio, Julieta Di Corleto y Cecilia González¹³⁸

Introducción

Las políticas criminales enmarcadas en “la guerra contra las drogas” han impactado de manera diferencial en las mujeres (Samaranch y Di Nella, 2017: 194). En Argentina, siguiendo una tendencia mundial, los delitos de drogas constituyen la principal causa de encarcelamiento femenino (CELS, MPD, PPN, 2011: 23; Cornell Law School *et al.*, 2013: 18; WOLA *et al.*, 2016: 18). Los estudios de género que han analizado el fenómeno del alza exponencial en la tasa de criminalización por drogas en la región señalan que las mujeres desempeñan roles limitados y secundarios en los contactos con las sustancias prohibidas, son los primeros eslabones de la cadena de tráfico (Del Olmo, 1988; Giacomelo, 2013: 2) y las más expuestas a la persecución penal (Picco y Anitua, 2012: 220). Analizado en contexto, su involucramiento en mercados ilegales coincide con periodos de crisis económicas que derivaron en la feminización de la pobreza (Del Olmo, 1988; CELS, MPD, PPN, 2011; Samaranch y Di Nella, 2017), y con transformaciones en las estructuras familiares que colocaron a las mujeres como cabezas de familias monoparentales (CELS, MPD, PPN, 2011: 27).

En contraste, la tasa de criminalización y las altas penas impuestas dan cuenta de normas e interpretaciones jurídicas que no admiten matices en los tipos de participación (Di Corleto y Carrera, 2017) ni en la graduación de la lesividad del bien jurídico que las conductas de las mujeres representan. La consecuencia de esas políticas de combate a las drogas es un tratamiento judicial discriminatorio por resultado; es decir, una aplicación desigualitaria del derecho, no por su intencionalidad, sino por su impacto desproporcionado en el colectivo de mujeres¹³⁹ (MPD, Comisión sobre Temáticas de Género, 2015b: 6; CELS, MPD, PPN, 2011: 205).

138. Agradecemos la colaboración y los aportes realizados por María Ángeles Ahumada, Ana Correa, María de la Paz Herrera y Samantha Singer.

139. Sobre procesos judiciales con resultado discriminatorio por motivos de género, ver CIDH. Jessica Lenahan (Estados Unidos). Informe n.º 80/11, caso 12626, fondo, 21 de julio de 2011.

Ese efecto desigual en el grupo de las mujeres coexiste, a su vez, con numerosos estereotipos de género que suelen permear en las causas penales que tienen a las mujeres como sospechosas de haber cometido un delito. Sobre estos aspectos, los desarrollos internacionales advierten acerca de la necesidad de incluir un enfoque de género en las investigaciones, a fin de eliminar la presencia de estereotipos y posibles sesgos que terminan por afectar el derecho de acceder a la justicia sin discriminación¹⁴⁰. Asimismo, advierten que la discriminación contra las mujeres se ve agravada por factores interseccionales que las afectan en diferente grado, por motivos de clase, raza, origen nacional, situación socioeconómica, orientación sexual, estado civil y/o maternal y salud, entre otras¹⁴¹.

Además, los estándares internacionales traen principios específicos cuando la mujer acusada alega una situación de violencia. Principalmente, advierten a los/as operadores/as judiciales que, siempre que se invoque una situación de violencia de género, se activa el deber de debida diligencia reforzado para investigar, esclarecer y sancionar ese tipo de conductas¹⁴². Es criterio de los organismos de derechos humanos que ese deber se mantenga cuando la mujer se encuentra acusada de un delito, pues lo contrario implicaría una discriminación por su situación procesal, y llaman la atención sobre la necesidad de evitar estereotipos que partan de considerar a las mujeres sospechosas de haber cometido un delito como poco fiables¹⁴³. Asimismo, la jurisprudencia internacional indica que los trámites judiciales deben contemplar el contexto general en el que tienen lugar, asumirse con seriedad, llevarse adelante de forma oportuna,

140. Este mandato surge del deber de asegurar a las mujeres el acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género (art. 16 CN; arts. 1.1, 8, 25 y 26 CADH; arts. 2.1, 3, 14 y 26 PIDCyP; y arts. 2.c y 15.a CEDAW) y a ser valoradas libre de patrones estereotipados de comportamiento (arts. 5.a CEDAW, 6.b CBP, 2.e Ley 26485). Además, surge de forma expresa de la Convención de Belém do Pará (art. 8.c) y de la Ley 26485 (art. 9, inciso h), y de pronunciamientos y jurisprudencia de organismos internacionales de derechos humanos (ver al respecto, Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrs. 400-401; Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 216; López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 236; y Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017, párr. 173; Comité CEDAW (2015), Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33, párr. 29.a.

141. Comité CEDAW (2015), Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/GC/33, párr. 8 y 9. Corte IDH. Gonzales Llully y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Párr. 290; caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, párr. 154.

142. Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 193; Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 241; Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 146.

143. Corte IDH. Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 272; J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 352; Comité CEDAW. X v. Timor Oriental. Comunicación n.º 88/2015. CEDAW/C/69/D/88/2015. 25 de abril de 2018, párr. 6.8.

sería, exhaustiva y efectiva, y traen principios específicos sobre cómo recolectar y valorar la prueba en estos casos¹⁴⁴.

Desde esta perspectiva, en el presente capítulo se propone analizar la teoría del delito aplicable en casos de drogas, teniendo en cuenta la condición de grupo subordinado de las mujeres criminalizadas y las prácticas discriminatorias que suelen permear los procesos penales. En este sentido, el objeto del relevamiento será identificar si los contextos de violencia y vulnerabilidad fueron alegados, qué valor se les reconoce a esos extremos en la dogmática penal y de qué modo se puede argumentar en estos casos desde un enfoque de género.

Lineamientos metodológicos

Para alcanzar los objetivos de esta investigación, se analizaron causas en las que las mujeres aparecieran imputadas por los delitos de tenencia con fines de comercialización, transporte o contrabando de drogas, y en los que se haya discutido la situación de vulnerabilidad¹⁴⁵ o de violencia de género¹⁴⁶ en la que se encontraban, con independencia de si la decisión acogía esta tesis o si la descartaba.

Para la búsqueda de las sentencias judiciales se utilizaron las bases de conocimiento de acceso abierto¹⁴⁷ y también se incluyeron las sentencias recaídas en casos en los que intervinieron la Comisión sobre Temáticas de Género o el Programa de Atención a Problemáticas Sociales de la Defensoría General de la Nación (DGN).

Para abordar el tratamiento de casos de mujeres imputadas por delitos de drogas, se consideraron las decisiones que involucraban a mujeres acusadas por infracción a los **Leyes 23737** (tenencia y tráfico de estupefacientes) y **22415** (Código Aduanero, que

144. A modo de ejemplo, indican que, teniendo en cuenta la dificultad para probar estos hechos (que suelen ocurrir en privado, sin la presencia de testigos ni registros documentales), el testimonio de la víctima cobra especial relevancia, y reparan en que las frecuentes imprecisiones, olvidos o contradicciones no sustanciales en el relato, así como las demoras en comunicarlo, no minan la credibilidad de la víctima (Corte IDH. Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrs. 100-106; Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párrs. 89-92 y 95; J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 323). Sobre estándares internacionales en materia de valoración de la prueba en casos de violencia de género, ver Di Corleto y Piqué (2017), Lopes Cerqueira (2018) y Zelada y Ocampo Acuña (2012).

145. Para este trabajo se toma el concepto de "vulnerabilidad" dado por las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad* (actualizadas en abril de 2018).

146. Aunque se considera que conceptualmente la violencia de género constituye un factor de vulnerabilidad, en este informe se hará especial mención a la primera, con el fin de visibilizar y analizar con mayor detalle el impacto jurídico que tiene en particular este factor de vulnerabilidad en las posibles líneas de defensa.

147. Las bases consultadas fueron: Ministerio Público de la Defensa, Corte Suprema de Justicia de la Nación (<https://sj.csjn.gov.ar/sj/>), Centro de Información Judicial (<https://www.cij.gov.ar/>), Sistema Argentino de Información Jurídica (<http://www.saij.gob.ar/>), Poder Judicial de la Nación (<http://jurisprudencia.pjn.gov.ar/documentos/jurisp/index.jsp>), Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (<https://juba.scba.gov.ar/Busquedas.aspx>), Oficina de la Mujer – CSJN (<https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/consultaSentencias.html>), Observatorio de Sentencias Judiciales del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (<http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?aplicacion=app003&cnl=41&opc=9>).

prevé el contrabando de estupefacientes). Se tomó como parámetro temporal el periodo comprendido entre 2014 y 2017, y territorialmente se trabajó a partir de la identificación por tribunales con competencia en la región NOA¹⁴⁸, en el conurbano bonaerense (Gran Buenos Aires) y en la Ciudad de Buenos Aires. También se sumaron las decisiones de la Cámara Federal de Casación Penal, incluso en los supuestos en los que las sentencias emitidas no comprendían la revisión de fallos de los tribunales abarcados en el recorte territorial señalado. Esta decisión metodológica obedeció a que, por la relevancia jerárquica del tribunal, sus sentencias pueden inspirar resoluciones futuras para las regiones estudiadas. Bajo los parámetros fijados, se identificaron veinticinco casos para su análisis e inclusión en este informe¹⁴⁹.

Asimismo, se incluyeron algunos antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que tienen relación con la temática analizada y que son relevantes, en la medida en que —al menos uno de ellos— han inspirado el pronunciamiento de sentencias de otros tribunales que aquí se analizan¹⁵⁰, aunque otros casos citados revirtieron sentencias favorables para la defensa.

La reducida cantidad de resoluciones encontradas no significa que sean pocos los casos en los que mujeres en condiciones de extrema vulnerabilidad o víctimas de violencia de género resultan criminalizadas por delitos de drogas. Por el contrario, de acuerdo con los datos oficiales disponibles, durante el 2017 el 62,77% de las mujeres privadas de libertad en cárceles federales estuvieron detenidas por infracción de la Ley 23737¹⁵¹, y diversos estudios dan cuenta de que se trata de mujeres con altos índices de vulnerabilidad (CELS, MPD, PPN, 2011). En este sentido, consideramos que la escasa cantidad de decisiones encontradas puede obedecer a las siguientes razones:

La mayoría de los casos que comprometen a mujeres involucradas en transporte, contrabando de drogas o “narcomenudeo” se resuelven en juicios abreviados. Las sentencias dictadas en este marco realizan un análisis de la prueba más superficial, ya que se

148. Integrada por las provincias de Jujuy, Salta, Tucumán, Catamarca, La Rioja y Santiago del Estero.

149. El análisis comprende una mayor cantidad de sentencias que de casos, ya que en algunos de ellos se contó con sentencias de distintas instancias. La identificación de los casos y de las sentencias analizadas puede verse en el anexo de jurisprudencia que complementa este informe.

De los veinticinco casos trabajados, se analizaron treinta y tres sentencias. Veintiocho, correspondientes al periodo 2014-2017, dictadas por los siguientes tribunales: Cámara Federal de Casación Penal (13), Cámara Federal de Apelaciones de Salta (1), Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal (1) y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (2). De tribunales orales, se encontraron sentencias dictadas por Tribunales en lo Penal Económico (4), Federales de la Capital Federal (1), Federal de Catamarca (1), Federal de Salta (2) y Federal de Jujuy (1). Finalmente, se encontraron sentencias de Juzgados Nacionales en lo Penal Económico (2), en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (1) y del Juzgado Federal de Jujuy (1). Otras tres sentencias corresponden al año 2018 y se incluyeron para actualizar los casos iniciados en el periodo anterior, correspondientes a un Juzgado Federal de Jujuy, a un Tribunal Oral en lo Penal Económico y a la Cámara Federal de Salta.

150. Nos referimos especialmente a Baldovieso (CSJN, fallos: 333: 405).

151. Datos del Filtrado Interactivo del Sistema Nacional de Estadísticas para la Ejecución de la Pena (SNEEP) correspondientes al año 2017 (recuperado de <https://www2.jus.gov.ar/dnpc/sneep.html>, último ingreso 29/10/2019). Este porcentaje creció en el año 2018, con un 65,47% de mujeres privadas de libertad en establecimientos federales por delitos de drogas (última consulta 16/03/2020).

fundan principalmente en la admisión del hecho realizado por la imputada (art. 431 bis, inc. 5 CPP). Las estadísticas del Ministerio Público de la Defensa indican que, en los últimos cuatro años (2014-2017), de los 553 procesos seguidos contra mujeres acusadas por delitos de drogas en las jurisdicciones que son objeto de estudio, el 71% (395 casos) terminó en juicio abreviado, el 10% (58 casos) obtuvo una suspensión del juicio a prueba y solo el 19% (109 casos) fue a debate oral¹⁵².

La ya mencionada débil operatividad que tiene la Acordada 15/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que obliga a las cámaras federales o nacionales y a los tribunales orales, sin excepción alguna, a publicar todas las sentencias que suscriban. Se advierte que la mayoría de las bases consultadas tienen poca cantidad de jurisprudencia de juzgados y tribunales federales del interior y de las primeras instancias; en cambio, se encuentra una mayor cantidad de publicaciones de la Cámara Federal de Casación Penal, pero no todos los casos objeto de este estudio alcanzan esa instancia.

La falta de planteos por parte de la defensa, de identificación en las sentencias de posibles contextos de vulnerabilidad extrema o de violencia o de argumentos que podrían presentarse en defensa de esas mujeres (falta de autoría, error de tipo, etc.).

Finalmente, tal como se señaló respecto a los delitos contra las personas, resta mencionar que el análisis de casos se acota a lo que surge de las sentencias o autos interlocutorios, ya que, salvo excepciones —que serán señaladas—, no se tuvo acceso a otras constancias de los expedientes. En el anexo de jurisprudencia se presenta un resumen de los casos analizados, con indicación y cita de las resoluciones judiciales incluidas¹⁵³.

El documento se divide en cinco partes en las que se presentan: 1) el marco normativo aplicable al grupo de delitos imputados; 2) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia; 3) el análisis de los casos encontrados en el relevamiento de jurisprudencia, para lo que se tiene en cuenta cuáles fueron los planteos vinculados con garantías constitucionales afectadas en el inicio del trámite, los cuestionamientos al tipo objetivo y subjetivo, a la antijuridicidad, a la culpabilidad y a la determinación de la pena; 4) la valoración sobre qué tipo de recepción tuvieron en las sentencias las alegaciones vinculadas a una condición de género; y 5) las propuestas sobre posibles defensas que consideren la forma en que impacta en cada estamento de la teoría del delito el contexto de vulnerabilidad o violencia de género en el que se encuentra la mujer acusada.

152. Los datos fueron obtenidos de la base de datos del Ministerio Público de la Defensa (DefensaNet), y corresponden a las jurisdicciones de Ciudad de Buenos Aires, Salta, San Martín y Tucumán. A nivel nacional se encontró que el 65% de las causas finaliza en juicio abreviado, un 13% concluye con una suspensión del juicio a prueba y un 13% alcanza la etapa de debate oral.

153. No se incorporan en el anexo los casos de la CSJN.

1. Marco normativo

Los veinticinco casos analizados en este informe fueron procesados por la Administración de justicia conforme a los lineamientos de las Leyes 23737 (tenencia y tráfico de estupefacientes) y 22415 (Código Aduanero, que contempla el contrabando de estupefacientes). Cuando se detecta en territorio argentino el traslado de droga proveniente de otro país o con destino al exterior, se aplica un régimen u otro, dependiendo del lugar en el que las agencias de seguridad advierten su transporte. Si el hecho implica el paso por zonas aduaneras se activa la tipificación prevista en la Ley 22415 (Código Aduanero)¹⁵⁴; en cambio, si la droga es hallada fuera de las zonas de especial vigilancia aduanera, la conducta es abordada con respecto a la Ley 23737 (tenencia y tráfico de estupefacientes).

A su vez, a este primer marco legal se suma un nuevo recorte determinado por las reglas de la jurisdicción y la competencia, pues en algunas de estas infracciones interviene la justicia federal o la justicia ordinaria, dependiendo de las jurisdicciones.

a. Contrabando, tráfico y tenencia de estupefacientes

El tipo penal básico de contrabando está previsto en el artículo 863 del Código Aduanero. Esta norma dispone que será sancionado con dos a ocho años de prisión el que “por cualquier acto u omisión impidiere o dificultare, mediante ardid o engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones”. Es decir, que “las funciones del control aduanero no tienen que ver aquí, exclusivamente, con el control del cumplimiento de las obligaciones fiscales de los importadores y exportadores de mercaderías, sino con el respeto de las prohibiciones absolutas de importar o exportar mercaderías” (Picco y Anitua, 2012: 230), que se consideran peligrosas para la protección de la salud pública.

Por su parte, el artículo 866 del mismo cuerpo legal regula específicamente el contrabando de estupefacientes, agravando la figura si, por su cantidad, estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional¹⁵⁵. En concreto, esta norma dispone que “se impondrá prisión de tres (3) a doce (12) años en cualquiera de los supuestos previstos en los artículos 863 y 864 cuando se tratase de estupefacientes en cualquier etapa de su elaboración o precursores químicos. Estas penas serán aumentadas en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo cuando concurriera alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), d) y e) del

154. El cruce de fronteras internacionales puede probarse por medio de escuchas telefónicas, testigos, etc., o presumirse en el caso de que la droga haya sido encontrada en una zona primaria aduanera (art. 5 del Código Aduanero).

155. Si bien el artículo 6 de la Ley 23737 también legisla un supuesto de ingreso al país de estupefacientes, es solo para el caso en que la introducción de la sustancia al territorio nacional haya sido legítima y posteriormente se alterara ilegítimamente su destino de uso.

artículo 865, o cuando se tratase de estupefacientes elaborados o semielaborados o precursores químicos, que por su cantidad estuviesen inequívocamente destinados a ser comercializados dentro o fuera del territorio nacional”; de modo que la pena para el delito de contrabando con fines de comercialización es de cuatro años y seis meses a dieciséis años de prisión.

En cuanto a la tenencia y tráfico de estupefacientes, la Ley 23737 regula, entre otros supuestos, el delito de tenencia para uso personal (art. 14, segundo supuesto), el de tenencia simple (art. 14, primer supuesto) y el de tenencia con fines de comercialización, distribución o transporte (art. 5). Salvo para el delito de tenencia para consumo personal, cuya interpretación difiere en diversas jurisdicciones¹⁵⁶, las penas previstas para este conjunto de delitos son elevadas. La Ley 23737 prevé una pena de cuatro a quince años para el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, distribución o transporte de estupefacientes y la sanción puede aumentar de seis a veinte años cuando la figura está agravada por su modalidad (art. 11). Solo la tenencia para uso personal prevé una pena de un mes a dos años y la tenencia simple una pena de un año a seis de prisión (art. 14).

Una de las particularidades de estas figuras es que, en general, su imputación deriva en la imposición de una pena de prisión de cumplimiento efectivo, en función de los montos mínimos elevados¹⁵⁷. Además, a diferencia de lo que sucede con otros delitos, prácticamente no se aplican medidas alternativas a la prisión, como la suspensión del juicio a prueba. Esto está expresamente vedado para el caso de contrabando¹⁵⁸, mientras que para otras figuras solo está habilitado cuando la pena no supere los tres años de prisión¹⁵⁹, lo que excluye —entre otros— a los delitos de tenencia con fines de comercialización y transporte previstos en la Ley 23737¹⁶⁰.

Por otra parte, la técnica legislativa utilizada, tanto en el contrabando como en las infracciones a la Ley 23737, habilita pocas discusiones en torno a la tentativa o la participación secundaria, una estrategia que podría abrir la posibilidad de reducir la escala

156. Sobre este tema en particular, se puede consultar el trabajo de Lauría Masaro y Pizá, 2018.

157. El art. 26 CP establece que la condena condicional procede para la primera condena que no exceda los tres años de prisión.

158. El artículo 76 bis del Código Penal establece que: “[...] Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22415 y 24769 y sus respectivas modificaciones”. Esta norma fue cuestionada en diferentes instancias con resultados dispares. Entre las decisiones a favor se encuentran las siguientes: CSJN, Tortoriello de Boero, fallos: 341: 706; CNCP, sala I, Santolamazza, Alfredo Enrique y otro s/recurso de casación, causa n.º 1282, rta.: 31/07/2012.; TOPE 3, RDE, causa n.º 990000124/2012, rta.: 07/04/2017; TOPE 2, DLG, causa n.º 1724/2010, rta.: 02/11/2015; TOPE 1, GAH, causa n.º 41013163/2005, rta.: 23/09/2015 (MPD, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, 2017).

159. Conforme a la interpretación de la CSJN en Acosta (A. 2186. XLI, rta.: 23/04/2008), el art. 76 bis del CP prevé dos supuestos de procedencia para la suspensión del juicio a prueba. Un grupo que abarca los delitos que no superan la pena en abstracto de tres años de máximo, y un segundo grupo que comprende los delitos que permiten el dictado de una condena cuyo cumplimiento puede dejarse en suspenso de acuerdo con el art. 26 CP (y, por lo tanto, requieren una pena en concreto que no exceda los tres años).

160. Por su parte, a la tenencia simple de estupefacientes podrá corresponderle la suspensión del juicio a prueba siempre que la persona imputada no tenga condena anterior, conf. art. 26 CP.

penal prevista en expectativa y, de esta forma, habilitar la concesión de una suspensión del juicio a prueba.

En relación con la escala penal de los delitos tentados, el delito de contrabando prevé la misma pena para el delito consumado y para su configuración en grado de tentativa¹⁶¹. A su vez, la Ley 23737 organizó las conductas prohibidas en torno a la posesión de la droga ilícita, circunstancia que dificulta la argumentación de la existencia de un delito tentado. Incluso para la configuración de los agravantes, basta con la comprobación de una tenencia, ya que el tipo subjetivo solo incluye la finalidad de comercialización y no hace falta que el comercio se concrete. En este sentido, los delitos de resultado recortado adelantan el momento de la consumación (Falcone, 2007), de ahí que los planteos vinculados con la tentativa no garanticen resultados favorables¹⁶². Pese a que en el ámbito doctrinario algunos autores han cuestionado la validez constitucional de estas fórmulas (Magariños, 2008), las decisiones jurisprudenciales han respaldado su legitimidad a partir del reconocimiento del bien jurídico de “salud pública”.

De acuerdo con los debates sobre autoría y participación, como ha enseñado la doctrina penal tradicional, los delitos previstos en la Ley 23737 manejan un concepto unitario de autor, en tanto contienen una redacción omnicompreensiva que dificulta diferenciar entre autor, partícipe primario y partícipe secundario. De esta manera, para el caso de los estupefacientes, “entregar”, “suministrar” o “facilitar” —algunas de las fórmulas legales utilizadas que bien podrían constituir formas de participación accesoria en otros supuestos— están previstas como las acciones nucleares del delito (Araújo Rebouças, 2013). Sin perjuicio de que esta discusión merezca mayor refinamiento y profundidad, por el momento, la jurisprudencia ha interpretado acriticamente la legislación que borra los límites tradicionales entre la autoría y la participación, lo que obtura la imposición de las escalas penales atenuadas previstas en el artículo 48 del Código Penal¹⁶³.

161. Cf. art. 872 del Código Aduanero, por el que no se aplica la reducción de la tentativa prevista como norma general en el Código Penal. La sala II de la Cámara Federal de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad de esta norma en el caso Ortuño Saavedra, Fabiana Nair s/recurso de casación, causa n.º 14288, rta.: 18/05/2012.

162. Esta aseveración acepta matices para el caso de transporte de estupefacientes, ya que algunos tribunales han aceptado el argumento del delito tentado (MPD, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, 2016).

163. En efecto, solo escasas decisiones receptan una discusión sobre la participación secundaria en los delitos de drogas. De todos modos, los argumentos para distinguir la autoría de la participación secundaria no permiten el desarrollo de una teoría clara y precisa, a lo que se suma que en algunos supuestos se aplicó esta variante respecto de un tipo penal especialmente agravado (art. 11, inc. c de la Ley 23737). Entre las decisiones que acogieron la idea de una participación secundaria de alguno de los involucrados se puede citar: CFCP, sala IV, Ortiz Díaz, Jesús Ezequiel y otros s/recurso de casación, causa n.º 10360/2015, rta.: 19/06/2018; CFCP, sala I, González, Iván; Jadur, Omar Rosendo s/recurso de casación, causa n.º 8675/2016, rta.: 14/11/2017; CFCP, sala I, More, causa n.º 783/2017, rta.: 15/06/2017; CFCP, sala I, Figueredo Taboada, causa n.º 86000157/2012, rta.: 15/07/2016; CFCP, sala I, Bartolo, S. V. y otros s/recurso de casación, causa n.º 81000854/2013, rta.: 24/10/2016; CFCP, sala III, Masseta Oyoquiipa, César Alejandro y otro s/recurso de casación, causa n.º 33927/2014, rta.: 09/10/2017. En algunos casos se consideró partícipe secundario a quien prestó el automóvil para realizar un transporte, en otros a quien condujo el vehículo y, finalmente, en otros a quien brindó información para eludir el accionar policial sin tener el dominio del hecho.

En síntesis, en la legislación analizada, las posibilidades de aplicar las escalas reducidas previstas para la tentativa o la participación son limitadas porque la misma ley cubre todo el arco de hechos posibles con el mismo monto de pena. De ello resulta que, si bien en otros delitos su tentativa o participación reconocen modalidades atenuadas, en el caso de las drogas ilícitas es punible la acción típica, la tentativa, la participación y la preparación, todas como tipicidades principales. Es decir que, a los efectos de la punición, no se diferencian las conductas tentadas de las consumadas, las autorías o las participaciones primarias o secundarias (Zaffaroni, 1994: 133-146).

Finalmente, en cuanto al marco punitivo vigente resta mencionar que, a partir de la sanción de la **Ley 27375** en julio de 2017, quienes fueron condenados por los delitos previstos en los artículos 5, 6 y 7 de la Ley 23737 o por los delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero no pueden acceder a la libertad condicional (art. 14 CP) y tampoco obtener el beneficio de la prisión discontinua o semidetención ni el de la libertad asistida (art. 56 bis, **Ley 24660**). En consecuencia, a todos los obstáculos legales e interpretativos anunciados se suma la reciente abolición del régimen progresivo de la pena que aspiraba a la reinserción social de la o el penada/o antes del vencimiento de la pena mediante algún instituto de libertad vigilada¹⁶⁴.

b. Jurisdicción y competencia

Las complejidades legales señaladas vienen acompañadas de otras complicaciones vinculadas con la intervención alternada de la justicia federal o provincial. En efecto, la Ley 23737 (art. 34, según ley 26052) prevé que los delitos contemplados en esa ley serán de competencia de la justicia federal en todo el país, “excepto para aquellas provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que, mediante ley de adhesión, opten por asumir su competencia en las condiciones y con los alcances que se prevén a continuación: 1) artículo 5 incisos c) y e)¹⁶⁵, cuando se comercie, entreguen, suministren o faciliten estupefacientes fraccionados en dosis destinadas directamente al consumidor; 2) artículo 5, penúltimo párrafo¹⁶⁶; 3) artículo 5, último párrafo¹⁶⁷; 4) artículo 14¹⁶⁸; 5) artículo 29¹⁶⁹; y 6) artículos 204, 204 bis, 204 ter y 204 quater¹⁷⁰ del Código Penal¹⁷¹.

En consecuencia, el poder legislativo de cada provincia o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires puede definir cuándo determinada conducta es de competencia federal o provincial. De esta manera, a partir de la decisión de las legislaturas locales, un

164. Sobre los cuestionamientos a esta legislación, ver Alderete Lobo, 2017.

165. Penaliza la comercialización, entrega, facilitación o suministro de estupefacientes.

166. Fija una pena atenuada en casos de cultivo de estupefacientes para consumo personal.

167. Establece una pena atenuada cuando la entrega, suministro o facilitación de estupefacientes fuere ocasional, a título gratuito y para uso personal de quien lo recepta.

168. Incluye la figura de la tenencia simple y de la tenencia para uso personal.

169. Penaliza la falsificación de recetas.

170. Estos artículos incluyen figuras vinculadas a la producción, fabricación, expedición, almacenamiento, distribución o venta de sustancias medicinales.

171. Artículo 2, Ley 23737 (texto introducido por la Ley 26052).

mismo delito puede ser investigado y juzgado por la justicia federal en una provincia y por la justicia provincial en otra¹⁷².

En el campo aquí explorado, las provincias de Salta y Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires adhirieron a la Ley 26052, por lo que en los territorios objeto de investigación conviven dos marcos regulatorios independientes. En el caso de la provincia de Buenos Aires, la **Ley 13392** adhirió a la desfederalización en 2005, mientras que Salta hizo lo propio por medio de la **Ley 7782** a partir de enero de 2014. En cuanto a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en función de lo dispuesto por la **Ley 5935**, a partir del 1 de enero de 2019, los delitos de tenencia, tenencia simple y tenencia con fines de comercialización son investigados por la justicia porteña¹⁷³.

De ello resulta que este informe se construya atravesando una particular arquitectura institucional. En el caso de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, esta funciona como tribunal de alzada de las decisiones adoptadas por los Juzgados de Primera Instancia en lo Federal de Salta y de Jujuy, aun cuando sus competencias son diferentes. Mientras los juzgados federales de Jujuy intervienen en todos los casos de secuestros de drogas ilícitas, los juzgados federales de Salta intervienen con la competencia limitada que prescribe la Ley 26052, a la que adhirió por medio de la Ley Provincial 7782. A su vez, las decisiones de los tribunales orales en lo criminal federal de Salta y Jujuy pueden ser recurridas ante la Cámara Nacional de Casación Federal, con sede en la Ciudad de Buenos Aires, con las mismas distinciones en cuanto a su competencia que la Cámara Federal de Salta.

Respecto a la provincia de Buenos Aires, el fuero federal también interviene con competencia limitada por la Ley 26052, a la que adhirió por Ley Provincial 13392. Dentro de esa jurisdicción, las decisiones de los juzgados federales de primera instancia de San Isidro, San Martín y Tres de Febrero son apeladas ante la Cámara Federal de San Martín, mientras los fallos de los juzgados federales de primera instancia de Lomas de Zamora, Quilmes y La Plata son recurridos ante la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Para los seis ámbitos territoriales mencionados, la instancia de apelación de las decisiones de los tribunales orales está a cargo de la Cámara Federal de Casación Penal, la cual interviene también ante los recursos contra las decisiones de los tribunales orales federales con asiento en la Ciudad de Buenos Aires.

En este sentido, es evidente que la función nomofiláctica de la Cámara Federal de Casación Penal está condicionada por las diferentes atribuciones jurisdiccionales, los diferentes actores intervinientes y las distintas prácticas de los agentes de seguridad

172. La validez constitucional de esta norma ha sido cuestionada por la doctrina (Erбетта y Franceschetti, 2006). También ha recibido críticas por sus efectos en la persecución de las redes de narcotráfico (MPF, Procuraduría de Narcocriminalidad, 2014). Para consultar opiniones favorables a su vigencia ver Farber, 2015.

173. Los casos analizados en este informe son de un periodo anterior a que opere la transferencia a la jurisdicción de la ciudad.

federales y provinciales, en la medida en que tampoco están claros los criterios para dirimir cuándo un caso es asignado a la competencia de la justicia ordinaria y cuándo se tramita ante la justicia federal¹⁷⁴. Todas estas consideraciones entran en juego en la forma en la que los/as operadores/as judiciales intervienen ante los casos de mujeres infractoras en delitos de drogas ilícitas.

2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En materia de interpretación de derecho penal especial, la Corte Suprema de Justicia emitió fallos relevantes para la defensa de personas vinculadas a delitos de drogas. En 2006, dijo que la falta de certeza sobre la finalidad de la tenencia debía computarse a favor del imputado y, por lo tanto, entre la calificación de tenencia simple y tenencia para uso personal, debía optarse por esta última¹⁷⁵. En el año 2009, en el fallo Arriola declaró la inconstitucionalidad de la figura de tenencia con fines de consumo personal, bajo determinados supuestos¹⁷⁶.

Vinculado con las garantías procesales, también en 2009 se pronunció en el caso Baldivieso¹⁷⁷ respecto de la validez de un procedimiento iniciado por la denuncia presentada por profesionales de la salud que brindaron atención médica a una persona que había ingerido estupefacientes (a las que se conoce como “mula” o estar “encapsulado/a”). En octubre de 2002, la guardia de emergencias del Hospital San Bernardo puso en conocimiento de la policía el ingreso de una persona para ser atendida a raíz de una obstrucción intestinal, a la que se le extrajeron del cuerpo trece cápsulas con material estupefaciente. El paciente fue imputado por la comisión del delito de transporte de estupefacientes y, posteriormente, condenado a la pena de cuatro años de prisión, multa de doscientos veintiséis pesos e inhabilitación absoluta por el término de la condena. La CSJN escuchó el recurso de la defensa, declaró la nulidad de todo lo actuado y absolvió al imputado. En sus fundamentos, reafirmó la antigua línea jurisprudencial sentada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el fallo plenario Natividad Frías¹⁷⁸, de 26 de agosto de 1966. Señaló que el conflicto de intereses en el caso remite al “[...] derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la nación que requiere asistencia a un profesional de la salud

174. En el informe elaborado por el Ministerio Público Fiscal, señala que la indefinición de la ley para establecer cuáles son los casos provinciales y cuáles los federales —particularmente en la determinación de los supuestos en los que los estupefacientes se encuentran en dosis destinadas al consumidor— coloca a las jurisdicciones locales y a las policías provinciales en un lugar destacado para determinar la competencia (MPF, Procuraduría de Narcocriminalidad, 2014).

175. CSJN, fallos: 329: 6019, Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes, rta.: 27/12/2006.

176. La CSJN decidió “declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la Ley 23737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues en tales condiciones, conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales” (fallos: 332 1963, Arriola, Sebastián y otros s/ causa n.º 9080, rta.: 25/08/2009).

177. CSJN, fallos: 333: 405, Baldivieso, César Alejandro s/ causa n.º 4733, rta.: 20/04/2010.

178. CNACyC, Frías, Natividad s/ aborto, plenario, rta.: 26/08/1966.

—una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de autonomía individual, tal como señala el señor Procurador General (artículo 19 de la CN)— y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado. Es este mismo conflicto sobre el que se debatió en el antiguo plenario mencionado [Natividad Frías], pues más allá de que en aquel conjunto de casos la concurrencia al hospital había sido precedida por la realización de maniobras abortivas, fue el peligro de muerte y el dilema al que se veía expuesto quien había delinquido y demandaba auxilio para su vida, el argumento central para su resolución [...]”.

Posteriormente, la Corte Suprema emitió nuevos pronunciamientos en materia de drogas, que resultaron más restrictivos para los planteos de la defensa vinculados con garantías penales del procedimiento. En 2015, en la causa Lemos¹⁷⁹, se cuestionó la intervención de la Gendarmería en un puesto de control vehicular en la provincia de Salta, en el cual el personal de la fuerza practicó una incisión sobre el techo del automóvil y así pudo comprobar que se ocultaban paquetes de estupefacientes. El hallazgo motivó que la Gendarmería solicitara al juez una autorización para hacer un allanamiento en un domicilio del detenido y el registro sobre otro automóvil de su titularidad, que finalmente se realizó. El Tribunal Oral Federal de Jujuy resolvió declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 195 del Código Procesal Penal, en cuanto admite el inicio de la instrucción por prevención policial y dispone la nulidad absoluta del allanamiento e indagatoria del imputado por ausencia de requerimiento fiscal de instrucción. Tras los sucesivos recursos de la Fiscalía, la Corte, con remisión al dictamen del Procurador General, resolvió dejar sin efecto la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal que había ratificado los términos del Tribunal Oral.

La Procuración General de la Nación explicó en su dictamen que la resolución de la Cámara no solo se apartaba de lo normado en la ley de procedimiento, sino también “[...] de las reglas de la experiencia —y así de las de la sana crítica que debe regir en toda decisión judicial— que indican que por su cercanía con la frontera (aproximadamente 120 km) el transporte y ocultamiento de estupefacientes en diversas partes de los automotores es un *modus operandi* frecuente, razón por la cual allí se practican inspecciones vehiculares más profundas, incluso con perros entrenados y, más recientemente, con utilización de escáner. De hecho, además de la existencia de un puesto de control en dicho cruce de rutas, el personal preventor regularmente cuenta con reactivos químicos para realizar un primer examen de las sustancias sospechosas que se detectan, tal como sucedió en el *sub judice*”. Por otro lado, el Procurador se pronunció por la constitucionalidad del artículo 195 del Código Procesal Penal.

179. CSJN, fallos: 338: 1504, Lemos, Ramón Alberto s/causa n.º 11216, rta.: 09/12/2015.

En 2016, en la causa Staneatti¹⁸⁰, la Corte Suprema convalidó la apertura de una encomienda realizada por personal de inspección sanitaria remitida en un transporte de larga distancia, sin la debida intervención de la autoridad jurisdiccional, donde se halló un paquete de 800 gramos de marihuana. Entre otras consideraciones, dijo que “esta Corte ha señalado que todos los órganos del Estado argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita por la que la República Argentina asumió jurisdicción”. Este argumento es reiterado en otros pronunciamientos posteriores para convalidar procedimientos cuestionados por vulnerar garantías individuales.

Así, en dos ocasiones en el año 2018, revocó la nulidad de la orden de interceptación de comunicaciones —y lo obrado en consecuencia— dictada en una instancia anterior. Las sentencias revocadas habían determinado que la medida intrusiva se había realizado sin la adecuada motivación, por no haberse verificado previamente una sospecha razonable de delito. Mientras que en Aparicio¹⁸¹, la Corte Suprema se remitió al dictamen fiscal, en Fredes¹⁸² ofreció argumentos propios. Allí, entendió que el auto que dictó la intervención telefónica estaba fundado porque existían “indicios de que los sujetos vigilados de manera reservada durante un mes y medio se estarían dedicando a la comercialización de estupefacientes”. También valoró que, a partir de dicha medida, se habían producido varios allanamientos que incluyeron el secuestro de una importante cantidad de sustancias estupefacientes y configuró el fundamento de las condenas impuestas a diez personas. Por ello, consideró que en ese contexto la decisión del tribunal que anuló la intervención telefónica había llegado a “un resultado absurdo” que no puede presumirse querido por el legislador “ni por la sociedad que busca defenderse del flagelo temible y desgarrador del narcotráfico”.

3. El tratamiento de la justicia federal de CABA

En el relevamiento realizado se encontraron veinticinco casos vinculados con la criminalización de mujeres por delitos de drogas. A continuación, se presentan cada uno de ellos en función de las estrategias presentadas por la defensa letrada y las respuestas dadas por la magistratura. En primer lugar, se reseñan las decisiones judiciales que dieron contestación a los planteos vinculados con el derecho procesal penal como, por ejemplo, las críticas a las requisas y secuestros. En segundo lugar, se enumeran los fallos abocados a responder planteos de derecho penal sustantivo que cuestionaron la tipicidad objetiva y subjetiva, la concurrencia de las causales de justificación y la culpabilidad,

180. CSJN, Staneatti, Oscar s/ causa n.º 462/2013, CSJ 578/2014 (50-S) ICS1, rta.: 24/05/2016.

181. CSJN, fallos: 341: 150, Aparicio, Patricia Aurelia y otros, infracción de la Ley 23737 (art. 5, inc. c), rta.: 27/02/2018.

182. CSJN, fallos: 341: 207, Fredes, Gonzalo Arturo y otros s/causa n.º 13904, rta.: 06/03/18 (en disidencia Rosatti).

incluyendo los argumentos desarrollados en la determinación de la pena o en la decisión de suspender el juicio sujeto a condicionalidades.

a. Invalidez de los actos de requisa y secuestro de estupefacientes

En el marco de la elaboración de una estrategia de defensa, una de las primeras cuestiones que en principio se valora es si, en el desarrollo del procedimiento de prevención, se registra alguna transgresión a un derecho o garantía constitucional que pueda afectar la continuación del proceso penal. Aquí se presentan los casos en los que, antes de abordar una defensa de fondo, se realizaron señalamientos vinculados con la infracción de normas procesales que acarrearán la nulidad de lo actuado y, en consecuencia, conllevarán una decisión absolutoria.

En este relevamiento, cinco de los casos analizados podrían haber habilitado ese tipo de defensa, por involucrar a mujeres que transportaban o intentaban transportar droga escondida dentro de su cuerpo mediante la introducción de cápsulas en su vagina o mediante su ingesta (lo que comúnmente se conoce como estar “encapsulado” o “encapsulada”). Sin embargo, solo se realizaron los cuestionamientos pertinentes¹⁸³ en tres.

En dos casos, las actuaciones se iniciaron a partir de la comunicación efectuada por médicos que atendieron a mujeres que habían introducido droga en su cuerpo y presentaban malestares físicos, por lo que se invocó la violación al secreto profesional y se solicitó la nulidad de todo lo actuado (Cuba, Lidia Paola¹⁸⁴ y Gutiérrez Hurtado, Rosa Esther¹⁸⁵). En un tercer caso, el proceso se inició en una requisa intrusiva practicada a una mujer en un establecimiento penitenciario que la defensa consideró ilegal (Godoy, María Noelia¹⁸⁶).

En los tres procesos, las defensas cuestionaron la validez de los procedimientos de requisa y secuestro de estupefacientes realizados en los albores de la causa penal, solicitaron la declaración de nulidad de aquellos actos y los concatenados y solicitaron consecuentemente el sobreseimiento de las imputadas por aplicación de la regla de exclusión. Los casos fueron resueltos por distintas salas de la Cámara Federal de Casación Penal. En dos de ellos se hizo lugar a los planteos (Godoy, María Noelia y Gutiérrez Hurtado, Rosa Esther), y en otro se avaló la intervención policial y médica, propiciando la continuación del proceso (Cuba, Lidia Paola).

183. Uno de los casos en los que no se habrían realizado planteos contra la requisa y detención fue Caballero Flores, Plácida. La causa se inició a partir de un control de rutina en carretera, cuando el personal de la Gendarmería tuvo sospechas sobre tres mujeres porque parecían “nerviosas”, lo que motivó que fueran trasladadas a un hospital, donde constataron la presencia de cuerpos extraños en el abdomen de dos de ellas —que resultaron contener cocaína— (TOCF de Catamarca, causa n.º 5857/2014, rta.: 30/11/2015). El otro caso en el que no se impugnó la requisa personal fue Gómez, Analía Verónica. El proceso se inició a partir de una inspección vaginal practicada a una mujer embarazada que se disponía a ingresar en una penitenciaría para visitar a su pareja presa. En el registro, se encontraron cigarrillos de marihuana (CFCP, sala IV, Gómez, Analía Verónica, causa n.º 55018152/2012, rta.: 23/12/2015).

184. CFCP, sala III, Cuba, Lidia Paola, causa n.º 573/2013, rta.: 24/06/2015.

185. CFCP, sala I, Gutiérrez Hurtado, Rosa Esther, causa n.º 457/2014, rta.: 20/05/2015.

186. CFCP, sala II, Godoy, María Noelia, causa n.º 9277/2014, rta.: 05/04/2017.

Tanto en Godoy, María Noelia como en Gutiérrez Hurtado, Rosa Esther, la defensa basó su planteo en la doctrina sentada en el caso Baldivieso de la Corte Suprema de Justicia, en el que se ratificó la posición de un antiguo fallo plenario, Natividad Frías. El fallo plenario concluyó que la denuncia penal realizada por los médicos a partir de su intervención en una atención posaborto resultaba violatoria del secreto profesional y de la garantía contra la autoincriminación. En estos casos, al igual que la intervención médica por la ingesta de cápsulas, el interés estatal en perseguir los delitos cede frente al riesgo que existe para el derecho a la vida de quien acude al centro de salud. En el caso Gutiérrez Hurtado, Rosa Esther, la jueza Ana María Figueroa precisó en su voto que para la aplicación de esta doctrina no es necesario determinar la existencia de un peligro real para la vida, sino que basta con la percepción del sujeto que concurre a solicitar atención médica sobre la presencia de un riesgo para su salud.

En Cuba, Lidia Paola, la defensa argumentó en igual sentido, pero la sala interviniente entendió que no era aplicable el precedente de la Corte Suprema, pues mientras en el caso Baldivieso el imputado se había acercado voluntariamente a un hospital público en busca de atención médica, en el caso Cuba los médicos fueron convocados por las fuerzas de seguridad.

En términos generales, el planteo de nulidad en los momentos iniciales de la investigación puede prescindir del análisis de las condiciones y el contexto que llevaron a la persona a introducir droga en su cuerpo y poner en serio riesgo su vida. Por ello, no suele estar presente en esta instancia un análisis de los factores de vulnerabilidad que hayan podido condicionar el accionar de la mujer, aunque la ingesta en sí constituye un indicio de vulnerabilidad, a la vez que la acrecienta.

b. Planteos en el ámbito de la tipicidad objetiva y subjetiva

En este apartado se incluyen nueve sentencias en las que se desarrollaron análisis vinculados con la tipicidad de las conductas imputadas a las mujeres, que presentan dos situaciones diferentes. Por un lado, mujeres que fueron acusadas por infracción a la ley de drogas a partir de su vínculo sentimental con un varón (y, en concreto, por residir en el lugar en el que se comercializaban estupefacientes o por colaborar en un encargo de su pareja) y, por el otro, mujeres que fueron relacionadas con el delito, en contextos de vulnerabilidad social. Si bien uno y otro factor pueden superponerse, la distinción es relevante porque habilita líneas de argumentación que admiten diferencias.

Mujeres involucradas en delitos de drogas en el marco de relaciones sentimentales

En el grupo de los seis casos en que aparecen mujeres involucradas en las causas penales por su relación sentimental, el mero hallazgo de drogas en el hogar o en las encomiendas gestionadas por la mujer a instancias de la pareja fue considerado como prueba prevalente para atribuir su participación y autoría en el delito. Una característica

común en este tipo de casos es que las sentencias prescindieron de una descripción precisa y clara de la conducta imputada y, en consecuencia, omitieron el análisis individualizado de la prueba de cargo que vinculaba a la mujer con la realización de los hechos imputados.

En estos procesos, las impugnaciones de las defensas asumieron diferentes estrategias, en algunos casos de carácter subsidiario. En el marco del cuestionamiento a la tipicidad, alegaron ausencia de una conducta vinculada con la droga, o desconocimiento de su existencia o del obrar ilícito de la pareja. La respuesta de los tribunales a esta crítica fue heterogénea.

En dos de los casos los planteos de la defensa tuvieron una acogida favorable. En González, Patricia Noemí¹⁸⁷, se argumentó que la acusada desconocía la existencia de la droga en dos encomiendas que había intentado enviar al exterior. González refirió que intentó hacer los envíos postales como un favor a dos conocidos de quien en aquel momento era su pareja, ya que carecían de documentación personal por ser extranjeros. Dijo que fue engañada por su expareja y aportó información relevante para dar cuenta del ardid sufrido. Los jueces consideraron que no se había acreditado el dolo y que el accionar de la pareja de la acusada era un *modus operandi* regular para ese tipo de actos.

Por otra parte, en el caso Acuña, Roxana Noelia¹⁸⁸, la defensa había manifestado que la mujer desconocía la existencia de drogas y armas que fueron halladas en el domicilio que compartía con su pareja. Tras una valoración exhaustiva de la prueba colectada, la Cámara de Apelaciones concluyó que no se había corroborado que la mujer conociera que su pareja guardaba drogas en el hogar común ni su participación en el hecho, aunque esta conclusión solo habilitó el dictado de una falta de mérito para procesar o sobreseer, que no puso fin al proceso.

Mientras, en Vera Romero, Ivana Raquel¹⁸⁹, el cuestionamiento a la tipicidad subjetiva tuvo una recepción parcial. En este caso, la mujer había sostenido que desconocía la existencia de la droga en el equipaje que había enviado su marido en un vuelo internacional. Sin embargo, la cámara que revisó el procesamiento no consideró creíble esa versión, fundamentalmente por las características personales de la acusada y por su reacción al inicio del control aduanero, pues se puso a llorar. Argumentó que, al ser el principal sostén económico del hogar, no podía ignorar de dónde provenía el dinero para financiar el viaje —cuyo objetivo, dijo, era que su marido accediera a una intervención que le devolviera la posibilidad de caminar—, máxime si la pareja no trabajaba. Sin embargo, posteriormente, el Tribunal Oral —en sentencia de juicio abreviado y

187. TOPE 1, González, Patricia Noemí, causa n.º 990000245/2011, rta.: 17/11/2016.

188. Cámara Federal de Salta, sala I, Acuña, Roxana Noelia, causa n.º 12326/2013, rta.: 09/05/2017.

189. CNAPE, sala A, Vera Romero, Ivana Raquel, causa n.º 1277/2016, rta.: 27/10/2016; TOPE 3, Vera Romero, Ivana Raquel, causa n.º 1277/2016, rta.: 10/04/2017.

sin suficiente fundamentación— determinó que no se pudo acreditar que “haya conocido la cantidad de sustancia involucrada y en consecuencia enrostrarle un destino de comercialización”. De modo que se tuvo por acreditado el conocimiento de Vera Romero sobre la existencia de la droga, pero no que su destino haya sido para su comercialización.

En otros tres casos los tribunales de revisión confirmaron los temperamentos inculpativos, ya fueran procesamientos o condenas. En Martínez, Elena Raquel¹⁹⁰, la defensa alegó que la mujer había sido engañada por su pareja, quien le había entregado el vehículo en el que se halló la droga oculta en un compartimento especialmente acondicionado, pero el tribunal ni siquiera consideró esa línea de investigación. En contraposición, el tribunal arguyó que, dadas las características personales de la acusada (a quien se describió como una persona con “temperamento” y, por tanto, lejos “de ser alguien sumisa y dócil”), no resultaba creíble que hubiera sido engañada. En esos términos, la falta de investigación del descargo de la imputada fue convalidada mediante la presencia de preconceptos de género, acerca de qué clase de mujeres pueden ser “engañadas” por su pareja.

En Hernández Zuluaga, María Fernanda¹⁹¹, la acusada declaró que desconocía el contenido de los paquetes enviados a instancias de su pareja (también alegó coacción por parte de él, aspecto que será analizado más adelante). El Juzgado de Instrucción argumentó que estaba probado que la acusada sabía que las encomiendas contenían droga, porque existían indicios de que la mujer notó ciertas irregularidades en la actividad de su pareja, pero no hizo nada al respecto. La Cámara de Apelaciones, al confirmar el procesamiento, también tuvo por probado el dolo, para lo que valoró que existían otras causas contra su pareja por hechos similares, que habrían ocurrido mientras ellos convivían. Sin embargo, del fallo no surge que ella hubiera intervenido en los hechos ilícitos investigados en las otras causas, ni tampoco se argumentó que efectivamente conocía la existencia de los procesos penales abiertos contra su pareja.

Finalmente, llama la atención el caso Machuca, Graciela Beatriz¹⁹², en el que una mujer fue condenada como partícipe del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a partir de la requisita realizada en el hogar que compartía con su pareja. La defensa fue conjunta para ambos integrantes de la pareja, y en el recurso de casación se observan agravios solo dirigidos a mejorar la situación del hombre, que intentaba trasladar la responsabilidad a la mujer, señalando que en el momento del allanamiento no vivía en esa casa y no sabía lo que ocurría ahí. Si bien no se ha tenido acceso al expediente, de la lectura de los agravios a la sentencia preocupa la defensa conjunta de intereses contrapuestos y la falta de control judicial como garantía del derecho a una defensa eficaz. El hecho de que el abogado que ejercía la defensa común

190. CFCP, sala III, Martínez, Elena Raquel, causa n.º 52001365/2012, rta.: 30/12/2015.

191. CNAPE, sala B, Hernández Zuluaga, María Fernanda, causa n.º 982/2011, rta.: 27/05/2016.

192. CFCP, sala I, Machuca, Graciela Beatriz, causa n.º 33021172/2011, rta.: 10/02/2017.

de ambos implicados en la causa penal utilizara argumentos que solo beneficiaban al hombre y perjudicaban a su pareja, debería haber alertado sobre la posible configuración de una relación asimétrica y del ejercicio de poder por razones de género que pudieron perjudicar la situación procesal de Machuca en beneficio del varón.

Mujeres involucradas en delitos de drogas en contextos de vulnerabilidad

Otro grupo de fallos que se presenta en este apartado incluye tres causas en las que las mujeres fueron acusadas por los delitos de contrabando o transporte de drogas, pero en su involucramiento no medió ningún tipo de relación afectiva, sino un contexto de vulnerabilidad. Una de ellas había ingerido cápsulas con cocaína y otras dos dijeron desconocer la presencia de la droga en la encomienda que envió una, y en las pertenencias que transportaba la segunda.

En los tres casos las defensas plantearon la falta de acreditación del dolo, en virtud de que una declaró que había sido drogada y no recordaba haber ingerido las cápsulas con cocaína (Cuba, Lidia Paola, afirmaciones que surgen de la sentencia del Tribunal Oral); otra relató que desconocía el contenido de la encomienda que envió a petición de su empleador (Leiva Cabana, Norma¹⁹³); y una tercera alegó que desconocía que en las zapatillas que le habían dado para transportar a cambio de un precio había estupefacientes ocultos (Mañapira, Patricia¹⁹⁴).

En los casos Cuba, Lidia Paola y Leiva Cabana, Norma los jueces confirmaron los temperamentos inculpativos. Con respecto al primer caso, la sala III de la Cámara Federal de Casación Penal arguyó que la acción había sido voluntaria porque no era posible ingerir semejante cantidad de cápsulas en estado de inconsciencia, y confirmó la condena. No obstante, la mujer no había afirmado que ingirió las cápsulas en estado de inconsciencia, sino que no recordaba lo sucedido durante un prolongado lapso de tiempo, en el que dijo haber sido drogada. La Cámara de Casación Penal no evaluó si el consumo de algunos estupefacientes podría causar el efecto de no recordar lo sucedido, sin necesidad de caer en un estado de inconsciencia.

Por otra parte, en Leiva Cabana la mujer relató que trabajaba como vendedora ambulante (“mantera”) y que su empleador le había pedido que enviara un paquete de su primo al extranjero, quien no podía hacerlo porque no tenía regularizada su situación migratoria. La defensa oficial invocó que la mujer no conocía el contenido de la encomienda y aportó un informe social que daba cuenta de la grave situación de exclusión

193. TOPE 3, Leiva Cabana, Norma, causa n.º 1306/2014, rta.: 08/11/2017 y Juzgado en lo Penal Económico 3, rta.: 26/04/2016.

194. CFCP, sala II, Mañapira, Patricia, causa n.º 5200000/2016, rta.: 29/09/2017 y TOCF de Salta, rta.: 07/11/2016.

social en la que se encontraba su asistida¹⁹⁵. Sin embargo, el Juzgado de Instrucción consideró que la mujer había previsto que el contenido del envío podía ser irregular y que la situación de vulnerabilidad no tenía entidad suficiente para afectar las posibilidades de conocimiento del contenido de la encomienda, por lo que dictó su procesamiento.

En cambio, en Mañapira, Patricia se revocó la condena dictada por un Tribunal Oral de Salta. Mañapira se dedicaba al “bagayeo” (contrabando) y declaró que desconocía que en el interior de unas zapatillas que transportaba para otras personas había droga oculta. La sala II de la Cámara Federal de Casación Penal descalificó cualquier tipo de “ficción idealista acerca de lo que la acusada debería haber conocido” y realizó un análisis desde el punto de vista de la acusada en el momento de los hechos, valorando de manera circunstanciada las razones por las que pudo haber incurrido en un error. En particular, consideró que la promesa de pago que se le ofreció por transportar las zapatillas no era exorbitante y que se adecuaba a lo que percibía habitualmente por un día de trabajo. Asimismo, consideró que era plausible que la mujer no tuviera conocimiento acerca de las maniobras de microtráfico si nunca había estado involucrada en un episodio de ese estilo. En consecuencia, la Cámara de Casación dictó la absolución.

c. Planteos en el ámbito de la antijuridicidad o la culpabilidad

Otro conjunto de planteos defensas se vinculan con la justificación o inculpabilidad de las conductas atribuidas a las mujeres. Para su análisis, nuevamente se dividen los casos teniendo en consideración si existió un vínculo sentimental o si las mujeres obraron en un contexto de vulnerabilidad. Como se dijo con anterioridad, la distinción se realiza a fin de permitir una mejor comprensión del aporte individual realizado por las imputadas al hecho ilícito y evaluar las distintas argumentaciones defensas disponibles.

Mujeres involucradas en delitos de drogas en el marco de relaciones sentimentales

En el ámbito de la antijuridicidad y en el de la culpabilidad, las estrategias de la defensa estuvieron dirigidas a probar en cada caso el contexto coactivo por violencia de género que afectaba a sus asistidas, ya sea como causal de justificación o de exculpación. En otro caso, el fiscal general arguyó la inculpabilidad de la conducta por la situación de vulnerabilidad de la acusada. Aquí se encuentra un grupo de cinco casos. La respuesta de los tribunales a estas críticas también fue heterogénea.

195. El informe fue elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales de la DGN y destacó la historia vital marcada por las privaciones socioeconómicas y la violencia de género ejercida en toda la relación por su expareja y padre de sus nueve hijos e hijas. Pese a que el informe no fue valorado a los fines de determinar el dolo, como se verá *infra* en el apartado d de este título, sí fue considerado en la etapa siguiente, cuando se determinó la medida y modalidad de la pena.

En los casos Hernández Zuluaga, María Fernanda y Larrea Lesme, Sonia Ramona¹⁹⁶ se adujo la presencia de un contexto de violencia de género que afectaba a las imputadas y que esa situación acreditaba la aplicación de una causal de justificación o de inculpabilidad. En el primero de los casos —en el que también se había hecho un planteo sobre ausencia de tipicidad subjetiva—, el juez de primera instancia consideró que no se había acreditado la violencia sufrida. Se presentaron informes especializados ante la Cámara de Apelaciones que daban cuenta del contexto de violencia de género en el que se encontraba inmersa la acusada¹⁹⁷; sin embargo, el tribunal hizo caso omiso de ese material (sin explicar por qué lo dejó de lado) y consideró que no había elementos de prueba que corroboraran la violencia ni, en su caso, estaban acreditadas “la gravedad, la inminencia y la actualidad de los males supuestamente anunciados”. En cambio, en el caso Larrea Lesme, Sonia Ramona se resolvió que no se había probado ningún aporte esencial de la imputada, y cambió la imputación de una coautoría a una participación secundaria, lo que habilitó el dictado de su inmediata libertad. La resolución, sin embargo, no se manifestó sobre la situación de violencia de género invocada¹⁹⁸.

En el caso F. J. L.¹⁹⁹, la mujer declaró que actuó bajo amenaza por parte de su pareja, pero como el caso se resolvió con una condena en un juicio abreviado, se desconoce si hubo alguna actividad investigativa para comprobar la presencia de coacción. Sí surge, en cambio, que parte de la información suministrada por la imputada pudo ser corroborada: se comprobó la identidad de a quien identificó como su novio en aquel momento, y las tareas investigativas aportaron datos que indicarían que se estaría investigando a un grupo de personas vinculadas a delitos de drogas.

En Zarzoli, Rosalía²⁰⁰, la mujer contó que una persona con la que había entablado una relación sentimental le había entregado la valija con destino a Francia en la que se

196. CNACyCF, sala 2, Larrea Lesme, Sonia Ramona, causa n.º 112/17, rta.: 15/09/2017 y Juzgado Criminal y Correccional Federal 4, rta.: 27/07/2017.

197. Se presentaron informes del Programa de Atención a las Problemáticas Sociales, del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos y de la Comisión sobre Temáticas de Género, todos pertenecientes a la DGN. El informe social hizo especial énfasis en cómo la violencia de género estuvo presente desde su infancia y posteriormente en la relación con su expareja —coimputado— y padre de su hija. El informe pericial encontró indicadores de “indefensión aprehendida” producto de la violencia íntima. A su vez, el informe técnico jurídico de la Comisión puso el eje en los obstáculos que encuentran las mujeres para denunciar la violencia de género y salir de relaciones violentas, así como los factores de vulnerabilidad que habitualmente inciden en el involucramiento de las mujeres en delitos de drogas. En este sentido, destacó que la violencia de género pasada y actual detectada en el caso en concreto debía tener efectos jurídicos en la causa, acompañando los planteos de la defensa.

198. En este caso, la defensa produjo prueba del contexto de violencia mediante la recepción de testimonios y aportó también copias de una instrucción preliminar realizada por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), que contenía constancias de intervenciones policiales por denuncias previas. Además, se presentó un informe de la Comisión sobre Temáticas de Género, que realizó una crítica al procesamiento al evidenciar en sus razonamientos el uso de estereotipos de género implícitos. Asimismo, instó al deber de juzgar con perspectiva de género, que obliga al tribunal a apreciar la prueba vinculada con el contexto de violencia en el que se desarrolló la constelación de acciones atribuidas a la asistida. En este sentido, consideró que se imponía en el caso la resolución mediante la determinación de un estado de necesidad justificante o, en su defecto, exculpante. En el momento de realizar este informe la causa se encuentra en etapa de juicio.

199. TOCF de Salta, F. J. L., causa n.º 9536, rta.: 16/08/2016.

200. TOPE 1, Zarzoli, Rosalía Inés, causa n.º 2578/2014, rta.: 02/10/2015.

encontró droga oculta. Aportó nombres y un número telefónico para comunicarse con esa persona, pero en la sentencia de juicio abreviado no se advierte si se realizó alguna investigación paralela para corroborar su envío y tampoco contiene un desarrollo suficiente en torno al dolo. El fallo funda el elemento subjetivo a partir del ocultamiento de la droga dentro de la valija —que justamente podría probar también el engaño sufrido por la mujer— y en el reconocimiento de haber enviado la valija.

Finalmente, en el caso Gómez, Analía Verónica²⁰¹, el fiscal ante la Cámara Federal de Casación Penal consideró que la conducta de querer introducir estupefacientes en una cárcel para dársela a su pareja era inculpable por la vulnerabilidad personal de la mujer. Para ello, reparó en que la mujer cursaba un embarazo avanzado y en su dependencia económica y afectiva respecto de su pareja privada de la libertad²⁰². Sin embargo, el planteo no fue analizado, pues la casación rechazó el recurso con argumentos procesales.

Mujeres involucradas en delitos de drogas en contextos de vulnerabilidad

En el caso Asturayme Mauricio, Paulita Verónica²⁰³, la imputada declaró que había sido amenazada por un tal Jaime para que trasladase estupefacientes que fueron escondidos en el interior de unas chaquetas y chalecos (en los respectivos forros y como doble fondo), dentro de un bote de champú y de un bote de crema, todo ello acondicionado en una valija enviada desde Lima a Buenos Aires. El Juzgado de Primera Instancia entendió que, por la forma en la que estaba dispuesta la droga, era evidente que la mujer conocía de su existencia y descartó un estado de coacción por no contar con ningún elemento que lo corroborara (por ejemplo, información filiatoria de la persona que la amenazaba), aunque no destinó ninguna acción para averiguar si la amenaza había existido o no²⁰⁴.

En el caso Cuba, Lidia Paola, ya referido, la mujer había declarado que no recordaba cómo ingirió las cápsulas de cocaína, que había ido a bailar a un local en Misiones y que despertó en una habitación en la Ciudad de Buenos Aires, con tres hombres y una mujer que hablaban con acento centroamericano. Afirmó que la amenazaron diciéndole

201. CFCP, sala IV, Gómez, Analía Verónica, causa n.º 55018152/2012, rta.: 23/12/2015.

202. Además del análisis de la vulnerabilidad y su aplicación al caso, el planteo del fiscal general es novedoso porque propone analizar el estrato de la culpabilidad desde las instancias iniciales del proceso (la causa estaba en etapa de instrucción), aspecto habitualmente rechazado por los juzgados, que postergan para la etapa de debate el análisis sobre la capacidad de autodeterminación.

203. TOPE 2, Asturayme Mauricio, Paulita Verónica, causa n.º 1150/2017, rta.: 05/04/2018 y Juzgado Nacional en lo Penal Económico 6, rta.: 10/08/2017.

204. Tras el procesamiento, a instancias de la defensa oficial, el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales de la DGN realizó un informe social, recuperando la trayectoria familiar y personal de trabajo en condiciones de precariedad e informalidad. En abril de 2018, Paulita Verónica Asturayme Mauricio fue condenada a la pena de cuatro años y ocho meses de prisión efectiva, mediante procedimiento de juicio abreviado. La sentencia contiene muy poca fundamentación, con escasa valoración probatoria restringida a la enumeración formal de cada pieza incorporada. No se hizo ninguna referencia a la trayectoria de vida de la condenada, acreditada con el informe social, sin perjuicio de que el monto de pena estuvo cerca del mínimo legal.

que si no hacía lo que le decían, iban a llevarla a un prostíbulo en la zona de Constitución. Como se dijo, la defensa se orientó a alegar que se trataba de una situación de ausencia de tipicidad subjetiva, aunque el descargo material bien pudo habilitar que se alegue además coacción como eximente en la culpabilidad o una situación de trata de personas. De la sentencia no surge que se haya realizado investigación alguna para verificar el descargo de la mujer, pese a que algunos elementos incorporados en el juicio le daban verosimilitud: una persona con acento extranjero adquirió la asistencia al viajero y la reserva hotelera en Europa a favor de la imputada y dicho trámite fue abonado en efectivo.

En Caballero Flores, Plácida²⁰⁵, dos de las mujeres acusadas explicaron la urgencia socioeconómica que atravesaban en Bolivia, razón por la cual habían aceptado el ofrecimiento de ingerir cápsulas de cocaína para introducir las en territorio argentino. La defensa invocó que eran víctimas de trata, que hubo un aprovechamiento de su estado de vulnerabilidad y que por ello correspondía su absolucón, en aplicaci3n del artícu- lo 5 de la Ley 26364²⁰⁶. El Tribunal no hizo lugar al planteo porque entendi3 que no se daba la condici3n de explotaci3n, ni tampoco la captaci3n mediante la modalidad de uso de la fuerza o el engaño (aunque la defensa invoc3 el aprovechamiento por la situaci3n de vulnerabilidad). El fallo seña- l3 que la legislaci3n boliviana prevé la trata con fines de explotaci3n para el empleo en actividades delictivas, pero que nuestra ley no tiene disposici3n similar y “que de ninguna manera se puede pretender hacer una interpretaci3n amplia ni anal3gica”. Es decir, aplic3 un principio constitucional que res- tringe el uso del derecho penal en contra de las imputadas. Adem3s, la invocaci3n de una norma que eximía la punibilidad debió interpretarse inversamente, con un criterio amplio y no restrictivo, en atenci3n al principio de *ultima ratio* del derecho penal.

Por otra parte, en el caso Suárez Eguez, Claudia²⁰⁷ se dict3 el sobreseimiento de la im- putada tras haberse alegado un estado de necesidad justificante. Claudia Suárez fue detenida el 24 de octubre de 2017 cuando, en un control en carretera de la Gendarme- ría Nacional en la provincia de Jujuy, se detect3 que llevaba cocaína escondida entre su equipaje. Desde el primer momento de su detenci3n, Claudia Suárez manifest3 que provenía de Bolivia y que había aceptado “el trabajo” en un estado de desesperaci3n por la enfermedad de su hijo (padecía osteosarcoma de fémur derecho de alto grado de malignidad, un tipo de c3ncer de huesos), ya que necesitaba con urgencia dinero para costear los gastos que demandaba el tratamiento (y que su país de origen no cubría). La defensa invoc3 que Suárez Eguez actu3 bajo el supuesto de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, el Juzgado de Instrucci3n dict3 su procesamiento por el delito de transporte de estupefacientes y dispuso la pris3n preventiva, resolu- ci3n que fue convalidada despu3s por la sala II de la C3mara Federal de Salta. Entre

205. TOCF de Catamarca, Caballero Flores, Plácida, causa n.º 5857/2014, rta.: 30/11/2015.

206. La norma establece que “las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisi3n de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata”.

207. C3mara Federal de Salta, sala 2, Suárez Eguez, Claudia, causa n.º 20356/2017, rta.: 10/10/2018.

otras cuestiones, el tribunal consideró que no resultaba creíble que una persona que se encontraba coaccionada por la situación económica tuviera las condiciones mentales y espirituales necesarias para realizar un viaje de esas características. Además, encontró que no estaba suficientemente acreditado que el actuar ilícito de Suárez Eguez fuera el único medio posible para costear el tratamiento de su hijo, dado que existían otros familiares a cargo del cuidado. Un año después, inmediatamente después de haberse producido el fallecimiento de su hijo por la enfermedad que ella había indicado, la posición fiscal cambió, adhirió al planteo defensivo y pidió el sobreseimiento de Suárez Eguez por haber mediado un estado de necesidad²⁰⁸. A su turno, el Juzgado de Instrucción hizo lugar al pedido por aplicación del principio acusatorio.

En Martínez Hassan, Lourdes Silvana²⁰⁹, la mujer fue acusada de contrabando de estupefacientes con fines de comercialización y condenada inicialmente a la pena de seis años de prisión. Durante todo el proceso aseguró que, ante la carencia de medios económicos suficientes para costear la cirugía que requería uno de sus hijos, aceptó la propuesta de ser “dama de compañía”. Al llegar desde la Paz —donde vivía— a Villazón (Bolivia), fue llevada a una casa de adobe donde fue obligada a ejercer la prostitución. Ante su negativa, la obligaron a pasar la frontera boliviana-argentina con una mochila que contenía cocaína. Entre otros planteos, la defensa sostuvo que la mujer era víctima de trata y, por lo tanto, debía aplicarse el artículo 5 de la Ley 26364. Subsidiariamente, sostuvo la aplicación del estado de necesidad disculpante (artículo 34, inciso 2.º CP). La Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, anuló el fallo condenatorio, por aplicación del principio *in dubio pro reo* y dispuso la absolución. Sostuvo que el fallo presentaba una arbitraria valoración de la prueba y que no se habían investigado las citas ofrecidas por la acusada en su indagatoria. La sentencia destacó el deber del Estado de investigar los hechos de violencia de género (con referencias a la CEDAW y al Protocolo de Palermo, entre otros instrumentos) a partir de el descargo realizado por la imputada. Los votos de Mahiques y Figueroa hicieron mención a que la evacuación de las citas resultó determinante para el caso bajo estudio, pues impidió dar respuesta al pedido de absolución con base en la cláusula de no punibilidad (art. 5, Ley 26364), lo que se vincula con el ejercicio de la defensa y el debido proceso. Por su parte, el juez Hornos dijo que “el *a quo* invoca permanentemente que la imputada no probó ser víctima de trata, cuando tal actividad corresponde a la parte acusadora”. El mismo juez advirtió, además, “un salto en el razonamiento lógico seguido por los sentenciantes, por tanto, el tribunal otorgó veracidad a todo el relato de la imputada [al momento de graduar la pena] pero descreyó de la existencia de los tratantes, sin motivar esta división en la credibilidad del relato de la víctima”.

208. A esta altura del proceso el caso tuvo gran repercusión en los medios de comunicación.

209. CFCP, sala I, Martínez Hassan, Lourdes Silvana, causa n.º 7158/2016, rta.: 18/10/2018 y TOCF de Jujuy, rta.: 01/12/2017.

d. Determinación judicial de la pena

De la lectura de los apartados anteriores se desprende que los argumentos de la defensa no siempre tuvieron el impacto deseado en la determinación de la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad. Por esta razón, muchos de esos razonamientos se repitieron al final del proceso penal para intentar aminorar la respuesta punitiva, ya sea en razón de su cantidad o de su modalidad, o incluso para obtener la suspensión del proceso. En consecuencia, aun a riesgo de repetición, a continuación se presentan casos que ya fueron referenciados en los apartados anteriores, pero que habilitaron el desarrollo de argumentos fácticos y jurídicos para mejorar las perspectivas de las acusadas en relación con la pena a imponer.

Cuestionamientos a la continuación del proceso

Si bien la suspensión del proceso a prueba es considerada una vía “alternativa a la prisión” y, por tanto, analizable fuera del ámbito de la determinación judicial de la pena, en este caso en concreto se optó por incluirlo en esta sección, dado que su concesión debió superar un planteo sobre la inconstitucionalidad de la respuesta penal prevista para el delito de contrabando.

En este sentido, en el caso Leiva Cabana, la defensa solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 76 bis del CP, en tanto prohíbe la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos en el Código Aduanero, y se habilitara su procedencia. El Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 3 hizo lugar al planteo, con especial remisión al informe confeccionado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN, que daba cuenta de la situación de extrema vulnerabilidad social en que se encontraba la imputada y su grupo familiar.

En este caso, el fiscal también había acompañado el pedido de la defensa, considerando las circunstancias personales de la acusada, por lo que recalificó la conducta sin los agravantes, de manera que el mínimo legal de pena fuera de tres años²¹⁰.

Cuestionamientos a la inconstitucionalidad del mínimo legal

En otro grupo de casos, la defensa realizó planteos vinculados con la posibilidad de imponer una pena por debajo del mínimo legal previsto en el Código Penal, en consideración a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y razonabilidad en contextos de vulnerabilidad social y de género. La virtud de esta vía es que puede impactar

210. Si bien el fiscal no acompañó el pedido de suspensión del juicio a prueba, recalificó la imputación de manera que el monto de la pena fuera compatible con las exigencias que el Código Penal establece para su procedencia. Además, el fiscal señaló que, en caso de recaer condena, prestaba conformidad para que sea dejada en suspenso. Esta postura puede tratarse de una conformidad tácita con la suspensión del juicio, mediante una estrategia que no permita dejarla explicitada en la sentencia.

directamente en la libertad de las imputadas, ya que en general los montos mínimos previstos para los delitos de drogas exceden los tres años²¹¹ y, por tanto, impiden que la pena sea dejada en suspenso²¹². Es decir, habitualmente, para dejar en suspenso la pena en delitos de drogas es necesario “perforar el mínimo” y, de ese modo, obtener una reducción del monto mínimo de la pena previsto por la ley.

Dentro de ese conjunto, encontramos cinco casos en los que la defensa realizó ese planteo. Sin embargo, los tribunales dieron una respuesta positiva solo en un supuesto (Gómez, Gladis Fabiana²¹³). En ese caso, se dispuso una pena inferior al mínimo legal por aplicación del principio acusatorio, en tanto la posición del Ministerio Público Fiscal había dado conformidad al planteo de la defensa de imponer tres años en suspenso, con particular atención al impacto que podría tener una pena de prisión efectiva en los/as hijos/as a cargo de la mujer condenada.

En las cuatro causas restantes se rechazaron los planteos (Montecino, Edith Elizabeth²¹⁴; Delgado Acevedo, Analía Verónica²¹⁵; Altamirano, Jennifer Pamela²¹⁶; y Gallardo, Jéscica Lucía Elizabeth²¹⁷). En Delgado Acevedo y Altamirano se valoró el contexto de vulnerabilidad, pero se entendió que la imposición del mínimo penal daba respuesta adecuada y proporcional a su situación. A su vez, en Gallardo se consideró justificado elevar la pena impuesta sobre el mínimo legal, en consideración de que, con la presencia de estupefacientes en el hogar, la mujer había expuesto a un riesgo a sus hijos/as y quebrado así su deber de garante (el fallo de la Cámara Federal de Casación Penal no advirtió ni rechazó los estereotipos de género alrededor de la maternidad que tal razonamiento contenía²¹⁸).

Finalmente, en otro caso el tribunal perforó de oficio el mínimo en consideración a la vulnerabilidad de las imputadas (se tuvo en cuenta que eran madres solteras, con

211. Ver *supra*, apartado 1, sobre marco normativo.

212. El art. 26 CP establece que la condena condicional procede para la primera condena que no exceda los tres años de prisión.

213. CFCP, sala II, Gómez, Gladis Fabiana, causa n.º 17362/2014, rta.: 08/09/2016.

214. CFCP, sala I, Montecino, Edith Elizabeth, causa n.º 83000820/2012, rta.: 27/09/2016.

215. CFCP, sala I, Delgado Acevedo, Analía Verónica, causa n.º 12060000/2013, rta.: 23/11/2017.

216. CFCP, sala I, Altamirano, Jennifer Pamela, causa n.º 91001193/2012, rta.: 22/11/2016.

217. CFCP, sala IV, Gallardo, Jéscica Lucía Elizabeth, causa n.º 19/2014, rta.: 24/06/2015.

218. A instancias de la defensa oficial, la Comisión sobre Temáticas de Género colaboró en la elaboración de los agravios planteados en el recurso extraordinario y de queja por extraordinario rechazado, ambos denegados. Así, no se dio ningún tratamiento al agravio constitucional y convencional en cuanto al uso de estereotipos de género que la sentencia condenatoria contenía. Por una parte, la afirmación según la cual Gallardo sometió a un grave riesgo a sus tres hijos y les provocó un daño carecía de justificación, pues la sentencia no invocaba ningún elemento concreto ni específico que permitiera acreditarlo y dimensionar su extensión. En segundo término, la consideración de Gallardo como una persona que colocó a sus hijos en situación de riesgo se contradecía con otros pronunciamientos del mismo expediente penal, que valoraron positivamente la capacidad de cuidado de la mujer en el momento de otorgar la prisión domiciliaria y, posteriormente, al conceder su excarcelación, para que pueda seguir ejerciendo el cuidado de sus hijos. En tercer lugar, la resolución fue arbitraria en la medida en que las responsabilidades de cuidado de Gallardo fueron valoradas para incrementar la pena, en sentido inverso a lo que indica el ordenamiento jurídico, que toma en consideración esas circunstancias para atenuar el castigo o justificar penas alternativas a la privación de libertad (Reglas de Bangkok).

condiciones socioeconómicas extremadamente bajas, con familiares con discapacidad a su cargo, que tenían una inserción laboral extremadamente precaria, que poseían un bajo nivel educativo y cultural; también se consideraron los motivos que las empujaron a participar en el hecho y la modalidad de su involucramiento), pero se les impuso una pena de cuatro años de efectivo cumplimiento (Caballero Flores, Plácida).

Cuestionamientos generales a la pena impuesta

En otro grupo de seis sentencias en los que no se encontraron planteos para obtener una respuesta penal menor a la prevista por la legislación, la defensa cuestionó el monto de la pena o los tribunales revisaron de oficio dicha medición.

En tres casos los tribunales retomaron los argumentos presentados a lo largo del proceso para aminorar la pena. En otros dos supuestos se apartaron del acuerdo realizado en juicios abreviados entre la acusación fiscal y la defensa y redujeron la pena originalmente pactada (en F. J. L.²¹⁹, por aplicación de la reducción prevista para “el arrepentido” del delito, se redujo la pena pero se la dejó de efectivo cumplimiento, y en González, Adriana Litz²²⁰ se redujo la pena a dos años en suspenso, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, la trayectoria vital expuesta en un informe social realizado por el Programa de Problemáticas Sociales de la DGN²²¹).

En otros casos, a pesar de los cuestionamientos realizados por la defensa, los tribunales convalidaron las decisiones de instancias anteriores vinculadas con el monto de la respuesta penal. Así, por ejemplo, la Cámara Federal de Casación Penal confirmó la pena impuesta en la instancia anterior que superaba el mínimo legal en los casos Cuba, Lidia Paola²²² y Martínez, Elena Raquel. Para ello, evaluó que no existía una “situación de miseria o dificultad para ganarse el sustento propio”, en el primer caso, o “una angustia económica que justifique la inclinación a una actividad delictiva”, en el otro. En el caso Martínez, Elena Raquel, añadió que la mujer tenía un grado de educación media-alta. En otra ocasión, la cámara revisora convalidó el monto de la pena, en coincidencia con el mínimo legal previsto, valorando en términos generales la situación social de la condenada y el rol que desempeñaba en el eslabón más débil de la organización de tráfico de estupefacientes (Zarzoli, Rosalía Inés).

219. TOCF de Salta, F. J. L., causa n.º 9536, rta.: 16/08/2016.

220. TOCF 2 de la Capital Federal, González, Adriana Litz, causa n.º 2579, rta.: 23/03/2017.

221. El informe destacó su maternidad adolescente fruto de un matrimonio enmarcado en una relación de gran asimetría y su rol de sostén exclusivo del hogar. También indicó su temprano ingreso y permanencia en el ejercicio de la prostitución, su compromiso con el consumo problemático de sustancias psicoactivas y la aparición recurrente de tumores en varias partes de su cuerpo.

222. En este caso, además, el Fiscal General, ante la Cámara Federal de Casación Penal, acompañó la posición de la defensa con referencia al rol que ocupó en la cadena de transporte, a la culpabilidad por el hecho y al impacto desproporcionado de las políticas de drogas en la criminalización de sectores vulnerables. Aunque la ingesta de estupefacientes pone en serio riesgo la vida, en el caso esa modalidad no fue valorada como un indicador de posible explotación o contexto de vulnerabilidad, pese al dictamen fiscal que apoyaba el razonamiento.

4. Consideraciones sobre los casos hallados

En once de los veinticinco casos analizados, surge que las mujeres imputadas se vieron involucradas en la causa criminal a raíz de un vínculo sentimental. En tres ocasiones refirieron que actuaron en un contexto coactivo (F. J. L., Hernández Zuluaga y Larrea Lesme); en otras tres ocasiones manifestaron que fueron engañadas por sus parejas (Martínez, Elena Raquel; González, Patricia Noemí; y Zarzoli, Rosalía Inés); en dos casos la mujer afirmó desconocer la presencia de la droga que guardaba o trasladaba su pareja (Acuña, Roxana Noelia y Vera Romero); y en otras dos ocasiones las mujeres fueron detenidas cuando intentaban entrar en establecimientos penitenciarios con droga para entregar a sus parejas (Godoy y Gómez, Analía Verónica). Por último, se analizó un caso (Machuca) del que surge que la mujer condenada había mantenido una relación afectiva con el coimputado, pero la defensa conjunta de ambos solo se dirigió a tratar de mejorar la situación del hombre, intentando trasladar toda la responsabilidad a la mujer, lo que sugiere el ejercicio de una posición de dominio.

Otro grupo de ocho causas tiene como aspecto en común el contexto de vulnerabilidad en el que obraron las mujeres. En sus declaraciones, afirmaron que terminaron involucradas en el proceso penal tras haber sido drogadas (Cuba, Lidia Paola), engañadas para trasladar o intentar enviar la droga (Mañapira y Leiva Cabana), coaccionadas (Asturayme Mauricio, Martínez Hassan) o actuado en un contexto de necesidad (Caballero Flores, Suárez Eguez). En tres casos, las mujeres habían ocultado la droga en el interior de su cuerpo (Caballero Flores; Gutiérrez Hurtado; y Cuba, Lidia Paola).

En seis sentencias no se pudo establecer el contexto en el que las mujeres se vieron implicadas en los delitos imputados, pues la controversia giró principalmente en torno al monto de la pena (Altamirano, Jennifer Pamela; Delgado Acevedo, Analía Verónica; Gallardo, Jéscica Lucía Elizabeth; Montecino, Edith Elizabeth; Gómez, Gladis Fabiana; y González, Adriana Litz).

La lectura de las resoluciones muestra la presencia de rasgos comunes en lo que se refiere a las conductas endilgadas a las mujeres acusadas de delitos de narcotráfico y pocas coincidencias en el abordaje judicial.

- a. *Supuestos de ingesta.* En cinco casos se trató de procesos penales seguidos contra mujeres “encapsuladas”. La defensa preponderante en tales situaciones es el pedido de nulidad de los actos que dieron origen al proceso. En dos causas se declaró la nulidad de las actuaciones por la forma de inicio de la causa penal, mientras que otros dos casos finalizaron con condenas y en el último se confirmó el procesamiento de la mujer.

Pese a que se trata de una conducta que pone en serio peligro la vida y la salud de quien oculta las cápsulas con droga en el interior su cuerpo, ese análisis suele estar ausente, con la única excepción en que se lo valoró como un agravante a la hora de

fijar el monto de la pena (en sentido contrario a lo dictaminado por el fiscal general ante la Cámara Federal de Casación Penal, quien había señalado que la mujer puso en riesgo su vida y que el grado de culpabilidad era muy bajo, en Cuba, Lidia Paola). En dos de los casos (Gutiérrez Hurtado y Cuba) las causas se iniciaron a partir de la denuncia de los profesionales de la salud que atendieron a las mujeres por complicaciones en su salud, y las defensas pidieron que se declarase la nulidad de las actuaciones. Mientras que en uno de ellos se hizo lugar al planteo, en el otro caso se desechó y el proceso concluyó con una condena.

En otros dos casos, la droga fue detectada en requisas vaginales efectuadas a mujeres que fueron a visitar a sus parejas, las cuales se encontraban detenidas en establecimientos penitenciarios. En un caso (Godoy, María Noelia) la sala II de la Cámara Federal de Casación Penal consideró que la revisión afectó los derechos fundamentales de la mujer y declaró, en consecuencia, la nulidad de lo actuado y el sobreseimiento de la acusada. En el otro caso (Gómez, Analía Verónica) no hubo ningún cuestionamiento sobre la ilegitimidad de la requisita. Como en el caso anterior, los representantes del Ministerio Público Fiscal sostuvieron posturas desinriminatorias, pero por otros motivos (mientras que la fiscal de juicio solicitó el sobreseimiento por atipicidad, el fiscal ante la Casación Federal argumentó que se trataba de un supuesto de inculpabilidad por vulnerabilidad). Pese a la falta de acusación fiscal, la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó el recurso por cuestiones formales.

Finalmente, el caso Caballero Flores terminó con la condena de dos mujeres “encapsuladas”. En esta ocasión tampoco hubo planteos de nulidad referidos a los actos de detención y requisita que dieron origen a la causa penal. La resolución judicial es llamativa, pues condena a las mujeres después de reconocer que actuaron condicionadas por una situación de extrema vulnerabilidad y que en parte fueron víctimas de una organización criminal, aunque aplicando una pena por debajo del mínimo legal.

- b. *Supuestos de engaño o desconocimiento sobre la existencia de la droga.* En siete casos las mujeres acusadas afirmaron que actuaron engañadas o que desconocían la presencia de la droga.

En Zarzoli, Rosalía Inés, el proceso finalizó con una condena en juicio abreviado, en el que la mujer asumió su responsabilidad por el hecho.

En los casos Acuña, Roxana Noelia y Vera Romero, los dos integrantes de la pareja se vieron envueltos en un proceso penal por delitos de drogas y las dos mujeres afirmaron que desconocían que sus parejas tenían oculta la droga en su domicilio (en el primer caso) o en la valija que transportaba el marido (en el caso Vera Romero). Mientras que se dictó el sobreseimiento de Acuña, Vera Romero fue condenada sin el agravante de comercialización, porque se consideró que no conocía la cantidad de droga exportada, lo que descartaba la finalidad del tráfico.

En González, Patricia Noemí y Leiva Cabana, ambas mujeres manifestaron que intentaron enviar una encomienda a petición de su pareja (la primera) y de su empleador (la segunda), y que desconocían que los paquetes entregados contenían droga

oculta. Pese a la similitud de las conductas reprochadas y las explicaciones vertidas, González fue absuelta y Leiva Cabana obtuvo una suspensión del juicio a prueba.

Patricia Mañapira refirió que se dedicaba al “bagayeo” de mercaderías y que no sabía que las zapatillas que transportaba para otras personas contenían droga oculta, y Elena Raquel Martínez dijo que desconocía que la camioneta que le había dado su exnovio tenía estupefacientes acondicionados en su interior. Tras un análisis exhaustivo de la prueba colectada, Mañapira fue absuelta en la instancia casatoria, pero Martínez resultó condenada sin que se presentara un razonamiento judicial con la misma motivación y seriedad.

Como sucede en otros grupos de casos, resulta difícil encontrar coincidencias en los criterios judiciales frente a casos o planteos que guardan similitud. Sí se advierte en las resoluciones que dan lugar a los cuestionamientos de la defensa un mayor acervo probatorio y un análisis más exhaustivo y contextualizado de los elementos colectados. En tanto, entre las sentencias que descartan las estrategias defensivas, suelen referirse afirmaciones genéricas y dogmáticas, sin una adecuada explicación de su pertinencia para el caso concreto.

- c. *Supuestos de coacción directa o contextos de violencia de género.* En los cuatro casos en que se arguyó una situación directa de coacción o un contexto de violencia, las respuestas judiciales ignoraron o rechazaron la defensa, vinculada a la atipicidad o inculpabilidad de la conducta reprochada. En casi la totalidad de los casos las actuaciones judiciales o fiscales omitieron investigar si las amenazas o el contexto de violencia existieron o no; en dos de los casos la prueba fue incorporada por las defensas oficiales que asistieron a las mujeres acusadas, y en otros dos casos no se refirió ningún tipo de prueba. En este aspecto, es relevante el fallo Martínez Hassan, puesto que indicó que la carga de la prueba para acreditar el estado de exculpación está en manos del Estado.

En el caso Asturayme Mauricio, en el que no se había referido un vínculo afectivo, en instrucción se descartó el planteo por falta de prueba, sin que surja de la lectura de la sentencia ninguna actividad investigativa al respecto —el proceso finalizó con una condena en juicio abreviado que tampoco indagó en esa circunstancia—. Tampoco surge de la sentencia que en el caso F. J. L. se haya investigado la amenaza denunciada por la mujer, que finalmente acabó en un juicio abreviado. Por otra parte, en los casos Hernández Zuluaga y Larrea Lesme las defensas oficiales acercaron elementos de prueba que daban cuenta del contexto de violencia que caracterizaba la vida en pareja. Mientras en el primero de los casos el tribunal omitió valorar la prueba incorporada y afirmó que no estaba acreditada la violencia, ni la gravedad, inminencia y actualidad de los supuestos males amenazados, en el segundo caso no hubo pronunciamiento sobre ese planteo, aunque se modificó la calificación jurídica, pasando de una coautoría a una participación secundaria²²³. Entre la prueba producida en casos de violencia íntima, se

223. Como fue referido en la síntesis del caso, la defensora pública que intervino en la causa consideró que la prueba de la violencia de género fue lo que impulsó el cambio de calificación en el grado de autoría.

considera que tiene peso gravitante el hecho de que la mujer haya denunciado con anterioridad al inicio de la causa penal la violencia padecida (lo que ocurrió en el segundo caso, pero no en el primero).

- d. *Supuestos de vulnerabilidad extrema.* Como se ha mencionado anteriormente, las estrategias de defensa suelen presentar distintos argumentos subsidiarios. Entre ellos, la situación de vulnerabilidad de las mujeres acusadas por los delitos de drogas es invocada con frecuencia, principalmente, en lo que se refiere a la valoración del monto del reproche penal. Sin embargo, en algunos de los casos estudiados se evaluó si la condición de extrema vulnerabilidad de la mujer implicada en el proceso penal podía tener incidencia en estratos previos de la teoría del delito.

En el caso Caballero Flores, la defensa invocó que las dos mujeres “encapsuladas” eran víctimas del delito de trata de personas y que hubo un aprovechamiento de su estado de vulnerabilidad. El Tribunal Oral reconoció la situación de vulnerabilidad, pero consideró que no se acreditaba uno de los fines de explotación previstos en la legislación nacional. En el caso Gómez, Analía Verónica, el fiscal ante la Cámara Federal de Casación Penal argumentó que la conducta atribuida era inculpable por la vulnerabilidad personal de la mujer, pero la cámara casatoria rechazó el recurso y confirmó el procesamiento. En Leiva Cabana la defensa argumentó que la extrema vulnerabilidad en que se encontraba su asistida la colocaba en una posición de ser pasible de engaño y, por ello, no se había acreditado la tipicidad subjetiva, pero el Juzgado de Instrucción rechazó el planteo.

En cambio, en el más reciente caso, Martínez Hassan, Lourdes Silvana, la Cámara Federal de Casación Penal absolvió a la acusada, la cual alegó haber sido captada y obligada a transportar droga, entre fuertes críticas durante la tramitación del proceso debido a la ausencia de investigación del descargo que realizó. Por su parte, en Suárez Eguez la situación de extrema vulnerabilidad fue finalmente aceptada por el Ministerio Público Fiscal, quien adhirió al planteo de la defensa en cuanto a que la mujer había actuado en estado de necesidad. En consecuencia, el juez dictó el sobreseimiento por aplicación del principio acusatorio.

Mayor receptividad tiene en las resoluciones judiciales la consideración de las variables de vulnerabilidad social en la etapa de contemplación de la pena. Bajo esa perspectiva se perforó el mínimo penal en los casos Caballero Flores y Gómez, Gladis Fabiana; se aceptó la suspensión del proceso a prueba en Leiva Cabana; se dispuso una pena en suspenso en González, Adriana Litz, por debajo del monto pactado en un juicio abreviado; y se justificó el monto de la condena en el mínimo de la pena prevista para el delito en Altamirano, Jennifer Pamela; Delgado Acevedo, Analía Verónica; y Zarzoli, Rosalía. En cambio, en los casos Martínez, Elena Raquel; Cuba, Lidia Paola; y F. J. L. la justicia consideró ajustado a derecho alejarse del mínimo penal, pues las mujeres no se encontraban en situación de miseria y contaban con un nivel educativo elevado.

5. Propuestas para la elaboración de estrategias de defensa con perspectiva de género

Según la experiencia recogida de los casos analizados, las estrategias de defensa en casos de mujeres criminalizadas por delitos de drogas pueden organizarse según dos modelos diferenciados²²⁴: a) mujeres involucradas en delitos de drogas en el marco de relaciones sentimentales y b) mujeres involucradas en delitos de drogas en contextos de vulnerabilidad. En ocasiones, los argumentos de la defensa para cada grupo de casos pueden presentarse en similar sentido, sin embargo, cada supuesto presenta especificidades argumentativas y probatorias.

En los casos de mujeres involucradas en delitos de drogas en el marco de relaciones sentimentales, aparece como central la conceptualización del “problema de la novia” o “la mujer de las circunstancias”, que alude a la situación de las mujeres criminalizadas como consecuencia de las actividades ilícitas llevadas a cabo por hombres con los que se relacionan. Los estudios que incorporan este concepto señalan que las reglas de autoría y participación impactan sobre las mujeres con una intensidad que no tiene en cuenta el contacto mínimo que estas mujeres tienen con el mundo criminal (Carrera, 2019). Asimismo, reparan en que las características del vínculo interpersonal permite indagar en la existencia de violencia de género, que podría incidir o moldear la participación de la mujer en el delito (Picco y Anitua, 2012: 234).

En el segundo supuesto, los contextos de vulnerabilidad son el escenario en el que la participación femenina en los delitos de drogas cobra sentido. Las situaciones de vulneración de derechos traducida en falta de recursos económicos, culturales y políticos pueden incidir en los motivos por los que las mujeres se involucran en delitos de drogas, a la vez que constituyen las razones por las que terceras personas se aprovechan de la necesidad para sacar rédito económico (Picco y Anitua, 2012: 241)²²⁵. En sintonía con estas consideraciones, la especificidad de las situaciones de aprovechamiento del estado de vulnerabilidad queda captada en los supuestos de trata de personas mediante la cláusula de no punibilidad (art. 5, Ley 26364).

224. Para la elaboración de posibles defensas, se tuvieron en cuenta el análisis de las sentencias halladas, las formulaciones de textos de doctrina especializada en género, los aportes de Patricia Laurenzo Copello contenidas en esta publicación y los realizados por defensores y defensoras durante los talleres de validación de resultados de la presente investigación.

225. Por su parte, en un informe reciente la CIDH expresó el vínculo entre pobreza, género y delitos de drogas: “La pobreza, la falta de oportunidades y las barreras de acceso a la educación ponen a mujeres y niñas en situaciones vulnerables, y hacen de ellas objetivos fáciles de la delincuencia organizada. De hecho, las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre las personas en mayor riesgo de ser utilizadas para participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes. La población de mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas, incluida la posesión, es muy alta y está en continuo crecimiento” (CIDH, 2017, párr. 321).

a. Control de la acusación

Como ha podido verse en este informe, cuando las mujeres son acusadas junto a sus parejas por delitos de drogas, muchas veces se imputa el delito en coautoría, sin distinguir el distinto dominio que tiene cada integrante de la pareja sobre la sustancia prohibida.

Para facilitar las defensas pertinentes ante tales situaciones, es necesario que la acusación se formule de manera precisa, es decir, debe describir de forma específica en qué consistió el rol de la mujer y explicar circunstanciadamente cuál fue su aporte concreto. El ejercicio de una defensa eficaz depende del conocimiento de todas las consecuencias fácticas que pueden tener relevancia penal, lo que habilita a rechazar cualquier referencia genérica. Esta exigencia facilitará planteos de la defensa destinados a señalar que el aporte de la mujer no constituye delito por ser inocuo (Blanco Cordero, 2011), a sostener la atipicidad por ausencia de control y dominio sobre la sustancia (Di Corleto y Varela, 2019) o a reducir su intervención a una participación secundaria²²⁶.

Además, el control de la acusación permitirá restringir el uso de los estereotipos de género que se suelen filtrar en la acusación. La imputación por delitos de drogas a mujeres que realizaron comportamientos neutrales en el ámbito doméstico o de una relación de pareja implica colocarlas en un rol de garante respecto del buen comportamiento de los miembros de la familia, como consecuencia del estereotipo que sostiene que las mujeres son trasmisoras de la cultura. La expectativa estereotipada amplía el ámbito de persecución penal contra las mujeres, de un modo que no se encuentra previsto en ninguna norma (Hopp, 2017a: 33).

Finalmente, y para casos en los que la relación interpersonal está marcada por un historial de violencia, mayores recaudos en el modo en que se formula la acusación podrían contribuir a devaluar, en una instancia previa al juicio, los márgenes de acción de las mujeres en situaciones de dependencia económica y emocional y, por tanto, a determinar que no es posible establecer una vinculación entre la mujer y la sustancia prohibida (Di Corleto y Carrera, 2017).

b. Cuestionamientos a la tipicidad objetiva

La Ley 23737 cubre todas las etapas de la cadena del tráfico de drogas, para lo cual incluye una amplia cantidad de conductas vinculadas con el contacto con las sustancias ilegales. En lo que respecta a la tenencia (ya sea con fines de comercialización, tenencia simple o para consumo personal), es preciso reparar en el alcance de la acción típica. Parte de la doctrina que ha revisado el concepto tradicional de tenencia señala

226. Ver *supra*, nota 163.

que es “el ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa por el cual se puede usar y disponer libremente de ella. No requiere un contacto material y permanente, sino que la cosa esté sujeta a la acción y voluntad del poseedor” (D’Alessio y Divito, 2011: 1036). La definición permite afirmar que “aun cuando exista una dimensión de relación fáctica sobre la cosa, no habrá ‘tenencia’ si no existe respecto de ese material un vínculo de poder y control” (Di Corleto y Varela, 2019).

Bajo esta perspectiva, en los supuestos de mujeres que transportan droga bajo circunstancias de fuerte monitoreo por parte de una tercera persona, es razonable sostener que la mujer no tuvo poder sobre la sustancia. En el relevamiento de sentencias, se han encontrado situaciones en las que la persona que actúa como “mula” viaja acompañada por otra que controla que llegue a destino, que no desista en el camino y que haga la entrega. En este sentido, con cita en jurisprudencia, se dice que “la vigilancia ejercida sobre una persona que transporta droga a pedido de otra también excluirá la existencia del ‘poder de disposición’ sobre la droga. En este caso, existirá la relación fáctica con la cosa, pero no habrá un ‘poder y control’ efectivo, actual y concreto sobre la sustancia que le permita decidir autónomamente el destino de aquella” (Di Corleto y Varela, 2019).

Por otra parte, en los supuestos de mujeres coimputadas con su pareja sentimental a partir del hallazgo de droga en el domicilio que comparten, esa cercanía física no es suficiente para dar por probado el delito, porque tampoco se encuentra acreditado el dominio. Al respecto, debería exigirse “que se acrediten circunstancias adicionales que vayan más allá de la mera convivencia familiar y que permitan deducir la coautoría en el sentido de real coposesión de las drogas”, aspectos que superan “la mera tolerancia respecto de la actividad ilícita llevada a cabo por el conviviente”²²⁷. Si bien la defensa no tiene la carga de probar la inocencia, a fin de realizar una defensa proactiva podrá indagar acerca de la distribución del poder dentro de la relación sentimental. En esa dirección, si se advierten indicadores de desigualdad en la toma de decisiones dentro de la pareja (dominio del dinero, autonomía de la mujer e indicadores de violencia, entre otros) estará en condiciones de aportar argumentos y material probatorio que descarten la posibilidad de dominio sobre la sustancia y, por lo tanto, el aspecto objetivo del tipo²²⁸.

227. Estándares que surgen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (n.º 93/2015 rta.: 17/02/2015, n.º 490/2014 rta.: 17/06/2014, n.º 425/2014 rta.: 28/05/2014), citadas por Carrera, 2019: 14.

228. En este sentido, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y la práctica destaca la subordinación económica como factor que expone a que las mujeres sean consideradas cómplices de actos cometidos por sus cónyuges varones. Así, se dice que “muchas mujeres son encarceladas por posesión de armas peligrosas, drogas u otros artículos ilegales en sus casas cuando el verdadero dueño es su pareja. Sin embargo, debido al papel subordinado en el hogar, no pueden impedir que sus parejas traigan o mantengan esos artículos en el hogar. Como resultado, terminan encarceladas, a veces con una condena injustificadamente severa” (Consejo de Derechos Humanos, *Mujeres privadas de libertad*, 2019, párr. 639).

Otro punto importante a revisar se vincula con la determinación de una coautoría o participación de la mujer, con fundamento en el conocimiento que ella tiene de la actividad ilícita del compañero. Al respecto, cabe señalar que el conocimiento no implica tenencia, ni ningún tipo de cooperación con el delito. Si para que se verifique la tenencia debe haber una relación de dominio sobre la sustancia, puede afirmarse que “saber de la presencia de material estupefaciente no asegura que exista una relación de ‘poder y control’, pues puede darse el primero sin el segundo” (Di Corleto y Varela, 2019: 6).

En consecuencia, el mero conocimiento de la mujer no justifica la autoría del delito, ni una participación derivada de un deber especial de evitarla. Como ya se ha señalado, no hay norma que imponga a la mujer un deber de garantía del buen comportamiento de los miembros de la familia (Hopp, 2017a: 35); además, “las mujeres no suelen estar en una posición que facilite el control de las actividades de su pareja” (Carrera, 2019: 18).

c. Cuestionamientos a la tipicidad subjetiva

En el ámbito de la tipicidad subjetiva puede ocurrir que se verifique un déficit de conocimiento que afecte al dolo, que habitualmente se tiene por acreditado a partir de fuertes estereotipos de género respecto a lo que una mujer “debe saber”.

En los supuestos de mujeres coimputadas con su pareja sentimental, en los que la droga fue hallada en el hogar que comparten, “se presume que la ‘ama de casa’ conoce todo lo que sucede bajo el techo de la vivienda en la que habita con su familia [...]. Se construye así un ideal de la mujer que de su vivienda y sus habitantes todo lo sabe y lo conoce” (Carrera, 2019: 13). La valoración construida sobre este estereotipo debería ser impugnada por discriminatoria y por afectar los principios de *in dubio pro reo* y de culpabilidad por el acto.

Por otra parte, en los casos de mujeres que transportan estupefacientes se verifican situaciones de engaño por distintas vías: “Algunas mujeres son inducidas a transportar regalos u objetos que sin saberlo contienen drogas camufladas”; en otros casos, “además del encubrimiento de información, entran en juego otros elementos, como el uso de las relaciones amorosas como vehículo de engaño” (Picco y Anitua, 2012: 247). Estos supuestos deberían concluir en la ausencia de dolo.

Un escenario recurrente es el de las personas que realizan como trabajo remunerado el transporte de mercadería por encargo de terceros (“bagayeras”). Habitualmente esa tarea se efectúa a la vista de autoridades estatales y está legitimada socialmente en ciertas regiones del país con altos índices de pobreza. Este informe identificó un antecedente en el que la Cámara de Casación rechazó el argumento de que la mujer “no podía desconocer” que existía una modalidad de microtráfico, consistente en que la persona que encarga el envío esconde la droga dentro de otra con apariencia legal.

Los argumentos del fallo de casación²²⁹ se orientan a exigir un conocimiento efectivo sobre la existencia de la sustancia ilícita y descartar el dolo eventual o “ignorancia deliberada” en este tipo de delito. Para hacer la valoración sobre el aspecto subjetivo, se invocaron circunstancias de contexto ligadas a las experiencias previas de la persona, entre las que se consideró que anteriormente no había tenido problema alguno en cuanto al contenido de lo que portaba²³⁰.

Tal como se señala, “en la práctica, la falta de dolo puede ser de muy difícil acreditación. No obstante, su inexistencia puede deducirse de ciertos datos coyunturales” (Pico y Anitua, 2012: 248). Además, deben rechazarse ficciones respecto a la capacidad de las personas en contextos de vulnerabilidad de realizar un control exhaustivo sobre las mercancías, y también descartarse las imágenes estereotipadas respecto a cómo deben ser y comportarse las mujeres víctimas de engaño.

d. Cuestionamientos en el ámbito de la antijuridicidad

En este ámbito de la teoría del delito, donde se verifica la existencia de permisos, aparece como relevante el estado de necesidad justificante. Tal como está legislado en el Código Penal, el estado de necesidad justificante procede cuando la conducta típica se realiza para evitar un mal mayor e inminente (artículo 34, inciso 3 CP). La regulación remite a una ponderación de males y se distingue del estado de necesidad exculpante, porque procede cuando el mal que se provoca es menor al que se quiere evitar (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 631)²³¹.

Dos situaciones fácticas pueden ser abordadas mediante el estado de necesidad: la mujer que actúa para salvar su vida por estar en una situación de coacción (por parte de su pareja sentimental o de otra persona) y aquella que se involucra en el delito porque la

229. CFCP, sala II, Mañapira, Patricia, causa n.º 5200000/2016, rta.: 29/09/2017.

230. Similar criterio adoptó recientemente el TOCF de Salta en la causa n.º 10818/2019, rta.: 05/08/2019, donde se juzgó por transporte de estupefacientes a dos hombres que cargaban droga dentro de un bulto en la zona de la frontera de Orán. La jueza del juicio unipersonal absolvió en consecuencia al alegato fiscal, y respecto del tipo subjetivo dijo que “Considerando [los] testimonios obtenido en este juicio, como el hecho de que dentro del bulto que llevaban los [imputados] había una caja de cigarrillos [...], resulta de una lógica elemental poder concluir que los imputados pudieron ser engañados respecto de los elementos que estaban transportando. [...] Asimismo, ambos imputados mantuvieron a lo largo del proceso que ellos se dedicaban al transporte de cigarrillos como de otros bienes, actividad que en la zona de frontera se conoce como de ‘bagayeros’. [...] Ello permite inferir que efectivamente pudieron incurrir en el error de pensar que la mercadería consistía en cigarrillos, máxime cuando no era la primera vez que hacían esta actividad, tal como lo afirmaron en este juicio. Los dichos de los imputados, junto al caudal probatorio producido en esta audiencia de juicio [...], como el hecho de que la sustancia estupefaciente iba en una lona (lo que es usado comúnmente por los ‘bagayeros’), la que a su vez iba oculta en el interior de una caja de cigarrillos marca Rodeo, son elementos que hacen presumir la existencia de un error por parte de [los imputados] acerca de lo que estaban transportando, logrando con ello fijar un estándar de duda respecto a la responsabilidad que pudieron tener en estos hechos investigados, siendo aplicable en consecuencia el art. 3 del CPPN”. Al respecto, es notable que el fiscal y la jueza interviniente en esta causa mostraran una postura distinta a la adoptada con anterioridad en el juicio de Mañapira, comentado en este informe.

231. Los autores explican que el estado de necesidad exculpante procede, en cambio, cuando el sujeto que se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo provoca un mal que no es menor al que evita.

suma de dinero obtenida por el transporte de droga le permite atender necesidades premiantes (propias o de personas que dependen de su cuidado). En ambos casos, los bienes en juego son, por un lado, la salud pública puesta en peligro con la tenencia o circulación de la droga secuestrada y, por otro, la vida o la salud de la mujer, o de sus familiares o afectos cercanos. Las mayores dificultades en el litigio del caso se encontrarán en la ponderación de bienes comprometidos, en especial, porque la jurisprudencia suele recurrir a juicios abstractos, que desconocen el contexto concreto en el que se encontraba la mujer en el momento de hacer la elección (Di Corleto y Carrera, 2017: 19; Picco y Anitua, 2012: 245)²³², y otorga a la ley de drogas un ámbito de tutela muy amplio²³³.

No obstante, una ponderación abstracta es ajena al estado de necesidad regulado en el Código Penal y, por lo tanto, contrario al principio de legalidad, toda vez que el Código Penal argentino requiere una ponderación concreta de males (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 635). Tal como señala Laurenzo Copello²³⁴, una valoración ajustada a la magnitud real del mal implícito en una conducta concreta de tráfico de drogas es más adecuada al concepto y sentido de la eximente de estado de necesidad y, de esa manera, es posible realizar una comparación razonable con los males que la autora del hecho trata de evitar con su comportamiento. Si bien no hay ley que establezca un criterio rígido acerca de cómo realizar la ponderación, la doctrina propone atender a ciertos criterios generales: a) la jerarquía del bien jurídico, b) la intensidad de la afectación, sea por lesión o por peligro, c) el grado de proximidad del peligro del mal que se evita o se puede evitar y d) la intensidad de la afectación, en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 635).

Siguiendo estos lineamientos, en los supuestos de mujeres involucradas en delitos de drogas por contextos de vulneración de derechos, el riesgo que se contrapone a la salud pública suele ser el que se deriva de necesidades vitales, ya sean propias o de quienes están a su cargo, tales como hacer frente a requerimientos de salud, alimentación o vivienda. Teniendo en cuenta la jerarquía de los bienes en juego, la intensidad de la afectación y el grado de proximidad del peligro que se evita, es posible encuadrar muchos casos en los que las conductas ilícitas realizadas por las mujeres no producen grandes males a la salud pública (especialmente si se adopta un criterio estricto acerca de lo que significa) frente al mal para la salud o la vida de las mujeres o de sus familiares. Asimismo, si la intensidad de la afectación debe hacerse también en función de las circunstancias personales de los/las titulares de los bienes en pugna, habrá que

232. Ver también *infra*, capítulo 3.

233. La salud pública es el bien jurídico tutelado por las disposiciones de la ley, por tanto, las conductas vinculadas con el tráfico y posesión de drogas representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de estupefacientes en el resto de la población en general. La salud pública implica un ámbito de tutela mucho más amplio cuando se la sustenta desde las convenciones internacionales en la materia, como la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes y la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, que refieren resguardar “la salud física y moral de la humanidad” y “las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”, respectivamente. (D’Alessio y Divito, 2011: 1017-1018).

234. Ver *infra*, capítulo 3.

tener en cuenta la perspectiva de las mujeres al decidir “el mal menor”. Para ello, es preciso considerar sus experiencias enmarcadas en situaciones de pobreza extrema, muchas veces con responsabilidades de cuidado e insertas en una sociedad en la que todavía imperan fuertes roles de género. Ese análisis permitirá advertir que la opción entre los bienes en juego se encuentra fuertemente condicionada por los mandatos sociales imperantes, que prescriben conductas de servicio, abnegación y sacrificio por parte de las mujeres en pos de garantizar los derechos de sus hijos/as y de todos/as aquellos/as que dependen de sus cuidados. En ese contexto, no garantizar lo necesario para la subsistencia de quienes dependen de sus cuidados también puede tener un costo alto para la mujer, por no cumplir con el mandato, y para su grupo familiar, por su dependencia de las tareas de cuidado femenino.

Este tipo de argumentación fue receptado recientemente en el estrato de la antijuridicidad en la causa R. M. C²³⁵, dirigida contra una mujer acusada de transporte de estupefacientes. Su defensa presentó prueba que acreditaba que era víctima de violencia por parte de su expareja, que ella estaba sola a cargo de un hijo de cuatro años y una hija de dos, y que esta última tenía una malformación congénita en sus extremidades superiores que requería realizar una costosa cirugía para lograr una mejor calidad de vida. A partir del alegato de la defensa, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy dictó la absolución por calificar los hechos como una situación de estado de necesidad justificante. Al respecto, sostuvo que “[...] no puede perderse de vista la particularidad que presenta el tipo de delito por el que viene la acusada a juicio, de los denominados de peligro abstracto, y el bien jurídico tutelado por la norma. Ante la realidad de una madre con una nena de tan solo dos años que sufre en carne propia las limitaciones de su hija a diario, como mal que intenta proteger, la salud pública se presenta como un valor que se desdibuja, que quizá ni siquiera llegó a representarse como ocurriría con el daño concreto que se puede producir a otros bienes, tales como la propia persona o el patrimonio de un tercero. Con esto quiero decir que M. R. fue consciente de que su conducta era ilegal y asumió el riesgo de poner en peligro su propia libertad, pero tal vez ni siquiera se representó ni fue consciente de que con el transporte del alcaolide puso en riesgo la salud pública”.

Por otra parte, en los supuestos de mujeres que actúan en contextos de coacción (por parte de su pareja sentimental o de otra persona), es útil evaluar la entidad del sufrimiento físico y mental padecido o amenazado para demostrar la intensidad de la afectación (Picco y Anitua, 2012: 238). “Esta evaluación contextual, además resulta válida para demostrar que la mujer mula no suele disponer de un medio menos lesivo e igualmente idóneo para disipar el peligro inminente que la amenaza” (Picco y Anitua, 2012: 238).

Además, el Código Penal requiere que el mal que se quiere evitar sea inminente. Al respecto, se ha propuesto que los criterios para comprobar la proximidad del peligro o

235. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, R. M. C, causa n.º 12570/2019, rta.: 08/11/2019. Además del contexto de vulnerabilidad económica, el fallo contiene valiosas consideraciones en relación con el modo en que se dio por acreditada la violencia de género y a su conceptualización como violencia física y económica.

lesión no necesariamente deben ser rígidos en términos temporales. Para ello, se acude al concepto de “peligro permanente”, en el que una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decidir exactamente cuándo sucederá tal cosa (Roxin, 2014: 903). De esta manera, “en los casos de las ‘mulas’, las situaciones coercitivas creadas por la repetición constante y sistemática de las amenazas, que en muchos casos van acompañadas por persecuciones y hostigamientos, tornan innecesario que en el momento previo de la comisión del delito se renueven explícitamente las amenazas de sufrir un mal en caso de negarse a efectuar la conducta exigida” (Picco y Anitua, 2012: 237). Asimismo, en los supuestos de mujeres que se involucran en delitos de drogas por situaciones de violencia por parte de sus parejas, el peligro permanente está dado por el carácter continuo y cíclico de la violencia de género en su modalidad doméstica.

e. Cuestionamientos en el ámbito de la culpabilidad

Dada la mayor predisposición de la jurisprudencia a reconocer eximentes por violencia de género en el estrato de la culpabilidad, una vía con mayor posibilidad de éxito para la defensa puede ser el planteo de una causal exculpatoria, antes que justificante. Por otra parte, es posible encontrar operadores/as que estén dispuestos a reconocer que la mujer obró en un contexto de ponderación de males, pero que el bien salvado no es mayor al provocado, por lo que correspondería aplicar el estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2 CP).

En este plano de la teoría del delito, se enuncia el criterio por el cual “no hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión, o si se prefiere, de libertad para decidir” (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 672). Bajo esa premisa, en los supuestos de mujeres acusadas en el marco de relaciones sentimentales marcadas por la violencia, es pertinente incorporar a la teoría del caso el argumento de ausencia de alternativas de las víctimas de violencia. En este sentido, es útil presentar los obstáculos objetivos y subjetivos que afrontan las víctimas para denunciar y/o salir del vínculo violento. En ese trance, la exigencia de actuar conforme a derecho se torna una exigencia heroica, no reprochable por el derecho. En particular, es importante demostrar que enfrentarse a la pareja agresora —para oponerse a la tenencia o transporte, o para rechazar que traiga al domicilio la sustancia ilegal— puede implicar exponerse a un riesgo mayor.

En contextos de extrema vulnerabilidad también se verifican situaciones en las que el ámbito de autodeterminación de las mujeres estuvo muy reducido. En esos supuestos, la carencia de alternativas para realizar la conducta lícita está enmarcada por la ausencia de oportunidades reales de las acusadas para satisfacer sus necesidades básicas o las de su grupo familiar a cargo, en especial, cuando se trata de mujeres en contextos de precariedad económica que están a cargo de hogares monoparentales. Esas mujeres asumen de manera preponderante el rol de cuidado de otros/as, y deben compatibilizar los requerimientos de atención de niños/as, ancianos/as, enfermos/as y otras personas que

dependen de ellas con la necesidad de proveer los recursos económicos necesarios para la subsistencia. El rol de género socialmente asignado en el sistema de cuidados tiene un impacto diferencial en condiciones económicas adversas y discriminatorias por motivos de género²³⁶, sin contar siquiera con el amparo de políticas públicas, porque las mujeres “amortiguan” los efectos de la falta de ayuda del Estado para todo el grupo familiar. En ese contexto, el trabajo informal, incluso ilegal, puede ser el único modo disponible que tienen a su alcance para atender las necesidades del grupo familiar a cargo, frente a la ausencia estatal y de otros adultos responsables. En esta línea de argumentación, Patricia Laurenzo²³⁷ presenta argumentos desarrollados para la conformación de una eximente de pena específica en los casos de penuria económica, que bien pueden traerse a este ámbito de la teoría del delito y, además, permitirían superar el debate acerca de la inminencia o no del riesgo que se quiso evitar.

El contexto de vulnerabilidad fue especialmente valorado para adecuar la infracción a la ley de drogas en una situación de estado de necesidad disculpante en el caso MPC²³⁸, en el que una mujer travesti fue imputada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Si bien las trayectorias vitales de las personas pertenecientes al colectivo trans presentan factores de vulnerabilidad específicos²³⁹, el peso dado al contexto de necesidad bien puede ser presentado para el tipo de casos en estudio. En aquel caso, el juzgado dictó el sobreseimiento con remisión al dictamen fiscal que propició el encuadre en el artículo 34, inciso 2, del Código Penal. En la presentación fiscal se dijo que “nos encontramos ante una mujer trans en una situación de extrema vulnerabilidad que por problemas sistémicos carece de posibilidades de inserción en el mercado laboral, de acceso a bienes culturales y económicos, al derecho a la salud, al trabajo y a una vivienda digna; todo lo cual, en definitiva, la pone frente a un marco en el que su vida misma se ve amenazada. Por las circunstancias particulares de la procesada, su posibilidad de autodeterminación y de motivación en la norma se veía sumamente restringida. Así, la actividad que fue conjurada en el marco de estas

236. Las estadísticas oficiales locales, regionales y universales dan cuenta de que las mujeres sufren discriminación para acceder a un puesto de trabajo, y que cuando lo logran acceden a empleos precarizados y peor pagados, lo que se vuelve estructuralmente muy difícil para ellas acceder a un empleo que les permita obtener un ingreso digno para la satisfacción de las necesidades familiares y poder ejercer el rol de cuidado, frente a un Estado carente de políticas públicas de cuidado. Ver al respecto la discriminación por sexo en el acceso al empleo formal e informal, en los índices de desocupación y subocupación, la inserción de mujeres en rubros menos valorados, la brecha salarial entre varones y mujeres, entre otros condicionantes discriminatorios por razones de género en el trabajo.

237. Ver *infra*, capítulo 3.

238. Juzgado Criminal y Correccional Federal n.º 6, MPC, causa n.º 3873/2018, rta.: 23/09/2019, con remisión al dictamen del fiscal Franco Picardi. En igual sentido, dictamen de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 5, Pezo Silva, Erika Paola y otros s/infracción Ley 23737, causa n.º 1 5278/17, rta.: 09/04/2019.

239. Al ser indagada, manifestó que ejercía la prostitución y era consumidora de cocaína. En ese contexto, explicó que utilizaba la sustancia para trabajar. El juzgado dispuso la realización de un informe socioambiental. Del informe se desprende que la mujer había atravesado su infancia y adolescencia en un contexto de extrema vulnerabilidad económica. En tal sentido, explicó que le había ocultado el género autopercibido a su familia y había tenido dificultad en el acceso a entornos educativos. De ese modo, sostuvo que había trabajado desde los once años y se encontraba en situación de prostitución desde los dieciocho, lo que la había llevado al consumo de sustancias estupefacientes. Por otra parte, señaló que había tenido complicaciones para conseguir una vivienda digna y convivía en un piso con tres personas. Por último, indicó que había estado expuesta a enfermedades de transmisión sexual y a complicaciones en las prácticas de modificación corporal.

actuaciones tenía que ver con el único modo de subsistencia posible que esta tenía a su alcance para evitar un mal grave e inminente. [...] M. P. C. parte de un estado de vulnerabilidad muy elevado y, por lo tanto, el esfuerzo para ser alcanzada por la selectividad del poder punitivo es mínimo, ya que la mera condición de ser mujer transgénero e inmigrante la coloca automáticamente en la mira del mismo”.

Por otra parte, la imposibilidad de reprochar el obrar antinormativo en contextos de libertad reducida está contemplado específicamente en la cláusula de no punibilidad del artículo 5 de la Ley 26364, de prevención y sanción de trata de personas. La norma establece que las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. El presupuesto “parece reconocer que la persona sometida a trata puede estar en una posición similar a quien obra por miedo insuperable. En función de ello, la exclusión de la pena estaría basada en la coerción a la que se ve sometida la víctima y su consecuente limitación para tomar decisiones de forma libre” (Di Corleto, 2011).

La aplicación de la norma de no punibilidad para el caso de mujeres implicadas en delitos de drogas se ha propuesto para los supuestos de mujeres “mulas”, cuando por la modalidad se advierte que se reúnen los requisitos típicos del delito de trata. Concretamente, el ofrecimiento, captación, traslado, recepción o acogida con fines de explotación coincide con los caminos por los que las mujeres incursionan en estos delitos. En particular, es posible encontrar situaciones de explotación, propiciada por el aprovechamiento del contexto de vulnerabilidad, de la cual terceras personas sacan un provecho económico de la actividad realizada por las mensajeras de drogas.

Al respecto, se dice que “más allá de las dificultades probatorias que podría implicar el planteamiento de una excusa absolutoria como la prevista por la ley de trata, lo cierto es que esta estrategia de defensa podría abrir las puertas al reconocimiento de nuevas formas de analizar el estrato de la culpabilidad, en tanto la ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal. Por lo demás, esta estrategia de defensa permitiría otorgar una protección adecuada a las víctimas de trata, no solo en razón del reconocimiento de sus derechos, sino también como una forma de garantizar una adecuada persecución penal de ese delito” (Picco y Anitua, 2012: 253). Algunos fallos posteriores a los relevados en este informe están en proceso de reconocer esta causal exculpatoria²⁴⁰.

Finalmente, Laurenzo Copello²⁴¹ propone una defensa específica para el supuesto de “mujeres pertenecientes a comunidades indígenas que, debido a la ubicación geográfica y como parte de sus costumbres locales, están acostumbradas al contrabando

240. Nos referimos a Martínez Hassan (causa n.º 7158/2016, CFCP, sala I, rta.: 18/10/2018), ya comentado con anterioridad, y a Carrizo Irma María s/infracción Ley 23737 (causa n.º CFP 2091/2019, Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 7, rta.: 13/06/19).

241. Ver *infra*, capítulo 3.

artesanal en reducidas dimensiones de todo tipo de productos [...] entre los que, en algunas ocasiones, incluyen drogas prohibidas". Argumenta la posibilidad de aplicar el llamado "error de comprensión", en los casos de mujeres apegadas a su grupo de pertenencia y apenas relacionadas con otros ámbitos culturales.

f. Determinación de la pena

Dados los elevados montos punitivos de los delitos de estupefacientes, y en consideración a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y razonabilidad, un planteo subsidiario consiste en la posibilidad de imponer una pena inferior al mínimo legal²⁴² en contextos de vulnerabilidad social y de género. Como ya se ha señalado en este trabajo, la perforación del mínimo de la pena legal puede impactar en la libertad de las mujeres imputadas, pues permite derivar en montos punitivos que habilitan una pena en suspenso.

En lo que respecta especialmente a la contemplación de la pena impuesta a mujeres, corresponde destacar que la regla 57 de las Reglas de Bangkok dispone que "se deberán elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas". A su vez, la regla 58 dice que "[...] cuando proceda y sea posible, se utilizarán mecanismos opcionales en el caso de las mujeres que cometan delitos, como las medidas alternativas y otras que sustituyan a la prisión preventiva y la condena". La regla 60 reitera la necesidad de prever medidas no privativas de libertad, y reconoce entre los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal la violencia de género y la falta de posibilidades reales de acceder al empleo. También, la regla 61 establece que "al condenar a las delincuentes, los tribunales tendrán la facultad de examinar atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo, teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular". De modo que los avances internacionales²⁴³ también son consistentes en la necesidad de considerar los antecedentes de victimización y las responsabilidades de cuidado, a la hora de determinar el monto y la modalidad de la pena.

242. Además de los fallos citados en este informe que perforaron el mínimo legal, en doctrina sostienen esta posibilidad: Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 995-996; Devoto, 2007; Juliano, 2004.

243. Según la Corte Suprema, "[L]as Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad" (CSJN, fallos 328: 1146). También para la Corte IDH las Reglas Mínimas constituyen un documento reconocido para interpretar el contenido del derecho de las personas privadas de la libertad a un trato digno y humano (Corte IDH. *Mendoza y otro vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 14 de mayo de 2013, párr. 189). De modo que cabe afirmar lo mismo de las Reglas de Bangkok, en la medida que complementan las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas (hoy en día, actualizadas por las Reglas de Mandela; cf. Reglas de Bangkok, Observaciones Preliminares, ap. 2).

En el ámbito interno, esas reglas fueron receptadas en la Recomendación VI del Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias, que recomiendan al Poder Judicial que en el “momento de adoptar medidas relativas a la prisión preventiva y/o a la condena, tengan presente lo dispuesto en las Reglas de Bangkok (n.ºs 57, 58, 60, 61, 62, 63 y 64) y demás estándares en materia de derechos humanos de las mujeres, vinculado a la excepcionalidad del encierro y la necesidad de implementar medidas no privativas de la libertad. Con esa finalidad, será procedente indagar y valorar las responsabilidades de cuidado y los antecedentes de victimización por violencia de género que tienen las mujeres en conflicto con la ley penal”.

Bibliografía

Libros y artículos

- Alderete Lobo, R. (2017). Reforma de la Ley 24660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. En A. Ledesma y M. Lopardo, *El debido proceso penal*, tomo 5. Buenos Aires: Hammurabi.
- Araújo Rebouças, S. B. (2013). Autoría y participación en los delitos de tráfico de drogas: derecho penal español y derecho comparado. *Revista da Faculdade de Direito*, 34(1). Fortaleza.
- Blanco Cordero, I. (2011). Caso de la mujer que lava ropas del secuestrado. En P. Sánchez-Ostiz Gutierrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*. Madrid: La Ley.
- Carrera, M. L. (2019). Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. Responder penalmente por lo que no se ha cometido. *Estudios de jurisprudencia*. MPD, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2019.09.%20Mujeres%20de%20las%20circunstancias%20y%20delitos%20de%20drogas.pdf>, último ingreso 01/11/2019.
- CELS, MPD y PPN (2011). *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- D'Alessio, A. (dir.) y Divito, M. (coord.) (2011). *Código Penal comentado y anotado*, tomo II, 2.ª edición. Buenos Aires: La Ley.
- Del Olmo, R. (1988). Droga y criminalización de la mujer. *Revista Nueva Sociedad*, 93. Buenos Aires.
- Devoto, E. (2007). De los mínimos de las escalas penales y la irracionalidad de las respuestas punitivas. Un camino con un retorno posible. *Revista Jurídica*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Di Corleto, J. (2011). Trata de personas con fines de explotación. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, año V, 6. Buenos Aires.
- Di Corleto, J. y Carrera, M. L. (2017). Responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia de género. Lineamientos para una defensa técnica eficaz. *Revista Defensores del Mercosur*.
- Di Corleto, J. y Piqué, M. L. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. En J. Hurtado Pozo (dir.) y L. C. S. Ticllacuri (coord.), *Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne*. Lima: Instituto Pacífico.
- Di Corleto, J. y Varela, A. (2019). *El informe pericial y el concepto de tenencia en casos de drogas*, módulo II. MPD, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia.
- Erbetta, D. A. y Franceschetti, G. D. (2006). *Ley de drogas: desfederalización a la carta*. Buenos Aires: La Ley. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina42094.pdf>, último ingreso 01/11/2019.

- Falcone, R. A. (2007). La tenencia de estupefacientes en el derecho penal argentino. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33432.pdf>, último ingreso 01/11/2019.
- Giacomelo, C. (2013). *Mujeres, delitos de droga y sistemas penitenciarios en América Latina*. Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas. Documento informativo del IDPC.
- Hopp, C. (2017a). "Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal. En J. Di Corleto, *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Ediciones Didot.
- Juliano, M. A. (2004). La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales. *Revista Pensamiento Penal del Sur*, 1. Buenos Aires: Fabián Di Plácido Editores.
- Lopes Cerqueria, D. (2018). Valoración y estándar de prueba en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de violencia de género. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 17/18. Recuperado de <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/375>, último ingreso 01/11/2019.
- Magariños, M. (2008). *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: AdHoc.
- MPD, Comisión sobre Temáticas de Género (2015b). *Punición & maternidad. Acceso al arresto domiciliario*. Buenos Aires. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Genero%20Arresto%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf>, último ingreso 01/11/2019.
- Picco, V. y Anitua, G. (2012). Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres "mulas". En MPD, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*. Buenos Aires.
- Roxin, C. (2014). Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. *Derecho penal: parte general*, tomo 1. Buenos Aires: Civitas – Thomson Reuters.
- Samaranch, E. A. y Di Nella, D. (2017). Mujeres y cárceles en América Latina. Perspectivas críticas y feministas. *Papers*, 102(2). Barcelona.
- Zaffaroni, E. R. (1994). La legislación antidroga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila Editores Latinoamericana. Citado por Falcone, R. A. (2007). La tenencia de estupefacientes en el derecho penal argentino. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2007/07/doctrina33432.pdf>, último ingreso 01/11/2019.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- Zelada, C. J. y Ocampo Acuña, D. A. (2012). Develando lo invisible: la feminización de los estándares de prueba sobre violencia sexual en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho en Libertad*, 9. Recuperado de http://www.dplf.org/sites/default/files/valoracion_y_estandar_de_prueba.pdf, último ingreso 01/11/2019.

Informes

- CIDH (2017). *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.164.
- Consejo de Derechos Humanos, Mujeres Privadas de Libertad (2019). *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*. A/HRC/41/33.
- Cornell Law School's Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic, Defensoría General de la Nación y The University of Chicago Law School's International Human Rights Clinic (2013). *Mujeres en prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias*. Recuperado de <https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf>, último ingreso 01/11/2019.

MPD, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia (2016). *Consulta destacada. Transporte de estupefacientes*. Buenos Aires. Recuperado de <http://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2016.03.%20Transporte%20de%20Estupefacientes.pdf>, último ingreso 01/11/2019.

MPD, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia (2017). *Boletín de jurisprudencia. Contrabando*. Buenos Aires. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2017.11.%20Contrabando.pdf>, último ingreso 01/11/2019.

MPF, Procuraduría de Narcocriminalidad (2014). Ley de desfederalización parcial de la competencia penal en materia de estupefacientes (Ley 26052). Estudio preliminar sobre su implementación. Buenos Aires. Recuperado de https://www.mpf.gov.ar/procunar/files/2014/04/Informe_Ley_de_Desfederalizaci%C3%B3n_5-5.pdf, último ingreso 01/11/2019.

Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA), Consorcio Internacional de Políticas de Drogas (IDPC), Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y Dejusticia (2016). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento*.

Sistema de Coordinación y Seguimiento de Control Judicial de Unidades Carcelarias (2016). Recomendación VI/2016. Derechos de las mujeres privadas de la libertad. Género en contextos de encierro. Buenos Aires.

Documentos de organismos internacionales

Asamblea General de Naciones Unidas (2011). *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). A/RES/65/229. Comité CEDAW (2015). Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33.

Jurisprudencia internacional

Comité CEDAW. X v. Timor Oriental. Comunicación n.º 88/2015. CEDAW/C/69/D/88/2015, 25 de abril de 2018. CIDH. Jessica Lenahan (Estados Unidos). Informe n.º 80/11. Caso 12626. Fondo, 21 de julio de 2011.

Corte IDH. Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

Corte IDH. Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

Corte IDH. González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH. Gonzales Lluluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015.

Corte IDH. Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2017.

Corte IDH. J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013.

Corte IDH. López Soto y otros vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

- Corte IDH. Mendoza y otro vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.
- Corte IDH. Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH. Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.
- Corte IDH. Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014.
- Corte IDH. Caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018.

Jurisprudencia nacional

- CSJN, Acosta González, Agustín y otros s/extradición art. 14, 1.º párrafo Ley 23737, causa 28/05, A. 2186. XLI, rta.: 23/04/2008.
- CSJN, fallos: 328: 1146, Verbitsky, Horacio s/*habeas corpus*, rta.: 03/05/2005.
- CSJN, fallos: 329: 6019, Vega Giménez, Claudio Esteban s/tenencia simple de estupefacientes, rta.: 27/12/2006.
- CSJN, fallos: 332: 1963, Arriola, Sebastián y otros s/causa n.º 9080, rta.: 25/08/2009.
- CSJN, fallos: 333: 405, Baldivieso, César Alejandro s/causa n.º 4733, rta.: 20/04/2010.
- CSJN, fallos: 338: 1504, Lemos, Ramón Alberto s/causa n.º 11216, rta.: 09/12/2015.
- CSJN, fallos: 341: 150, Aparicio, Patricia Aurelia y otros si infracción Ley 23737 (art. 5, inc. c), rta.: 27/02/2018.
- CSJN, Staneatti, Oscar s/causa n.º 462/2013, CSJ 578/2014 (50-S) ICS1, rta.: 24/05/2016.
- CSJN, fallos: 341: 207, Fredes, Gonzalo Arturo y otros s/causa n.º 13904 (en disidencia Horacio Rosatti), rta.: 06/03/2018.
- CSJN, fallos: 341: 706, Tortoriello de Boero, Mónica Alejandra s/contrabando artículo 863 - Código Aduanero, rta.: 28/06/2018.
- CFCP, sala I, Martínez Hassan, Lourdes Silvana, causa n.º 7158/2016, rta.: 18/10/2018.
- CFCP, sala I, Altamirano, Jennifer Pamela, causa n.º 91001193/2012, rta.: 22/11/2016.
- CFCP, sala I, Bartolo, S. V. y otros s/recurso de casación, causa n.º 81000854/2013, rta.: 24/10/2016.
- CFCP, sala I, Delgado Acevedo, Analía Verónica, causa n.º 12060000/2013, rta.: 23/11/2017.
- CFCP, sala I, Figueredo Taboada, causa n.º 86000157/2012, rta.: 15/07/2016.
- CFCP, sala I, González, Iván; Jadur, Omar Rosendo s/recurso de casación, causa n.º 8675/2016, rta.: 14/11/2017.
- CFCP, sala I, Gutiérrez Hurtado, Rosa Esther, causa n.º 457/2014, rta.: 20/05/2015.
- CFCP, sala I, Machuca, Graciela Beatriz, causa n.º 33021172/2011, rta.: 10/02/2017.
- CFCP, sala I, Montecino, Edith Elizabeth, causa n.º 83000820/2012, rta.: 27/09/2016.
- CFCP, sala I, More, causa n.º 783/2017, rta.: 15/06/2017.
- CFCP, sala II, Godoy, María Noelia, causa n.º 9277/2014, rta.: 05/04/2017.
- CFCP, sala II, Gómez, Gladis Fabiana, causa n.º 17362/2014, rta.: 08/09/2016.
- CFCP, sala II, Mañapira, Patricia, causa n.º 5200000/2016, rta.: 29/09/2017.
- CFCP, sala II, Ortuño Saavedra, Fabiana Nair s/recurso de casación, causa n.º 14288, rta.: 18/05/2012.
- CFCP, sala III, Cuba, Lidia Paola, causa n.º 573/2013, rta.: 24/06/2015.
- CFCP, sala III, Martínez, Elena Raquel, causa n.º 52001365/2012, rta.: 30/12/2015.

CFCP, sala III, Masseta Oyoquipa, César Alejandro y otro s/recurso de casación, causa n.º 33927/2014, rta.: 09/10/2017.

CFCP, sala IV, Gallardo, Jéscica Lucía Elizabeth, causa n.º 19/2014, rta.: 24/06/2015.

CFCP, sala IV, Gómez, Analía Verónica, causa n.º 55018152/2012, rta.: 23/12/2015.

CFCP, sala IV, Ortiz Díaz, Jesús Ezequiel y otros s/recurso de casación, causa n.º 10360/2015, rta.: 19/06/2018.

CNCP, sala I, Santolamazza, Alfredo Enrique y otro s/recurso de casación, causa n.º 1282, rta.: 31/07/2012.

CNACyC, Frías, Natividad s/aborto, plenario, rta.: 26/08/1966.

CNACyCF, sala 2, Larrea Lesme, Sonia Ramona, causa n.º 112/17, rta.: 15/09/2017.

CNAPE, sala A, Vera Romero, Ivana Raquel, causa n.º 1277/2016, rta.: 27/10/2016.

CNAPE, sala B, Hernández Zuluaga, María Fernanda, causa n.º 982/2011, rta.: 27/05/2016.

Cámara Federal de Salta, sala 2, Suárez Eguez, Claudia, causa n.º 20356/2017, rta.: 10/10/2018.

Cámara Federal de Salta, sala I, Acuña, Roxana Noelia, causa n.º 12326/2013, rta.: 09/05/2017.

TOCF 2 de la Capital Federal, González, Adriana Litz, causa n.º 2579, rta.: 23/03/2017.

TOCF de Catamarca, Caballero Flores, Plácida, causa n.º 5857/2014, rta.: 30/11/2015.

TOCF de Jujuy, Martínez Hassan, Lourdes Silvana, causa n.º 7158/2016, rta.: 01/12/2017.

TOCF de Jujuy, R., M. C, causa n.º 12570/2019, rta.: 08/11/2019.

TOCF de Salta, F. J. L., causa n.º 9536, rta.: 16/08/2016.

TOCF de Salta, Mañapira, Patricia, causa n.º 5200000/2016, rta.: 07/11/2016.

TOCF de Salta, Tercero s/infracción Ley 23737, causa n.º 10818/2019, rta.: 05/08/2019.

TOPE 1, GAH, causa n.º 41013163/2005, rta.: 23/09/2015.

TOPE 1, González, Patricia Noemí, causa n.º 990000245/2011, rta.: 17/11/2016.

TOPE 1, Zarzoli, Rosalía Inés, causa n.º 2578/2014, rta.: 02/10/2015.

TOPE 2, Asturayme Mauricio, Paulita Verónica, causa n.º 1150/2017, rta.: 05/04/2018.

TOPE 2, Cuba, Lidia Paola, causa n.º 573/2013, rta.: 11/06/2014.

TOPE 2, DLG, causa n.º 1724/2010, rta.: 02/11/2015.

TOPE 3, Leiva Cabana, Norma, causa n.º 1306/2014, rta.: 08/11/2017.

TOPE 3, RDE, causa n.º 990000124/2012, rta.: 07/04/2017.

TOPE 3, Vera Romero, Ivana Raquel, causa n.º 1277/2016, rta.: 10/04/2017.

Dictamen Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 5, Pezo Silva Erika Paola y otros s/infracción Ley 23737, causa n.º 15278/17, rta.: 09/04/2019.

Juzgado Criminal y Correccional Federal 4, Larrea Lesme, Sonia Ramona, causa n.º 112/17, rta.: 27/07/2017.

Juzgado Criminal y Correccional Federal n.º 6, MPC, causa n.º 3873/2018, rta.: 23/09/2019.

Juzgado en lo Penal Económico 3, Leiva Cabana, Norma, causa n.º 1306/2014, rta.: 26/04/2016.

Juzgado Federal de Jujuy n.º 2, Suárez Eguez, Claudia, causa n.º 20356/2017, rta.: 28/11/2017 y 11/12/2018.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 7, Carrizo Irma María s/infracción Ley 23737, causa n.º 2091/2019, rta.: 13/06/19.

Juzgado Nacional en lo Penal Económico 6, Asturayme Mauricio, Paulita Verónica, causa n.º 1150/2017, rta.: 10/08/2017.

PARTE 2

Capítulo 3. La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema²⁴⁴

Patricia Laurenzo Copello

1. Hipótesis de partida y objetivos de la investigación

Tanto el estudio jurisprudencial elaborado por el MPD²⁴⁵ como los informes sociales del Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad que se han realizado en el contexto del presente proyecto revelan que existen ciertos espacios de criminalidad femenina en los que se repiten una y otra vez circunstancias vitales muy parecidas, asociadas a la violencia latente o explícita que sufren las mujeres infractoras por razones de género o a condiciones de marginalidad económica y social igualmente atravesadas por estereotipos de género. En algunas causas judiciales estas circunstancias se tienen presentes en el momento de la determinación de la pena o, en el mejor de los casos, para graduar la culpabilidad de la autora, pero siempre de una manera marginal, sin concederles un papel relevante en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad que fundamentan la responsabilidad penal.

El objetivo de este trabajo es someter a verificación el procedimiento por el que se constata la concurrencia de los distintos presupuestos del delito en los casos de mujeres que delinquen en situaciones de violencia o vulnerabilidad con el fin de perfeccionar las estrategias de defensa en los procesos judiciales.

A diferencia de lo que viene siendo habitual en la práctica de los tribunales, se parte de la hipótesis de que los contextos de violencia habitual o vulnerabilidad extrema por motivos culturales y/o socioeconómicos vinculados con la discriminación de género juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres

244. Informe elaborado para este proyecto de la Defensoría General de la Nación y Eurosocial+.

245. Ver *supra*, capítulos 1 y 2.

y, por ello, pueden influir de forma determinante en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, y no solo en el ámbito de graduación de la pena.

2. Grupos de casos

En la experiencia judicial argentina se detectan al menos tres grupos de casos en los que los condicionantes de género juegan un papel relevante como factor explicativo de la conducta criminal de muchas mujeres:

1. Los llamados “delitos de estatus”, vinculados con roles marcadamente femeninos (como el papel de madre-cuidadora derivado de la función de engendrar y de la subsiguiente maternidad).
2. El homicidio del compañero sentimental que previamente ha sumido a la mujer en situaciones de violencia grave y continuada.
3. Conductas relacionadas con el tráfico de drogas, especialmente la venta al menudeo o transporte a pequeña escala (“mulas”).

2.1. Los delitos de estatus

Se conocen como “delitos de estatus” aquellos que se vinculan con roles tradicionalmente atribuidos a las mujeres en el ámbito doméstico o en materia de sexualidad (Maqueda Abreu, 2014: 106).

En el contexto del heteropatriarcado, la función reproductora de las mujeres ha sido uno de los factores más decisivos y potentes para perfilar los roles propios de la feminidad (Pitch, 2003: 78). La construcción ideológica de la maternidad como el destino natural del género femenino ha servido de base para atribuir a las mujeres un deber primigenio de cuidado y responsabilidad sobre sus hijos/as²⁴⁶ que influye de manera relevante en la valoración jurídica de sus actos. Cuando una mujer mata a su bebé recién nacido o no protege a sus hijos/as frente a algún peligro grave que les acecha, sea por razón de una enfermedad o de la actuación agresiva de terceros, su conducta no solo se valora desde el punto de vista de los bienes jurídicos afectados (vida, salud o integridad del menor), sino también como una forma de desobediencia a una norma moral asociada al rol de madre-cuidadora. Aparece así un componente específico de reproche que, aun sin estar explícito en la ley, se filtra en la valoración de la conducta (Di Corleto, 2018: 17) y puede influir en la determinación judicial de la responsabilidad penal de la mujer.

246. Sobre la fuerte implicación de la ética del cuidado en el juicio moral de las mujeres que rechazan un embarazo, Gilligan, 1985: 179 y ss., 207 y 225.

En atención a la forma que adquiere el comportamiento penalmente relevante (acción u omisión) es posible distinguir dos grupos de delitos de estatus que resultan de interés para nuestro estudio:

1. Por una parte, los supuestos de no evitación de lesiones u homicidio de los hijos/as causados por un tercero —generalmente la pareja sentimental—. En la práctica judicial argentina estos hechos suelen calificarse, según las circunstancias concretas, bien como delito de abandono de personas (en su caso, con resultado de muerte o lesiones) o bien como homicidio en comisión por omisión agravado por el vínculo.
2. Por otro lado, desde el punto de vista de los comportamientos activos, destacan los casos en los que una mujer da muerte a su hijo/a recién nacido/a, un supuesto que, ante la ausencia de la histórica figura del infanticidio, da lugar a su tipificación como delito de homicidio agravado por el vínculo.

El componente intrínseco de género que es propio de los delitos de estatus se detecta de forma muy significativa cuando se trata de concretar el alcance del deber jurídico de garante derivado del vínculo que, si bien en abstracto es igual para mujeres y hombres, en la práctica suele valorarse en términos más rigurosos para la madre por esa responsabilidad reforzada que se infiere del rol de cuidado atribuido de forma prioritaria al género femenino. En el caso del infanticidio, a ello se une la obligación moral de aceptar la maternidad por una especie de “llamado de la naturaleza”, que tiene preferencia frente a cualquier otra situación personal o contexto social que presione en sentido contrario. En algunas legislaciones (como es el caso de la argentina), esa obligación “natural” de ser madre a cualquier precio se concreta en fuertes restricciones para acceder a un aborto legal, lo que en la práctica se traduce en la continuación de embarazos no deseados que no pocas veces vienen acompañados de condiciones muy adversas para las mujeres, como la soledad, el aislamiento social y familiar e, incluso, la violencia explícita o implícita, circunstancias todas ellas que pueden desembocar en el rechazo (y a veces la muerte) del recién nacido.

Por eso, en los delitos de estatus es imprescindible contar con esa sobrecarga de género a la hora de valorar el hecho y sus consecuencias penales. Solo así es posible sacar a la luz los sesgos sexistas que con frecuencia aparecen en el proceso de determinación de la responsabilidad penal de las mujeres, sea porque se prescinde del contexto de precariedad o violencia que podría condicionar el qué y el cómo de la exigibilidad de la conducta o, por el contrario, porque al establecer el alcance del deber en la concreta situación de peligro de los hijos/as se filtran estereotipos asociados al papel de madre-cuidadora que amplían de modo desmesurado la exigencia de realizar la conducta salvadora (Hopp, 2017: 19).

Por una vía u otra, parece que todo gira en torno a la idea de exigibilidad como criterio regulativo que puede operar tanto en el ámbito de la tipicidad (especialmente para

determinar el alcance del deber de actuar en los delitos de omisión) como en el de la culpabilidad, tal como se irá viendo en el proceso sistemático de verificación que realizaremos en los siguientes apartados a partir de los diferentes juicios que componen la teoría jurídica del delito.

a. Delitos vinculados al incumplimiento de deberes de amparo activo

Los supuestos de omisión que con mayor frecuencia enfrentan a las mujeres con la justicia penal en materia de delitos de estatus están relacionados con situaciones de peligro para la vida o la integridad de sus hijos/as, creadas por la conducta violenta de su pareja sentimental. Esquemáticamente pueden resumirse en las siguientes conductas:

- Abstenerse de impedir que el hombre agrede al menor causándole lesiones o la muerte en su presencia.
- No proporcionar asistencia médica inmediata al menor después de una paliza del compañero sentimental.
- Dejar al hijo/a al cuidado de la pareja a pesar de ser consciente de que maltrata al menor, produciéndose una agresión en su ausencia que deriva en lesiones o muerte del niño/a.

En la práctica, muchos de estos casos vienen precedidos por contextos de violencia habitual severa que no solo afectan a los hijos/as, sino también a la propia mujer que se ve implicada en los hechos, a veces profundamente afectada por un temor intenso al maltratador. La pregunta es hasta qué punto estas situaciones pueden —o deben— tenerse en cuenta en la valoración penal del comportamiento de la madre y, en su caso, en qué ámbito de la teoría del delito podrían desplegar un papel significativo.

Como punto de partida, y teniendo en cuenta que se trata siempre de conductas omisivas, conviene aclarar que todas las figuras penales que entran en consideración se asientan sobre la existencia de una posición de garante derivada de la función de protección que tienen los padres/madres respecto de sus hijos/as (función de protección por el vínculo familiar). Esta premisa vale tanto para los delitos de homicidio o lesiones en comisión por omisión²⁴⁷ (omisión impropia) como para el tipo penal de abandono de personas del art. 106 CP. En el primer caso porque la posición de garante es un

247. En estas páginas no se entrará en el complejo debate sobre la legitimidad o no de la figura de la comisión por omisión que habilita la aplicación de un tipo penal activo a una conducta omisiva a través de criterios de equivalencia, una cuestión muy debatida en la doctrina argentina por la falta de una cláusula general habilitante al estilo de las que existen en otras legislaciones, como es el caso del parágrafo 13 del Código Penal alemán o el art. 11 del CP español (es conocida la opinión discrepante de Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2005: 577-582). Si bien este asunto ha estado presente en algunos casos jurisprudenciales muy relevantes relacionados con la responsabilidad penal de una madre por no impedir que su pareja causara la muerte de su hijo/a (caso Rojas, Romina, entre otros), lo cierto es que la posible inconstitucionalidad de la figura del homicidio en comisión por omisión discurre por derroteros dogmáticos totalmente ajenos a los fines de este trabajo.

elemento intrínseco a la formulación dogmática de los delitos de omisión impropia²⁴⁸ y, en el segundo, porque el tipo penal así lo requiere al circunscribir la conducta típica al abandono de una persona incapaz de valerse por sí misma por quien tiene el deber de mantenerla o cuidarla.

Una primera comprobación inexcusable en el juicio de tipicidad de los delitos de omisión es la capacidad de acción del/la omitente, lo que implica constatar si en la situación concreta estaba en condiciones de cumplir con el deber. En alguna ocasión se ha sugerido que la mujer que se encuentra en una situación grave de violencia de género no está en condiciones de oponerse al hombre que la maltrata para impedirle que golpee a su hijo/a porque ella misma podría acabar siendo víctima de la agresión, por lo que faltaría ya este primer requisito básico de toda omisión típica. Sin embargo, es una opinión ampliamente compartida que la capacidad de acción ha de medirse conforme a la posibilidad *física* de cumplir con el deber (sea por sí mismo o a través de un tercero) (Wohlers, 2010: 537; Roxin, 2014: 756), de modo tal que la coacción psicológica sobre el omitente no impediría apreciar la concurrencia de este requisito. Aplicado a nuestros casos, eso significa que si la madre está en condiciones físicas, por ejemplo, de arrebatar el niño/a al agresor o de llamar por teléfono para pedir auxilio, el hecho de sentirse coaccionada por la actitud agresiva de su pareja, por muy intensa y real que sea, no eliminaría su capacidad de realizar la acción de salvamento. Lo que no significa que esa situación de amenaza latente no pueda tener efectos en otra fase de la determinación de su responsabilidad penal, particularmente en el ámbito de la culpabilidad, como se verá más adelante.

La situación es distinta si observamos al otro gran elemento del que depende el surgimiento del deber de actuar en los delitos de comisión por omisión: la posición del garante²⁴⁹. Si bien se trata de un asunto debatido en la doctrina, existe un amplio grupo de autores que, con razón, condicionan el surgimiento del deber de actuar a que en la situación concreta le sea exigible al garante la realización de la acción protectora del bien jurídico (Stree, 2001: 206; Baldó, 2016: 356)²⁵⁰, en la misma línea que sucede en los delitos de omisión pura, en los que es habitual que la propia ley mencione el riesgo propio o de tercero como límite de la exigibilidad de la conducta²⁵¹.

248. La esencia de la llamada omisión impropia se encuentra en la equiparación del comportamiento omisivo con la causación activa del tipo penal, pero, a su vez, esa equiparación depende de la presencia de un especial deber del omitente de evitar la lesión del bien jurídico. Ver al respecto, Roxin, 2014: 759-764.

249. Un elemento presente también, como se ha visto con anterioridad, en la modalidad de abandono de personas que entra en consideración en los casos que estamos analizando.

250. Ampliamente sobre el debate alemán en torno al papel de la inexigibilidad en los delitos de comisión por omisión, Aguado Correa, 2004: 180 y ss.

251. El parágrafo 323.c del Código Penal alemán resulta especialmente claro en esta línea al condicionar expresamente el surgimiento del deber de socorro a que la acción *sea exigible* conforme a las circunstancias concretas, "especialmente sin riesgo propio significativo y sin la lesión de otros deberes importantes" (el art. 108 del CP argentino dice "sin riesgo personal", el art. 195 CP español "sin riesgo propio ni de terceros"). Aun sin la mención explícita de la exigibilidad, la cláusula de ausencia de riesgo propio o ajeno suele interpretarse como un criterio de inexigibilidad que afecta a la tipicidad (respecto al derecho español, entre otros, Muñoz Conde, 2017: 824; Portilla Contreras, 2011: 730).

La exigibilidad adquiere así un papel central en el tipo objetivo de los delitos de comisión por omisión —al igual que en los de omisión pura— (Wohlers, 2010: 540) en la medida en que se erige en presupuesto imprescindible para que surja el deber de actuar, de modo tal que aun cuando concurren los requisitos generales que determinan la posición de garante (por ejemplo, un vínculo familiar del que se derive la función de protección del bien jurídico²⁵²), la omisión no será típica si en la situación concreta aparecen circunstancias de tal magnitud que hacen inexigible al garante la conducta salvadora (Hruschka, 1988: 158).

Es cierto que la propia naturaleza de la figura penal del garante justifica que el nivel de exigencia en la función de salvaguarda del bien jurídico sea mayor que en los casos de los deberes generales de solidaridad característicos de los delitos de omisión pura. Pero eso no quiere decir que ese deber sea ilimitado, porque el derecho no puede exigir a nadie una conducta que implique el sacrificio o la severa puesta en peligro de su propia vida o de su integridad física, por muy intenso que sea el deber de protección que le incumba sobre terceras personas (Stree, 2001: 206; Hruschka, 1988: 159). Como bien dice Baldó (2016: 358), siempre hay un “nivel normativo máximo” de riesgo exigible, sea propio o de terceros. La conclusión no puede ser, por tanto, que el hecho de ser garante obligue a actuar en todo caso y bajo cualquier circunstancia o, lo que es igual, que cualquier omisión del garante sea típica. El derecho no puede exigir conductas heroicas ni siquiera a quienes tienen una estrecha relación con la víctima que se encuentra en peligro, como sucede con los progenitores. En consecuencia, cuando en una situación concreta se supere el nivel máximo de riesgo exigible al garante su omisión no será típica por ausencia del deber de actuar.

El problema se desplaza entonces a la determinación de los criterios para decidir hasta dónde puede exigirse la conducta de salvaguarda al garante. En la doctrina se suelen reconocer niveles de exigencia distintos en función del grupo de garantes de que se trate, pero siempre bajo la premisa de que todos ellos tienen un límite. Así, por lo que aquí interesa, Silva Sánchez (1986: 307) afirma que “las posiciones de garantía por función de protección de un bien jurídico²⁵³ no abarcan la defensa del mismo contra todos los peligros y en cualesquiera circunstancias”. Ello significa que, si bien los progenitores tienen el deber legal de proteger a sus hijos/as, el alcance de ese deber dependerá de las circunstancias concretas, por ejemplo, del mayor o menor grado de dependencia del menor en atención a su edad o situación, de la naturaleza del bien jurídico en peligro, de la intensidad del riesgo amenazante y, sobre todo, de la posibilidad que tenga el garante de actuar sin poner en serio peligro bienes jurídicos propios.

252. Sobre la teoría de las funciones como criterio para determinar las posiciones de garantía, véase Mir Puig, 2016: 327 y ss.

253. Como es el caso de los progenitores respecto de sus hijos/as.

Y ya en este punto es preciso advertir que la conclusión obtenida ha de regir de modo idéntico para los dos progenitores —madre y padre—, puesto que los deberes legales son iguales para ambos. En la práctica, sin embargo, no siempre sucede así. Una observación atenta de las decisiones judiciales deja al descubierto que, con demasiada frecuencia, al determinarse la amplitud del deber de garante de las mujeres frente a situaciones de riesgo para sus hijos/as, se filtran prejuicios asociados al papel de madre-cuidadora que extienden de forma exagerada su deber específico de salvaguarda, hasta el punto de exigirles conductas casi heroicas (Hopp, 2017: 20). Pero en la configuración del deber de garante materno los sesgos sexistas no solo actúan por exceso —dotándolo de un alcance desproporcionadamente amplio—, sino también por defecto, como sucede cuando se prescinde de un contexto muy grave de violencia de género que en ciertas circunstancias podría hacer inexigible la conducta de salvaguarda. Una inexigibilidad que, como se ha mencionado antes, impide la subsunción típica en las figuras de comisión por omisión (y también en el delito de abandono de personas del art. 106 CP). Dicho de otro modo, si bien la madre es garante respecto de sus hijos por la función de protección que le impone el propio ordenamiento jurídico, el deber de actuar puede decaer si en el caso concreto la realización de la conducta implica un riesgo importante para su propia vida o su integridad. Casos como el de la madre que se abstiene de llevar a su hija al hospital tras una paliza de su pareja sentimental porque este la amenaza con hacerle daño si busca ayuda bien podrían servir de ejemplo (caso González, Marlen Antonella). Ciertamente es que una amenaza aislada sería insuficiente para eliminar el deber de proteger a la niña, pero las cosas cambian si se prueba que la mujer vive en un ambiente de aislamiento social y fuerte dependencia hacia su pareja, sumida en un clima de violencia habitual severo. Porque en estas circunstancias el riesgo para su integridad física se torna muy cercano y probable, lo que puede condicionar seriamente la posibilidad de exigirle que desobedezca a su pareja y lleve a la niña al hospital.

Queda claro, pues, que aun cuando la posición de garante eleva el nivel de riesgo que han de asumir los progenitores ante una situación de peligro para sus hijos/as, esa exigencia no puede ser absoluta y debe ceder, al menos, cuando la realización de la acción debida implique un peligro significativo y cercano para su propia vida o su integridad personal. La inexigibilidad bloquea en estos casos el surgimiento del deber de salvaguarda activa dando lugar a la atipicidad de la conducta (Wohlens, 2010: 539 y ss).

En otras situaciones no es el tipo objetivo el que se ve alterado por la presencia de un contexto de violencia de género, sino la parte subjetiva del delito. Como demuestra la casuística judicial, esto puede suceder cuando una mujer deja a su hijo/a al cuidado de su pareja violenta y este le causa lesiones o incluso la muerte durante su ausencia (caso González Bonorino). La posibilidad de aplicar un delito de abandono de personas (agravado, en su caso, por el resultado de lesiones o muerte) en situaciones de este tipo requiere obviamente que la mujer sea consciente de que con su ausencia está poniendo al menor en una situación de peligro concreto para su vida o su salud, pues

de lo contrario faltaría el dolo²⁵⁴. Y la conciencia del riesgo real que corren los hijos no puede inferirse sin más del conocimiento que tenga la mujer del carácter violento de su pareja, ni siquiera cuando han existido episodios previos de agresiones a los menores. Porque la prueba del conocimiento propio del dolo requiere mucho más que una simple deducción hecha en abstracto. Hace falta comprobar, conforme a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que el/la autor/a sabía que su conducta llevaba implícito el peligro directo de realización del tipo (Frisch, 1983: 119), sin que sea suficiente el conocimiento de un riesgo puramente genérico o indeterminado.

Pues bien, en los casos de mujeres que viven inmersas en contextos de violencia durante largos periodos de tiempo (muchas de ellas socializadas incluso en hábitats familiares de estas características), es posible que esa experiencia previa les impida valorar de forma adecuada la magnitud real del peligro que puede suponer dejar a los/as hijos/as al cuidado de su pareja. Cuando una mujer ha convivido con la violencia —hacia ella o hacia otras personas de su entorno— desde muy joven o desde la infancia, es lógico que parta de la normalidad de este tipo de circunstancias²⁵⁵, lo que muy probablemente le lleve a minimizar los riesgos asociados a esos contextos o incluso a descartarlos en ciertas situaciones concretas (como puede pasar si con frecuencia deja a los niños con su pareja y nunca antes les ha sucedido nada²⁵⁶). Hay una habituación al riesgo que puede impedirle evaluar de forma correcta la magnitud real del peligro que corren sus hijos. Y cuando falta la congruencia entre las representaciones del/ de la autor/a y el peligro objetivamente comprobado sencillamente falta el dolo y estaremos en presencia de un error de tipo²⁵⁷. También en estas circunstancias, en consecuencia, estará ausente un elemento esencial para fundamentar la tipicidad de la conducta del delito de abandono de personas (y con más razón un eventual dolo de homicidio o lesiones).

Se ha sugerido en alguna ocasión que esta línea de razonamiento resulta peligrosa porque podría conducir igualmente a la exclusión del dolo del propio autor de las lesiones o de la muerte del menor, ya que si también él arrastra una larga experiencia de actuación violenta contra su pareja y sus hijos cabría pensar que igualmente en su caso la habituación a este tipo de escenarios violentos le impediría tener conciencia del riesgo real que una paliza puede representar para la vida o integridad del niño o niña al que golpea (Pitlevnik y Zalazar, 2017: 91). Sin duda se trata de una advertencia interesante, pero en mi opinión con pocas posibilidades de concretarse en la práctica judicial ya que, aun prescindiendo por completo del componente de género como

254. No entro aquí en el debate sobre la existencia o no de un elemento volitivo en el dolo de la omisión. Si bien este tema ha tenido cierta presencia en algunas decisiones judiciales relacionadas con delitos de estatus como los que estamos analizando (como en el fallo Rosas de la CSJN), lo cierto es que, en mi opinión, la posible relevancia de los contextos de violencia de género en la determinación del dolo se resuelve siempre en el plano del conocimiento y no en el de la voluntad, por lo que no es necesario entrar en mayores precisiones sobre la estructura subjetiva de la omisión.

255. La falta de percepción del riesgo por habituación a las situaciones de violencia está presente en la jurisprudencia argentina. Ver Hopp, 2017: 30 y ss.

256. Sobre estas bases se resolvió adecuadamente el caso González Bonorino (véase *supra*, capítulo 1).

257. Sobre las particularidades del conocimiento propio del dolo y sus consecuencias desde la teoría del error, ver Laurenzo Copello, 1999: 288 y ss.

factor explicativo de la conducta de la mujer, lo cierto es que desde el punto de vista de la determinación del dolo no es lo mismo realizar directamente la acción que conduce al resultado que omitir un comportamiento que podría evitar ese resultado. Porque ninguna experiencia previa puede neutralizar la valoración adecuada del riesgo de quien con su propio comportamiento lo está creando de forma directa y lo tiene bajo su control —el hombre que golpea de forma brutal a un niño pequeño necesariamente tiene que saber que puede matarlo, aunque nunca antes se hubiera llegado a ese resultado—. En la omisión es diferente porque aquí no se trata de crear el riesgo con la propia conducta sino de no evitar un peligro preexistente, creado por otros. Por eso sí es posible que la habituación a circunstancias semejantes conduzca a un error en la apreciación del peligro y, consecuentemente, a la falta de dolo.

En conclusión, en la tipicidad de los delitos de omisión, los contextos de violencia de género pueden desplegar efectos relevantes en dos espacios diferentes: en el tipo objetivo, para delimitar el alcance de la función de protección del garante que genera el deber de actuar y en el tipo subjetivo, para decidir si concurre o no el dolo.

Por lo que se refiere a la categoría de la antijuridicidad, la posibilidad de acudir a alguna causa de justificación queda limitada a casos muy concretos, como puede suceder si la madre se abstiene de intervenir ante un episodio de maltrato hacia uno de sus hijos para evitar un riesgo serio e inmediato para otro. Piénsese, por ejemplo, en la mujer que sostiene en brazos a un hijo más pequeño para evitar que también él sea objeto de la violencia del maltratador.

Pero en la práctica es en la culpabilidad donde con mayor frecuencia se acude a los precedentes de violencia de género para fundamentar una atenuación (o incluso la exclusión) de la responsabilidad penal de las mujeres que no despliegan una conducta de salvaguarda del hijo/a por encontrarse amenazadas por el hombre violento. En buena medida, esto se debe a que la teoría tradicional sitúa la exigibilidad como un elemento propio de la culpabilidad, entendiendo que no se puede dirigir el juicio de reproche a quien, en una situación concreta, no está en condiciones de actuar de otro modo. Una afirmación que adquiere el máximo protagonismo precisamente en la omisión punible, hasta el punto de que cierto sector doctrinal considera que en los delitos de omisión (sean propios o impropios) “la culpabilidad debe quedar excluida en todos los supuestos de inexigibilidad, aunque la conducta no estuviera comprendida en las causas de inculpabilidad reguladas en el Código [Penal]” (Cerezo Mir, 2001: 138). Sin embargo, en la actualidad prevalece la opinión que concede a la exigibilidad un alcance mucho más amplio, como criterio regulativo que puede desplegar sus efectos en cualquier ámbito del delito y no solo en la culpabilidad²⁵⁸. Por eso, como ya vimos,

258. En realidad, este punto de vista se fraguó ya a mediados del siglo pasado, especialmente de la mano de Heinrich Henkel (1954) (ver al respecto Melendo Pardos, 2002: 499 y ss.); pero ha jugado un papel relevante en la dogmática de los delitos de omisión y es ahí donde mayor protagonismo se le ha concedido como principio regulativo. Ver Silva Sánchez, 1986: 308.

cuando una mujer no actúa para proteger a su hijo/a por el riesgo directo de sufrir ella misma la agresión de su pareja violenta, la no exigibilidad de la conducta actúa ya en el ámbito de la tipicidad, impidiendo que surja el deber de actuar propio de su condición de garante.

Ello no excluye que los contextos de violencia también puedan tener relevancia en el juicio de culpabilidad²⁵⁹, porque está de sobra demostrado que un historial de violencia severa y continua puede generar en la víctima un temor fundado de sufrir represalias si contradice la voluntad del maltratador²⁶⁰, un temor que sin duda puede explicar que la mujer no se encuentre en condiciones de motivarse por la norma que le impone el deber de proteger a sus hijos/as o, al menos, que su capacidad de motivación está fuertemente disminuida, todo lo cual ha de repercutir necesariamente en la graduación de la culpabilidad, pudiendo llegar a excluirla en los casos más severos de violencia de género, aquellos en los que su voluntad está seriamente condicionada por la actitud amenazante y violenta del maltratador.

Bien es verdad que esta última solución puede arrastrar un efecto estigmatizante sobre la mujer que, además, es capaz de producir efectos negativos en su vida social (Pitlevnik y Zalazar, 2017: 77), especialmente en la relación con sus hijos/as, hasta el punto de ser un argumento para arrebatarle su custodia por falta de capacidad para cuidar bien de ellos. Por eso ha de insistirse una vez más en el papel decisivo que cumple el principio de no exigibilidad en el plano de la tipicidad de los delitos de omisión como límite del deber de actuar del garante. Pero cuando no se dan las circunstancias para acudir a esta causa de atipicidad (o sencillamente no se cuenta con aplicadores del derecho dispuestos a reconocerla), hemos de dejar abierta la alternativa del miedo insuperable, una opción que, además, bien interpretada no supone en absoluto predicar la incapacidad general de la mujer para gobernar su vida y la de sus hijos, ya que la imposibilidad de actuar conforme a la norma no se infiere de ningún desequilibrio psíquico, sino de un factor externo (el maltratador) perfectamente localizado y susceptible de ser neutralizado.

b. El infanticidio

Pocos delitos están tan marcados por las representaciones sociales sobre la maternidad y la sexualidad femenina como el infanticidio. Los vaivenes que históricamente se

259. Especialmente cuando no sea posible probar un peligro directo e inmediato para la vida o integridad de la mujer que permita bloquear el deber de actuar y excluir con ello la tipicidad de la conducta o, también, como recurso alternativo si se parte de la concepción clásica de la exigibilidad que concentra todos sus efectos en el ámbito de la culpabilidad.

260. De hecho, este efecto de la violencia de género tiene que ver con su propia naturaleza estructural, porque, como bien dice el Tribunal Constitucional español, al actuar el agresor conforme a una pauta cultural socialmente arraigada genera "gravísimos daños a sus víctimas"; entre los que se encuentra el daño a su seguridad, "con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, por el temor a ser de nuevo agredida" (sentencia n.º 59/2008, de 14 de mayo, Fundamento Jurídico 9).

han producido en el tratamiento penal de las mujeres que matan a su hijo/a recién nacido —sea para atenuar drásticamente la pena o, por el contrario, para aplicarles el máximo rigor punitivo a través de la figura del parricidio— responden a profundos estereotipos de género que basculan entre la predisposición a la locura de las mujeres en el puerperio y la maldad intrínseca de quienes se apartan del rol protector “natural” de toda mujer-madre (Maqueda Abreu, 2014: 38; Di Corleto, 2018: 206; Virto, 1998: 126).

Razones vinculadas a una concepción más abierta y moderna de la sexualidad femenina llevaron a que en el ocaso del siglo XX muchos países del mundo occidental optaran por derogar la tradicional figura del infanticidio²⁶¹ que atemperaba la sanción penal de la mujer cuando mataba al recién nacido “para ocultar su deshonra”, un cambio de rumbo que, en general, fue bien recibido por los tintes moralizantes que sin duda estaban detrás de la atenuante de honor. Sin embargo, este giro político-criminal no vino acompañado de ninguna medida capaz de captar en términos normativos las particularidades que se detectan en casi todos los casos de infanticidio que llegan a los tribunales²⁶². No faltan interesantes lecturas feministas que advierten sobre la estrecha relación que guarda el infanticidio con diversos procesos sociales de discriminación de género que de un modo u otro influyen sobre el comportamiento criminal de quienes dan muerte a su hijo/a inmediatamente después del nacimiento: desde la prohibición del aborto que aboca a las mujeres más vulnerables a afrontar embarazos no deseados hasta situaciones de aislamiento y precariedad extrema como resultado del rechazo que provoca un embarazo clandestino —no pocas veces producto de una violencia sexual invisibilizada— en su círculo más cercano. Y lo cierto es que la alternativa de ignorar sin más estos sesgos de género, bajo el amparo de la falsa neutralidad de la ley penal, inevitablemente tiende a producir resultados injustos para las mujeres (Virto, 1998: 159).

Con todo, la ausencia de soluciones específicas en la propia legislación penal no impide que los tribunales puedan —y deban— tener en cuenta las difíciles condiciones vitales que encierran muchos casos dramáticos de mujeres que matan a sus bebés recién nacidos. La pregunta es cómo y dónde hacerlo. En mi opinión, ni la tipicidad ni la antijuridicidad son espacios adecuados para abordar este asunto, ya que el juicio de ilicitud es inevitable cuando alguien causa dolosamente la muerte de otra persona y no concurre un conflicto objetivo de intereses que incline la balanza en favor de la conducta típica. En cambio —como bien se puso de manifiesto en el debate doctrinal que suscitó en Argentina el caso Tejerina— una situación vital de extrema vulnerabilidad,

261. En Argentina se apeló, sin embargo, a la protección de la infancia en atención a la Convención de los Derechos del Niño, Di Corleto y Pitlevnik, 2011: 82.

262. Una excepción la encontramos en el Código Penal italiano que, en lugar de derogar sin más la figura del infanticidio, en el año 1981 procedió a sustituir la tradicional “causa de honor” por una fórmula más objetiva destinada a captar las particularidades de esta conducta criminal de las mujeres sin incurrir en prejuicios morales sobre la sexualidad femenina. Concretamente, el art. 578 recoge el infanticidio en los siguientes términos: “La madre que cause la muerte del recién nacido inmediatamente después del parto, o del feto durante el parto, cuando el hecho esté determinado por condiciones de abandono material o moral conectadas al parto [...]” (sobre el proceso de aprobación de esta figura y los debates parlamentarios, ver Virto, 1998: 137 y ss.)

soledad o abandono de la autora del hecho en el momento de realizar la acción sí que puede tener influencia en la determinación de la culpabilidad, en particular si se juega un papel relevante en el principio de inexigibilidad de otra conducta.

Como bien se describe en el informe del MPD que forma parte de nuestro proyecto²⁶³, el perfil de las mujeres que cometen un infanticidio se corresponde con el de personas de muy escasa instrucción, con antecedentes de aislamiento familiar y social, episodios de violencia sexual previa, escasa capacidad de comunicación con el entorno, extrema pobreza y en ocasiones consumo de estupefacientes, una serie de factores capaces de configurar un marcado déficit de normalidad motivacional difícilmente compatible con el fundamento mismo del juicio de culpabilidad. Sin embargo, tratándose de un caso paradigmático de “mala madre”, resulta casi inevitable que se filtren estereotipos sexistas que apuntan precisamente en sentido contrario, reforzando la desvaloración penal de la conducta con el reproche moral dirigido a la mujer que desoye el llamado de la naturaleza y hace daño a su vástago recién nacido. Esto se pone de manifiesto en el voto en disidencia de los jueces Fayt y Zaffaroni en el caso Tejerina cuando llaman la atención sobre la interpretación en contra de la acusada que hizo la pericia psiquiátrica de la actitud de frialdad e indiferencia que mostró la mujer inmediatamente después de los hechos, una actitud que en cualquier otro contexto se hubiera tomado como un claro reflejo de “psiquis perturbada” y no precisamente de normalidad motivacional, como sucedió en el caso de autos (Di Corleto y Pitlevnik, 2011: 66).

Las concepciones modernas de la culpabilidad propias del modelo preventivo sitúan su fundamento en la idea de motivabilidad, que permite hacer responsable penalmente por el hecho antijurídico a quien actúa encontrándose en condiciones normales de “conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarle”²⁶⁴ (Maqueda y Laurenzo, 2017: 266). Como afirma Mir Puig (2011: 558 y ss.), las normas se configuran pensando en lo que es exigible a un “hombre medio”, de modo tal que en un Estado social y democrático de derecho resulta inaceptable “llevar el deseo de prevención hasta castigar a quien actúa sin una capacidad normal de ser motivado por la norma”. Por eso, la imputabilidad se entiende como “normalidad motivacional” y no requiere la incapacidad absoluta para comprender o dirigir el comportamiento conforme a criterios de autodeterminación. Una situación excepcionalmente anormal puede provocar la incapacidad en el caso concreto para dirigir la conducta conforme al dictado de la norma y, por tanto, puede resultar relevante para excluir la imputabilidad. Ciertamente es que, en general, las legislaciones vinculan esa incapacidad para comprender o para dirigir la conducta a factores patológicos (como las alteraciones psíquicas) o al efecto de determinadas sustancias (intoxicación plena por consumo de drogas, etc.). Pero eso no excluye la posibilidad de que también ciertos factores situacionales externos puedan llegar a afectar

263. Ver *supra*, capítulo 1.

264. Sentencia del Tribunal Supremo español, de 16 de noviembre de 1999.

la normalidad psíquica del/ de la autor/a en el momento del hecho, hasta el punto de impedirle adecuar su comportamiento a la norma²⁶⁵. De hecho, a esa idea responde la figura del trastorno mental transitorio que, entre otras razones, puede venir provocado por “una situación vital de especial dificultad” (Mir Puig, 2011: 604; Luzón Peña, 2016: 509).

El perfil que se ha trazado más arriba de la mayoría de las mujeres que matan a su hijo/a recién nacido/a es un perfecto ejemplo de ese tipo de factores exógenos extremos que en ningún caso pueden obviarse a la hora de valorar la capacidad motivacional de la autora del hecho y, consecuentemente, su imputabilidad. Y no porque exista algún tipo de desequilibrio psíquico intrínsecamente asociado al parto y al puerperio, como pretendía el positivismo criminológico al vincular ciertas formas de delincuencia femenina con particularidades hormonales del género femenino (Maqueda Abreu, 2014: 36)²⁶⁶, sino porque la gran mayoría de estas mujeres están inmersas en contextos socioculturales sumamente adversos que, en vista de un episodio tan fuerte como un parto en condiciones de máxima precariedad y soledad, pueden provocar un trastorno transitorio de la normalidad psíquica suficiente para impedirle dirigir su conducta conforme a los dictados de la norma penal²⁶⁷.

Como todo supuesto de capacidad motivacional, está claro que puede tener matices, de modo tal que será tarea del juez establecer caso por caso si el contexto socioambiental y el déficit afectivo de la autora son suficientes para excluir la culpabilidad por razones de inimputabilidad o, al menos, han influido de forma suficientemente intensa como para actuar de atenuante de la responsabilidad criminal. El único camino sencillamente inaceptable es que, ante situaciones tan sórdidas y desesperadas, se ignoren sin más los condicionantes ambientales y se trate a la autora como una madre cruel que decide en pleno uso de su raciocinio desprenderse del hijo recién nacido.

2.2. Homicidio o lesiones de la pareja masculina violenta

Otro de los casos judiciales paradigmáticos en los que entran en juego los contextos de violencia de género es el de las mujeres que matan a una pareja que las tiene sometidas a una situación de intenso maltrato.

265. Hace tiempo que se ha reconocido en la literatura penal que el trastorno mental transitorio “no solo no exige base patológica, sino que está pensado fundamentalmente para casos en los que no existe” (Cuello Contreras, 2002: 1019).

266. No me parece acertada la idea de recuperar la figura del infanticidio acudiendo al “estado puerperal”, como consideró la Cámara de Diputados argentina en 2010 (Di Corleto y Pitlewnik, 2011: 83), y también se había propuesto en el proceso de elaboración del Código Penal de 1995 en España (Maqueda Abreu, 2014: 38). Aunque se trate de un intento bien intencionado para captar desde el punto de vista penal la indudable situación de vulnerabilidad en la que actúan muchas mujeres que matan a sus hijos después del parto, no parece buena idea hacerlo mediante el uso de un argumento sexista que vincula los cambios hormonales de las mujeres con desequilibrios psíquicos. Mucho más adecuada parece la línea que siguió la legislación italiana, apelando a “condiciones de abandono moral o material” (*vid. supra*, nota 261).

267. Los votos disidentes del caso Tejerina apuntaron correctamente en esta línea.

En la realidad judicial argentina el tratamiento de este tipo de casos dio un vuelco muy significativo con motivo del amplio debate suscitado por el controvertido caso Leiva, en el que hicieron falta tres instancias judiciales para conseguir la aplicación de la causa de justificación de legítima defensa a una mujer que mató a su pareja con un destornillador mientras hacía frente a una de sus habituales agresiones en un contexto de violencia extrema, que llegaba hasta el punto de tenerla encerrada en la vivienda que compartían²⁶⁸. Más allá de las particularidades del caso concreto, sobradamente estudiadas por la doctrina penal argentina, lo importante es que los avatares del procedimiento dejaron al descubierto el abismo que separa una interpretación puramente formalista de las normas penales de una interpretación adecuada a los cánones de justicia material. Porque si bien es cierto que la forma de defenderse de muchas mujeres frente a una pareja que las tiene sometidas a la violencia más extrema no siempre responde al modelo sobre el que históricamente se configuraron los requisitos de la legítima defensa, no lo es menos que todas las normas (también las penales) admiten diversas vías de interpretación y es exigible al aplicador del derecho que opte por aquella que resulte más adecuada a las valoraciones sociales del momento y, sobre todo, a los estándares constitucionales de respeto de los derechos fundamentales. Como bien advirtió hace tiempo Elena Larrauri (1995: 41 y 81), si hay una institución en el derecho penal que puede resultar discriminatoria para las mujeres en caso de aplicarse de forma rígida y formalista es precisamente la legítima defensa, porque sus requisitos se elaboraron sobre el modelo de confrontación hombre-hombre, pensando en personas con fuerza semejante y posibilidades de respuesta también similares, lo que deja fuera del “grupo de referencia” a la mayoría de las mujeres, cuya menor potencialidad física para repeler un ataque violento puede exigirle otro tipo de estrategias menos directas.

Ello no significa que debamos prescindir de los requisitos legales de una causa de justificación tan asentada como la que estamos comentando, ni mucho menos que se deban “atemperar” esas exigencias cuando es una mujer quien actúa. Se trata solo de corregir mediante interpretación el sesgo androcéntrico con el que fueron construidas muchas figuras jurídicas —entre ellas la legítima defensa—, pensadas en función de la forma en que los hombres ejercen la violencia y se defienden, dejando totalmente al margen a las mujeres como posibles agentes del derecho de defensa, sus particularidades y situaciones. En este caso, por tanto, la incorporación de la perspectiva de género a la interpretación de la norma penal es una exigencia del principio de no discriminación y no se debe confundir con una especie de aplicación benevolente hacia las mujeres por el hecho de ser víctimas de violencia o simplemente por ser mujeres. Tienen razón quienes advierten sobre los peligros que implicaría optar por una “aplicación diferenciada” de la legítima defensa cuando la actora es una mujer. Y no solo porque puede volverse en su contra provocando una fuerte resistencia en los jueces

268. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su fallo de 1 de noviembre de 2011, dejó sin efecto la primera condena por homicidio simple y devolvió la causa a la Corte de Justicia de Catamarca, que finalmente absolvió a la mujer por considerar que había actuado en legítima defensa (fallo de 31 de mayo de 2012). Ver Di Corleto, 2006; Hopp, 2012.

(Lauría y Saba, 2017: 51), sino, sobre todo, porque produciría un efecto simbólico-comunicativo profundamente negativo al reforzar una vez más la falsa imagen victimista y vulnerable del género femenino. Lo que aquí se propone no es una interpretación *ad hoc* para las mujeres²⁶⁹, sino una reconsideración de los requisitos legales de la legítima defensa que permita ajustarlos al universo de sujetos al que se dirige el derecho penal, que son hombres y mujeres con sus respectivas características, circunstancias y sus distintas formas (y posibilidades) de ejercer el derecho de defensa. En suma, lo que se persigue es alcanzar “una aplicación igualitaria de la doctrina general de la legítima defensa” (Larrauri, 1995: 29). En este caso, la perspectiva de género aplicada a la interpretación penal sirve para deconstruir el perfil androcéntrico que siempre ha acompañado a esta causa de justificación.

Lo primero que se debe aclarar, por muy obvio que parezca, es que la relación matrimonial —o de pareja de hecho— no implica ninguna limitación del derecho de defensa, ni por la vía de imponer a la persona agredida algún tipo de asunción de riesgos ni mucho menos exigiéndole la huida²⁷⁰. Estas restricciones, importadas de Alemania y sin ningún arraigo en la tradición jurídica de los países latinos, se fundamentan en el deber de garante que el propio derecho penal establece en los casos de relaciones familiares estrechas, incluidas las relaciones conyugales o de convivencia afectivo-sexual. Tanto la jurisprudencia alemana como un amplio sector de la doctrina coinciden en que cuando existe un deber de solidaridad mutua entre agresor/a y agredido/a, puede exigirse a este último que busque el medio más suave posible para repeler la agresión, incluso si ello implica algún tipo de riesgo (leve) para su integridad²⁷¹. Pero igualmente añaden que esta limitación no es aplicable si hay una relación previa de carácter conflictivo, como es el caso, precisamente, de las mujeres que se defienden frente a una pareja que las viene sometiendo a maltrato habitual (Perron, 2014, parág. 32, nm. 53). En consecuencia, ni siquiera admitiendo la teoría alemana sobre la limitación del derecho de defensa entre personas afectivamente próximas sería posible aplicarla en relaciones donde se ha instaurado un clima de violencia física y psíquica totalmente incompatible con cualquier clase de deber de protección de la víctima del maltrato hacia su maltratador.

Por lo que se refiere a los requisitos básicos de la legítima defensa, un problema frecuente en casos de mujeres que actúan frente a un maltratador es el de la “supuesta” *falta de inminencia* de la agresión. Aquí deben distinguirse dos clases de situaciones: en primer lugar, el caso de la mujer que, estando frente a frente con su agresor, opta por una acción

269. Es importante corregir la imagen que a veces ofrecen los tribunales de un tratamiento “más benigno” hacia las mujeres víctimas de violencia de género que se defienden frente a su agresor, como si se tratara de orillar algunos requisitos de la causa de justificación para poder eximir las de la pena (o atenuar su responsabilidad). Ese tipo de razonamiento, además de sexista, conduce a reforzar la (falsa) idea de que el feminismo intenta conseguir privilegios para las mujeres en la aplicación de la ley penal.

270. En la primera instancia del ya mencionado caso Leiva se alegó en contra de la mujer que había tenido la oportunidad de abandonar el domicilio común en lugar de aceptar “voluntariamente” los malos tratos de su pareja. Ver Hopp, 2012.

271. Extensamente sobre esta tesis, adoptando, con razón, una posición contraria, Palermo, 2006: 360-363.

defensiva antes de que este llegue a tocarla o cuando apenas ha iniciado el episodio de golpes; y en segundo lugar, el supuesto —mucho más complejo— de legítima defensa sin confrontación directa, esto es, cuando la mujer ataca al hombre violento en un momento en el que no la está agrediendo (por ejemplo, mientras duerme).

Ante todo, es preciso dejar claro que la necesaria objetividad que debe mantener el juzgador al valorar la concurrencia de los presupuestos esenciales de la legítima defensa —como de cualquier otra causa de justificación— no está reñida con la toma en consideración de las condiciones específicas en las que actúa quien se defiende. En palabras de Cerezo Mir (1998: 234), “El juez debe realizar un juicio *ex ante*, colocándose en el lugar del agredido y en el momento en que este creía inminente o se iniciaba la agresión”. Eso significa que, para valorar la inminencia, no es correcto partir únicamente y de modo descontextualizado de la conducta desplegada por el agresor en el instante previo a la acción defensiva, sino que han de tenerse en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el hecho, incluidos los conocimientos de quien se defiende, en particular si ya conocía al agresor. Porque esos conocimientos especiales pueden permitirle detectar la inmediatez de un ataque que a ojos de un tercero quizás pase inadvertida. Está de sobra demostrado que las mujeres que viven inmersas en contextos intensos de violencia de género aprenden a convivir con la agresividad latente y saben reconocer la inminencia de un ataque incluso antes de que exista una amenaza explícita por determinadas formas de reacción del maltratador que ya conocen y han experimentado en vivencias previas. Por eso, resulta precipitado e inconsistente negar sin más la necesidad de la defensa cuando una víctima de violencia habitual se adelanta al ataque del maltratador y reacciona antes de que la agresión se vuelva intensa, porque es muy posible que su conducta responda a la experiencia que le avisa del peligro inminente para su vida, como también puede suceder cuando reacciona después de una agresión que ha cesado momentáneamente porque sabe que se va a repetir y seguramente con mayor virulencia. En casos de este tipo el problema no reside, por tanto, en la falta de un elemento de la causa de justificación —la inminencia—, sino en la falta de atención a un dato fáctico imprescindible para comprender en toda su magnitud la situación de hecho que da lugar a la acción defensiva. En palabras de Larrauri (1995: 36), “Es más una cuestión de credibilidad que de actualidad”. De ahí que el historial de violencia siempre deba formar parte del material probatorio de la legítima defensa cuando una mujer mata a una pareja que la viene maltratando sistemáticamente, siendo obligatorio para los jueces incorporar ese dato en el proceso de valoración de la conducta defensiva²⁷².

Y no solo para valorar la necesidad de la defensa, sino también la *racionalidad del medio empleado*, porque en situaciones de violencia aprendida —como sucede en los ciclos propios de la violencia de género— una mujer es capaz de detectar cuándo un

272. Así lo admitió la Corte de Justicia de Catamarca en el ya mencionado caso Leiva, reprochando a los magistrados de primera instancia que no prestaran ninguna atención al historial de violencia permanente en el que vivía inmersa la acusada y del que, según la mayoría de la Corte, cabía deducir una situación de violencia latente suficiente para admitir la inminencia de la agresión.

primer golpe, aunque objetivamente parezca leve, es el inicio de una agresión muy intensa que puede exigir una respuesta lo suficientemente contundente para evitar que el ataque se vuelva incontrolable y sea imposible repelerlo (Chiesa, 2007: 53).

Más complicados son los casos de defensa en los que no hay confrontación directa entre la mujer y su maltratador, porque es cierto que en tales situaciones faltará la inmediatez de la agresión propia de la “inminencia”. Sin embargo, eso no supone necesariamente que deba descartarse la posible aplicación de la legítima defensa completa en todas las situaciones de este tipo, ni tampoco que la única forma de aplicarla sea por la vía de renunciar a un requisito esencial de la causa de justificación, dando lugar a una especie de aplicación privilegiada para las mujeres que matan a sus maridos de forma insidiosa²⁷³ en contextos de violencia de género (Lauría y Saba, 2017: 59). Antes de llegar a ese extremo es conveniente reconsiderar el requisito de la inminencia en atención al papel que cumple en la legítima defensa, sobre todo teniendo en cuenta el amplio margen de interpretación del que se dispone al no tratarse de una exigencia explícita de la formulación legal de esta causa de justificación.

En realidad, el motivo por el que se exige que la agresión al bien jurídico esté a punto de producirse es para fundamentar la *necesidad* de la acción defensiva, ya que cuanto más cercana esté la realización del riesgo menos alternativas tendrá el/la agredido/a de emplear otros medios menos perjudiciales (especialmente medios lícitos) para evitar el daño. La inminencia no cumple, por tanto, una función legitimadora por sí misma, sino que juega como indicador de la necesidad de la defensa, que es el auténtico requisito esencial de esta causa de justificación junto a la agresión ilegítima²⁷⁴ (Mir Puig, 2016: 450; Maqueda y Lorenzo, 2017: 216). Por eso, parte de la doctrina —con razón— prefiere hablar de “actualidad” de la agresión y no de inminencia, entendiendo por tal que en el momento de la acción defensiva exista un peligro originado por el comportamiento antijurídico del agresor que “haga preciso e inaplazable actuar porque de lo contrario haya riesgo de que una posterior defensa sea insegura o ineficaz” (Luzón Peña, 2016: 390). Lo esencial, en consecuencia, es la concurrencia de un peligro de lesión para un bien jurídico de quien se defiende o de un tercero atribuible a la conducta ilícita de quien resulta afectado por la legítima defensa que hace necesaria una acción defensiva inmediata, con independencia de que la realización del peligro sea o no inminente. Obviamente, cuanto menos cercana esté la realización del riesgo más dificultades habrá para justificar la necesidad de una defensa inmediata, pero esto no tiene que ver con los presupuestos materiales de la causa de justificación, sino con las circunstancias de la situación de hecho. Así, en el caso de mujeres sometidas a maltrato permanente y grave que han sido aisladas de su entorno por el maltratador y donde se pueden

273. Piénsese en la mujer que mata a su pareja violenta mientras duerme o le proporciona una comida envenenada que el sujeto no puede detectar.

274. Por eso tiene sentido que en el pragmático derecho anglosajón se dé preferencia a la evaluación de la necesidad de la defensa en la situación concreta antes que a una rígida exigencia formal de inmediatez del peligro. Ver Chiesa, 2007: 57.

probar episodios previos de agresiones muy intensas, no parece discutible la actualidad del peligro, porque su vida e integridad física están sometidas a un riesgo constante (Larrauri, 1995: 38). Si a eso se añade un fuerte ambiente de opresión creado por el maltratador que imposibilita a la mujer la búsqueda de ayuda externa²⁷⁵, unido a las escasas posibilidades físicas de defenderse cara a cara, no hay razones de fondo para negar la concurrencia de la legítima defensa si la mujer espera a que esté dormido para quitarle la vida o busca alguna otra fórmula de defensa sin confrontación. Ciertamente, el camino de la justificación solo será transitable en casos muy extremos, pero lamentablemente la casuística de la violencia de género demuestra que estas situaciones también existen y deben tener una respuesta jurídica adecuada (y justa).

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia comparadas tienden a negar la actualidad del peligro en todos los casos donde falta la confrontación directa entre agresor y agredida, partiendo de que en tales supuestos la mujer no estaría defendiéndose de una agresión actual sino futura, por lo que prefieren acudir a la llamada “legítima defensa preventiva”, una fórmula que en realidad no da lugar a una causa de justificación autónoma, sino que remite para su evaluación a los requisitos del estado de necesidad, sea en su forma justificante o exculpante (Varona, 2000: 306 y ss.); una alternativa poco viable en la práctica para justificar la conducta defensiva de la mujer cuando esta consiste en dar muerte al agresor, ya que la ponderación de bienes propia de esa causa de justificación difícilmente dará un resultado favorable a la acción salvadora²⁷⁶. Por eso es preciso insistir en que la violencia habitual severa implica en sí misma una agresión a la que está sometida la víctima durante todo el tiempo que convive con el agresor, de modo tal que el peligro para su vida e integridad es permanente. Cuando en estos casos se niega la actualidad de la agresión solo porque en el momento de la acción defensiva no se está produciendo uno de los habituales ataques directos se produce sencillamente porque se ignora sin más el dato de la violencia latente tan característica del maltrato de género y la situación se observa de forma descontextualizada y simplista, como si cada episodio de violencia fuera un hecho aislado²⁷⁷. Una vez más, la ausencia de una perspectiva de género en la interpretación del derecho aboca a soluciones miopes y profundamente injustas para las mujeres.

275. O también, un sistema público defectuoso que no garantice la seguridad de las mujeres que se atreven a denunciar la violencia.

276. En el derecho penal español algún sector doctrinal acude en estos casos a la eximente de miedo insuperable, cuyo fundamento se encuentra en la inexigibilidad de otra conducta por razón del fuerte obstáculo motivacional que implica el temor fundado y razonable a sufrir una agresión grave en un futuro cercano (Varona, 2000: 309 y ss.).

277. La Asamblea General de las Naciones Unidas llama la atención sobre este riesgo en la Resolución 65/228, de 21 de diciembre de 2010, cuando en el documento sobre *Estrategias y medidas prácticas modelo actualizadas para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal* exhorta a los Estados miembros para que se cercioren de que en los procedimientos penales “el eximente de legítima defensa de mujeres víctimas de violencia, en particular cuando haya síndrome de mujer maltratada, se tenga en cuenta en las investigaciones, instrucciones sumariales y sentencias contra ellas”, apartado k del anexo). Con razón se afirma en la misma resolución que estas estrategias y medidas prácticas modelo actualizadas “no establecen un trato preferencial para la mujer, sino que pretenden garantizar que se eliminen las desigualdades o la discriminación contra la mujer en el acceso a la justicia [...]” (apartado 8 del preámbulo). Recuperado de https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/228&Lang=S, último ingreso 01/11/2019.

Un intento reciente de incorporar esa mirada de género a estos casos de homicidio defensivo lo encontramos en el art. 36 del Código Penal uruguayo, por el que se creó una eximente facultativa (una especie de perdón judicial) para quienes “en estado de intensa conmoción provocada por el sufrimiento crónico producto de violencia intrafamiliar” causen la muerte o lesiones a su pareja actual o pasada si se demuestra que la autora (o autor) estaba sometida “a intensa y prolongada violencia” por parte de la víctima y que, habiendo solicitado protección, no hubiera obtenido una respuesta eficaz (por parte del Estado, se intuye, aunque el texto no lo explicita). No por casualidad este precepto fue introducido por la Ley Integral de Violencia Hacia las Mujeres Basada en el Género, aprobada en 2017²⁷⁸, una solución que sin duda ha de valorarse de manera positiva en tanto constituye una estrategia práctica para corregir la tradicional reticencia de los jueces a eximir de pena a las mujeres que matan a su verdugo, pero que en ningún caso puede sustituir el obligatorio proceso de verificación de la antijuridicidad de la conducta en cada situación concreta de cara a establecer si concurren los requisitos de la legítima defensa, ya que no es lo mismo reconocer que la acción de matar se produjo en el ejercicio legítimo de un derecho (el de defenderse frente a una agresión ilegítima) que limitarse a “disculpar” a la mujer apelando, una vez más, a alguna clase de desequilibrio psíquico.

2.3. Conductas relacionadas con el tráfico de drogas

Los datos del sistema penitenciario argentino indican que en torno al 60% de las mujeres encarceladas en prisiones federales lo están por delitos de drogas²⁷⁹. Si bien la delincuencia femenina vinculada al narcotráfico no puede describirse como una forma de delito de estatus donde el comportamiento delictivo encuentra su explicación directa en los roles de género, no cabe duda de que la condición femenina es un factor trascendente para explicar la implicación de las mujeres en este tipo de delincuencia y las funciones que habitualmente cumplen en la cadena del narcotráfico. No por casualidad, la Asamblea General de la OEA, en su Declaración de Antigua de junio de 2013, declaró expresamente “que las políticas públicas relacionadas con el problema mundial de las drogas necesariamente deben ser diseñadas e implementadas con un enfoque de género, cuando corresponda”, apuntando, entre otros aspectos, a “reducir el hacinamiento carcelario” y asegurar “la proporcionalidad entre el daño y la pena y el apoyo de alternativas al encarcelamiento”²⁸⁰.

Todos los estudios sobre mujeres encarceladas por delitos de drogas coinciden en dibujar un perfil de alta vulnerabilidad y condiciones extremas de exclusión social, definido por la “marginalidad, bajo nivel educativo, historias familiares marcadas por

278. Ley 19580 de violencia hacia las mujeres basada en género, aprobada por el Poder Legislativo uruguayo el 22 de diciembre de 2017.

279. Véase “Lineamientos metodológicos”, en la introducción del capítulo 2.

280. Declaración de Antigua, Guatemala: “Por una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas”, Asamblea General de la OEA, 7 de junio de 2013, apartados 11 y 18.

distintas formas de violencia, inserción en el mundo del trabajo desde la infancia, principalmente en la economía informal, embarazos en la adolescencia y una ausencia de los mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos por parte del Estado”, añadiendo en muchos casos la responsabilidad de ser cabeza de familias monoparentales con hijos/as y personas mayores a su cargo²⁸¹. En el caso de la frontera norte de Argentina, al igual que en otras regiones de América Latina, se añade un factor étnico-cultural que debilita aún más la situación de las mujeres indígenas que cumplen funciones de transporte transfronterizo.

Ese perfil explica por qué las mujeres de sectores socialmente oprimidos son útiles a las redes de narcotráfico. Su alta vulnerabilidad y la necesidad económica acuciante las hace fácilmente manipulables y al mismo tiempo prescindibles, razón por la cual se sitúan en los niveles más bajos de las operaciones de transporte (o venta) de droga, que al mismo tiempo son las actividades más expuestas al control policial. Incluso es frecuente que sean “sacrificadas” por el narco utilizándolas como “cebo” para distraer a la policía en los controles fronterizos, tanto terrestres como en aeropuertos, con el fin de asegurar el paso simultáneo de cargamentos importantes por la misma frontera²⁸². En todas las organizaciones criminales existen sujetos fungibles, utilizados para las tareas más arriesgadas y peor remuneradas precisamente porque son fácilmente sustituibles, como de hecho sucede con tantas personas que viven por debajo del umbral de la pobreza en vastas regiones de América Latina. Y ciertamente no son solo mujeres; también muchos hombres son reclutados en esos mismos contextos de exclusión social. Pero lo que no es casual es que la criminalidad femenina se centre de forma tan marcada en los delitos de tráfico de drogas y, sobre todo, que el perfil altamente preponderante sea el que venimos describiendo. El hecho de que el grueso de las mujeres condenadas por drogas esté conectado a situaciones de marginalidad tiene una explicación vinculada al género; es una consecuencia directa de la feminización de la pobreza que atraviesa a todo el mundo occidental por multitud de factores entrecruzados, entre los que cabe destacar la prevalencia femenina en trabajos mal pagados de la economía sumergida²⁸³, el aumento de cargas familiares por la crianza en soledad de

281. Giacomello (2013: 21), quien añade la condición de delincuentes primarias, no reincidentes, una característica que, como veremos, es importante para explicar el reclutamiento de este tipo de mujeres por el narcotráfico. Es el mismo perfil que se describe en los casos estudiados en el capítulo 2.

282. En una investigación periodística sobre las mujeres “mulas” en la frontera entre Bolivia y Chile (que describe una situación muy similar a la frontera norte de Argentina) se explica cómo incluso se llega a vestir a las mujeres de manera que llamen la atención de la policía en los controles fronterizos para distraer la atención policial mientras se está pasando un cargamento mucho más grande por algún paso clandestino cercano. Véase el reportaje “Las mujeres carne de cañón del narcotráfico” (recuperado de www.connectas.org/especiales/carne-de-canon, último ingreso 01/11/2019). El mismo *modus operandi* describe Giacomello (2013: 9) respecto de las mujeres latinoamericanas utilizadas como “mulas” para transportar droga por vía aérea a países europeos: en ocasiones se sacrifica a alguna de ellas mediante una denuncia anónima con el fin de distraer a la policía mientras otros cargadores de droga que viajan en el mismo vuelo pasan inadvertidos para la policía.

283. Como bien apunta Bodelón (2007: 114), no es casual que las mujeres se ocupen de las tareas más precarias en las operaciones de tráfico de drogas porque no deja de ser un mercado (ilegal) de trabajo donde se reproduce la misma discriminación de género que existe en el mercado laboral ordinario.

hijos e hijas, la responsabilidad de manutención de ancianos a cargo, la exposición a abusos sexuales con subsiguientes embarazos no deseados y un largo etcétera.

Tanto las operaciones de transporte en la forma de “correo humano” como la venta al menudeo son actividades que reportan beneficios rápidos e inalcanzables en el mercado (legal) de trabajo que, además, como apunta Giacomello (2013: 6), permiten a las mujeres compatibilizar una fuente apreciable de ingresos con sus funciones tradicionales de cuidado del hogar.

Esa misma función de protección de la familia, tan asociada a los roles de género, explica que en otras ocasiones las mujeres asuman la responsabilidad de ciertas operaciones de pequeño tráfico o tenencia de droga en el domicilio familiar que en realidad pertenece a sus parejas o a sus hijos (Acale, 2016: 906) o que asuman personalmente la condición de traficantes para encubrir a los miembros (masculinos) del grupo familiar y evitarles penas más gravosas, sea por tratarse de reincidentes o porque su papel de madres les permite aspirar a alternativas a la prisión no disponibles para ellos²⁸⁴. A lo que debemos añadir el factor de dependencia afectiva de sus parejas masculinas que muchas veces las impulsan, o incluso las coaccionan, para que se impliquen en operaciones de narcotráfico controladas por ellos, desde la recepción o envío de encomiendas que ocultan estupefacientes hasta la introducción de estas sustancias en centros penitenciarios²⁸⁵.

Todas estas circunstancias son de sobra conocidas por los operadores jurídicos que, en general, manifiestan cierta incomodidad a la hora de aplicar la rigurosa legislación penal a las mujeres que son sorprendidas transportando droga en su propio cuerpo, sea por ingesta o escondida en la vagina, o en operaciones de venta al menudeo u otras actividades conexas de escasa entidad. Esto se infiere de algunos de los pronunciamientos judiciales que se reportan en el capítulo 2, así como de las opiniones vertidas por jueces y fiscales en las entrevistas realizadas en distintos ámbitos del fuero federal con motivo de la misión en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en agosto de 2018²⁸⁶. De forma más o menos explícita, dos ideas difícilmente conciliables entre sí aparecen con cierta persistencia en el posicionamiento de los encargados de gestionar la respuesta penal en estos supuestos. Por un lado, la idea generalizada de la inutilidad (e injusticia) que supone condenar a quienes constituyen el eslabón más débil de las redes de narcotráfico, normalmente utilizadas por su marcada situación de vulnerabilidad y

284. En la reunión mantenida en el mes de agosto de 2018 con el personal de la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR) del Ministerio Público Fiscal se nos indicó que las mujeres normalmente realizan tareas de venta al menudeo o distribución en escenarios más visibles —y, por tanto, están más expuestas a la detención policial— porque sus funciones de cuidados familiares les dan más posibilidades de sustituir la prisión por arresto domiciliario.

285. Sobre ciertas conductas “neutras” de las mujeres que conviven con traficantes de drogas (como el simple hecho de tolerar la presencia de estas sustancias en el domicilio común) y su (dudoso) tratamiento jurisprudencial, véase Carrera, 2019.

286. Se mantuvieron reuniones con integrantes de la Cámara Federal de Casación Penal; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico; la Procuraduría de Narcocriminalidad; y la Procuraduría para el Combate de la Trata y la Explotación de Personas.

exclusión social. Por otro lado, la convicción (a veces auténtica, otras veces en forma de resignación ante lo inevitable) de que la lucha contra la droga es una prioridad absoluta que no puede ceder ni siquiera ante situaciones personales de ostensible necesidad y dramatismo, a lo que se suma el temor de que algún tipo de reconocimiento de estas situaciones en forma de eximente de pena pueda multiplicar el reclutamiento de mujeres vulnerables por las organizaciones de narcotráfico alentadas por las expectativas de impunidad. El resultado de esta perspectiva ambivalente es un poder judicial propenso a mostrar cierta benevolencia con las mujeres implicadas en pequeñas operaciones de tráfico que se traduce (a veces) en un menor rigor punitivo, pero descartando *ab initio* posibles causas de exclusión de la pena basadas en la ausencia de injusto o culpabilidad.

En los últimos años, en el ámbito de la filosofía política aplicada al derecho penal se ha intensificado el debate sobre el grado de legitimidad de un Estado para exigir responsabilidad por la comisión de (determinados) delitos a quienes se encuentran en situación de exclusión social estructural generada por el propio sistema sociopolítico que los margina y se desentiende de ellos²⁸⁷. Dejando a un lado la alta complejidad de estos planteamientos imposibles de abordar aquí, no está de más señalar que muchos de ellos apuntan a la idea de inexigibilidad de una conducta conforme a la norma como criterio fundamentador de una posible exclusión de pena —incluso en supuestos donde el/la autor/a actúa con capacidad de culpabilidad— cuando el hecho delictivo está directamente conectado con la situación de exclusión social que lo motiva²⁸⁸. Probablemente algo de esto esté en la base de esa sensación de “injusticia” que experimentan algunos jueces que se ven obligados (o al menos eso creen) a aplicar penas desmesuradamente altas a personas que se implican de forma circunstancial en pequeñas operaciones de tráfico de drogas para paliar situaciones de auténtica indigencia o necesidad extrema. Porque, como bien dicen Bustos y Hormazábal (1997: 140), la exigibilidad es un concepto político que da cuenta de la relación entre la persona y el Estado, de modo tal que se trata de dilucidar si, en la situación concreta, el sistema está en condiciones de exigir al sujeto una respuesta determinada, lo que depende de múltiples variables, incluidos los factores culturales y las situaciones socioeconómicas.

Aun sin entrar en la posible construcción de una “eximente de pobreza” fundada en la idea de inexigibilidad, a los efectos del presente trabajo resulta conveniente no perder de vista la fuerte conexión que siempre se ha reconocido entre la idea de inexigibilidad y los factores socioeconómicos como posible motivación para el delito²⁸⁹, ya que sin duda se trata de un argumento estrechamente relacionado con los casos que aquí se están analizando.

287. Una excelente exposición de este debate puede consultarse en Cigüela Sola, 2019: 163 y ss.; también Silva Sánchez, 2018: 98 y ss.

288. Silva Sánchez, 2018: 108; Cigüela Sola, 2019: 334 y ss.

289. De hecho, como señalan Muñoz Conde y García Arán (2015: 415), la teoría de la no exigibilidad surgió en Alemania en un período de grave crisis económica (principios del siglo XX) como instrumento para exculpar a quienes cometían un delito por temor a perder su trabajo.

a. Posibles respuestas desde la teoría del delito

Desde que en la segunda mitad del siglo pasado se impusiera a nivel mundial una política prohibicionista extrema en materia de estupefacientes y sustancias psicotrópicas arengada desde los Estados Unidos de América bajo el lema de “Guerra contra las drogas”²⁹⁰, resulta muy complicado encontrar espacios para el reconocimiento judicial de alguna eximente de pena en este grupo de delitos. Incluso algunas situaciones personales extremas, que en cualquier otro ámbito delictivo permitirían acudir con cierta facilidad al estado de necesidad justificante o exculpante o a una causa de inculpabilidad por miedo insuperable o eximentes análogas, encuentran poco eco en los tribunales cuando al otro extremo de la ponderación se sitúa la sacrosanta “salud pública”, elevada a categoría de bien jurídico inexpugnable en virtud de infinidad de efectos perniciosos que se asocian en bloque y sin distinción alguna a la circulación de drogas (prohibidas) en una comunidad.

Con todo, las injusticias evidentes que se vienen produciendo desde hace años como consecuencia de que la mayor parte del rigor punitivo lo están sufriendo los eslabones más débiles de la cadena de elaboración y tráfico, condenados a penas absolutamente desproporcionadas que en nada han contribuido al control del narcotráfico a gran escala, están teniendo cierta repercusión en el plano de la aplicación del derecho al menos en forma de atenuación de la pena o en la búsqueda de vías alternativas de cumplimiento. Un ejemplo interesante en el derecho comparado lo encontramos en la Ley de Estupefacientes de Costa Rica 8204, cuyo artículo 77 bis (aprobado en el año 2013) prevé una atenuación específica de la pena para uno de los casos paradigmáticos de conductas vinculadas a las drogas realizadas por mujeres: la introducción de droga en un centro penitenciario. En concreto, la pena se atenúa si la autora del hecho se encuentra en condición de pobreza o vulnerabilidad o si tiene menores u otras personas a su cargo o si se trata de una adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad, previéndose, además, la posibilidad de cumplimiento en régimen de detención domiciliaria o libertad vigilada²⁹¹.

La jurisprudencia española ha ido aún más lejos, contemplando la posibilidad de declarar incluso la atipicidad de la conducta por falta de lesividad, cuando se trate de una “entrega altruista y compasiva” de pequeñas cantidades de droga a personas allegadas que sufren adicción a dicha sustancia. Esta teoría la desarrolló el Tribunal Supremo español a la vista de la injusticia que suponía aplicar las altísimas penas de prisión por tráfico de drogas a quien introduce una cantidad reducida de estas sustancias en un centro penitenciario para proporcionársela a una persona drogodependiente que está

290. Sobre el paulatino proceso de endurecimiento de la respuesta penal al tráfico de drogas en el ámbito internacional, véase Silva Forné, 2016: 38 y ss.

291. Este precepto fue aprobado por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, el 30 de julio de 2013, que reforma la Ley 8204, sobre estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y expresamente se refiere a que sea una mujer la autora o partícipe del delito.

privada de libertad (muy especialmente mujeres que aprovechan las visitas íntimas para suministrar droga a su pareja presa). A partir de una impecable interpretación teleológica, el Alto Tribunal consideró que el destino directo de la droga para el receptor adicto permite excluir el riesgo de difusión de la sustancia entre potenciales consumidores indeterminados, por lo que no se puede considerar afectado el bien jurídico de salud pública, descartando, con ello, la tipicidad de la conducta²⁹².

Más allá de estos casos excepcionales, es difícil encontrar argumentos para excluir la tipicidad de quien conscientemente realiza alguna operación de transporte o suministro a terceros de drogas prohibidas. La ausencia de dolo que se alega en ocasiones es muy difícil de mantener cuando se trata de ingesta de cápsulas, porque es un procedimiento en sí mismo clandestino que hace poco imaginable la falta de conocimiento de la naturaleza del producto transportado. Y lo mismo cabe decir cuando la droga se transporta adherida al cuerpo o incluso en maletas o mochilas, porque lo habitual es que la propia organización aleccione a la persona que opera como “mula” para que mantenga el producto a buen recaudo y siempre oculto. Por eso es casi inevitable una imputación al menos a título de dolo eventual. Salvo, naturalmente, que sea posible probar una maniobra de engaño por parte de un tercero, sobre todo si se trata de una persona cercana que genera confianza en el/la transportista material, como puede suceder si es el marido, el hijo o incluso el empleador/a de la mujer quien realiza la operación. Esta situación podría presentarse en la modalidad cada vez más frecuente de envíos o recepción de paquetes que contienen alguna sustancia prohibida. Con todo, para que el engaño resulte creíble será imprescindible aportar pruebas que demuestren que la mujer desconocía las actividades ilícitas del (posible) autor mediato, extremo ciertamente difícil cuando se trata de personas con las que se convive.

Más posibilidades se abren en la categoría de la antijuridicidad, si bien, como ya adelantáramos, la jurisprudencia comparada suele ser muy restrictiva en la aplicación del estado de necesidad justificante en los delitos de tráfico de drogas. Hay dos razones que se repiten una y otra vez en las sentencias de los tribunales para negar la eximente completa de estado de necesidad incluso en situaciones donde el/la autor/a actúa para evitar un peligro de extrema gravedad y ambas tienen que ver con el procedimiento de ponderación de “males” que exige esta eximente. Me refiero a la extrema gravedad que se atribuye a cualquier operación de tráfico de drogas, por una parte, y a los riesgos implícitos en la posible declaración de impunidad de ciertas conductas, por la otra.

La primera de ellas es la gravedad extrema que se atribuye a cualquier acto relacionado con las drogas ilegales, un punto de vista que por derivarse de forma directa de la política internacional de “Guerra contra las drogas” es una constante en la jurisprudencia de casi cualquier país del mundo occidental. Así, a modo de ejemplo, los tribunales

292. Entre muchas otras, sentencias del Tribunal Supremo español n.º 857/2004; n.º 98/2005.

españoles entienden que casi ninguna situación de penuria económica puede inclinar la balanza en favor de la acción típica porque el delito de tráfico de drogas es de los que mayores males producen en la sociedad, apuntándose en bloque a las gravísimas consecuencias que genera el consumo de estas sustancias: adicción, enfermedades varias, rupturas familiares, penuria económica, corrupción, dinero negro, etc., de donde se infiere que “el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisario, por muy agobiante que sea” (Soto Nieto, 2000: 1693). De esta manera se cierran las puertas *ab initio* prácticamente a cualquier intento de confrontación con los bienes jurídicos cuya puesta en peligro provoca la acción típica, salvo casos muy excepcionales de peligros evidentes y muy graves para la vida²⁹³.

A mi modo de ver, el defecto básico de este razonamiento es su falta de adecuación a las reglas de ponderación propias del estado de necesidad. Porque aun cuando la ley utilice el difuso concepto de “males” para hacer la comparación, la opinión ampliamente mayoritaria interpreta este término en el sentido de que ha de concurrir un conflicto entre *bienes jurídicos* pero valorado *en concreto*, es decir, atendiendo no solo al valor abstracto de los bienes en la legislación penal, sino igualmente al conjunto de circunstancias que concurren en la situación específica que se trata de ponderar (Cerezo Mir, 1998: 276 y ss.; Bernal del Castillo, 2001: 89). Por eso, en el caso de pequeñas operaciones como las que se describen en el perfil de las mujeres que actúan como portadoras o vendedoras al menudeo, resulta absolutamente excesivo e inadecuado incluir en la ponderación todos los males que suponen la circulación y presencia de drogas ilícitas en una comunidad. Con este tipo de razonamientos catastrofistas es prácticamente imposible que exista un solo caso en el que pueda prevalecer la situación personal del/ de la autor/a de la acción necesaria por muy angustiada que sea. Sin embargo, las cosas cambian radicalmente si se atiende al efecto negativo que entraña para la salud pública el *acto concreto que se está juzgando*, que en las operaciones de transporte o venta de la mayoría de mujeres juzgadas por tráfico de drogas suelen limitarse a cantidades pequeñas (como cuando se introduce en un centro penitenciario oculta en la vagina o en las usuales ventas al menudeo), lo que supone un peligro muy escaso de circulación de estas sustancias a nivel global (Martínez Escamilla, 2006: 250). E incluso cuando se trata de cantidades un poco mayores, las propias características del transporte en el cuerpo o en maletas o mochilas llevadas de forma individual por una mujer aislada hacen incomparablemente menos grave este tipo de operaciones que los grandes cargamentos de droga propios del narcotráfico internacional y, obviamente, mucho más limitados sus potenciales efectos negativos para la sociedad.

293. De hecho, en el capítulo 2, sobre delitos federales, se describe el angustiante caso de una mujer detenida portando droga en su equipaje que argumentó la necesidad imperiosa de dinero para sufragar el tratamiento médico de un hijo que sufría un cáncer muy agresivo y, aun así, tuvo que sufrir prisión preventiva y numerosos avatares procesales y no consiguió que se reconociera el estado de necesidad justificante hasta después del fallecimiento del hijo enfermo (caso Suárez Eguetz, Claudia).

Desde esta valoración ajustada a la magnitud real del mal implícito en una conducta concreta de tráfico de drogas, mucho más adecuada al concepto y sentido de la exigente de estado de necesidad, sí que es posible realizar una comparación razonable con los males que la autora del hecho trata de evitar con su comportamiento. Así, por ejemplo, no parece dudoso que frente a un peligro muy limitado para un bien jurídico supraindividual, como es la salud pública, han de prevalecer aquellas situaciones donde se trata de evitar directamente la *lesión* de bienes jurídicos personales de alto valor, como sucede cuando una mujer acepta realizar una operación de tráfico por ingesta de cápsulas para pagar el tratamiento médico de un hijo u otro familiar gravemente enfermo. En este caso no solo cabe argumentar en torno al alto valor que el propio ordenamiento jurídico concede a los bienes en juego (vida, salud), sino que también ha de tenerse en cuenta que se trata de un riesgo de lesión más o menos segura frente a un peligro abstracto para potenciales consumidores cuya concreción requiere todavía muchos pasos intermedios. Además de estar en juego un deber de garante de la mujer respecto a sus familiares a cargo que inclina todavía más la balanza a favor de la acción necesaria (Cigüela Sola, 2019: 316). Tampoco se debe descartar de antemano una ponderación favorable en situaciones de necesidad económica acuciante²⁹⁴, sobre todo cuando hay cargas familiares muy importantes e imposibles de atender por vías legales²⁹⁵. Es verdad que en la ponderación ha de concurrir un mal concreto, sin que resulte suficiente la alegación de pobreza²⁹⁶, falta de trabajo, etc. Pero no es menos cierto que en el proceso judicial es habitual que se ignoren sin más los efectos perversos que provoca la pobreza en personas concretas con historias de vida muy dramáticas y reales. Hay mujeres que tienen que asumir en solitario la manutención de toda una familia, incluyendo hijos pequeños y ancianos, muchas veces con antecedentes de violencia de todo tipo y que no tienen la más mínima posibilidad de acceder a un trabajo (legal) o a prestaciones públicas para paliar la situación. Por eso es tan reprochable que los tribunales tiendan a minimizar los efectos de la pobreza (Martínez Escamilla, 2006: 240), como si se tratara de un mal fácilmente evitable frente a los horribles efectos que se atribuye, sin paliativos ni matices a cualquier operación donde estén presentes las drogas ilegales. En realidad, lo habitual es que ni siquiera se haga un intento de ponderación de los intereses en juego, sino tan solo un alegato institucional aprendido e impuesto de antemano como presupuesto indiscutible que sitúa al tráfico de drogas como el peor de los males de nuestra sociedad. Pero eso no debe impedir que una y otra vez se alegue el estado de necesidad cuando las situaciones concretas indiquen su oportunidad, con la precaución, eso sí, de proporcionar todas las pruebas que puedan

294. Con razón sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005: 634) que el hecho de que la miseria esté contemplada como circunstancia atenuante en el art. 41 del Código Penal argentino no excluye su posible apreciación en el estado de necesidad justificante cuando se cumplen todos sus requisitos.

295. La frecuente alegación de que difícilmente no existan medios menos perjudiciales que una actuación como "correo" de la droga para evitar situaciones de penuria económica (Silva Sánchez, 2018: 90) me parece poco realista a la vista de las condiciones de vida de algunos países exportadores de drogas ilegales, de donde proceden la mayoría de las llamadas "mulas" que ingresan a territorio europeo sobre todo por vía aérea.

296. Con todo, tiene razón Martínez Escamilla (2006: 244 y ss.) cuando afirma que la pobreza en sí misma es un "mal" cuando alcanza el estatus de exclusión social, ya que afecta de forma directa al derecho de toda persona a tener una vida digna.

fundamentar de forma contundente las situaciones de penuria económica o vulnerabilidad extrema que atraviesa la mujer que realiza la conducta típica, incluidos los imprescindibles informes socioambientales. Ciertamente, esta tarea resultará mucho más difícil en el caso de mujeres extranjeras detenidas en operaciones de tráfico transfronterizo, para lo que sin duda resulta necesario ampliar las vías de colaboración con las instituciones públicas de los países vecinos.

La otra razón que se alega con frecuencia para rechazar el estado de necesidad en conductas de tráfico de drogas es de naturaleza preventivo-general: se apela al riesgo de que proliferen este tipo de comportamientos ante la expectativa de impunidad que supuestamente generaría la exoneración de pena. Este planteamiento merece varias consideraciones. Ante todo, es obvio que no es legítimo utilizar un argumento puramente utilitarista para limitar un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico-penal, como el que concede la eximente de estado de necesidad. Hay que recordar que estamos hablando de una situación en la que el derecho penal considera lícita la conducta típica y no de una simple disculpa ante una actuación antijurídica, de ahí que no resulte legítimo incluir más exigencias de las que la propia ley contempla, a riesgo de infringir el principio de legalidad (Martínez Escamilla, 2006: 262). Bien es verdad que algunos autores, para eludir este escollo, incorporan estos criterios preventivos a la propia ponderación de intereses, entendiendo que el riesgo de impunidad futura es un elemento más a tener en cuenta en la valoración del mal que causa la conducta. Pero este razonamiento implica una inaceptable argumentación apriorística donde se afirma que el mal causado por la operación de tráfico de drogas es mayor porque si se lo considera menor acarreará consecuencias negativas *a posteriori*. Parece claro que en la evaluación de los males en conflicto ha de partirse de las circunstancias objetivas concurrentes en el momento de la acción y no de consideraciones relacionadas con los posibles efectos futuros de la resolución judicial. Por otro lado, nadie dice que cualquier alegación de penuria o vulnerabilidad pueda dar lugar a la eximente de estado de necesidad. Siempre será preciso probar con datos concluyentes que en la situación concreta existían unos condicionantes específicos generadores de un peligro real y objetivo para unos bienes jurídicos igualmente concretos y constatables, de modo tal que el reconocimiento de un estado de necesidad será en todo caso excepcional. No hay motivos, por tanto, para temer a un supuesto "efecto llamada" (Cigüela Sola, 2018: 318) que únicamente tendría sentido si se implantara una línea judicial orientada de forma general a declarar impune cualquier operación de tráfico de drogas protagonizada por una persona pobre que viva en condiciones más o menos precarias, una hipótesis sencillamente inimaginable en los tiempos que corren.

Por otra parte, y entrando ya en el ámbito de la culpabilidad, en el caso de mujeres en situaciones económicas precarias que aceptan pasar droga oculta en su propio cuerpo o en otras condiciones semejantes, no se puede perder de vista la posibilidad de que concurra un supuesto de trata de personas subsumible en la modalidad de captación con fines de explotación laboral, concretamente, para obligarlas a realizar trabajos o servicios

forzados²⁹⁷. Muy ilustrativo en este sentido es el fallo del caso Martínez Hassan, de la Cámara Federal de Casación Penal, sala I, de 18 de octubre de 2018, donde claramente se apunta a la aplicación de la eximente de pena prevista en el art. 5 de la Ley 26364 en un supuesto de tráfico de drogas cometido por una mujer en un contexto de trata²⁹⁸. El mencionado precepto prevé, en efecto, que “las víctimas de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata”, una eximente que parece responder al principio de inexigibilidad de un comportamiento adecuado a derecho en los supuestos en los que la libertad del/ de la autor/a del hecho ilícito se encuentra gravemente constreñida —o sencillamente anulada— por el comportamiento coactivo de un tercero²⁹⁹. La fuerte restricción de la capacidad de autodeterminación genera una situación anormal en la que el/la autor/a no está en condiciones (normales) de motivarse por la norma, excluyendo así la culpabilidad. Con todo, se entiende que esta alternativa de exención de pena ha de considerarse subsidiaria de la causa de justificación de estado de necesidad cuando concurren todos los requisitos para su aplicación (Benítez Ortúzar, 2011: 230), como de hecho sucede en muchos casos de mujeres que se avienen a realizar una operación de transporte de droga en condiciones penosas para neutralizar un mal grave e inaplazable para ella o para sus hijos. En estos casos la causa de justificación tiene preferencia en la medida en que bloquea el juicio de antijuridicidad sin esperar a una mera “disculpa” del derecho por un defecto motivacional. Nada de ello impide, desde luego, que además se alegue la condición de víctima de trata para optar a los derechos asistenciales que la ley concede a estas personas, sin olvidar los importantes efectos en materia migratoria que pueden beneficiar a muchas mujeres extranjeras³⁰⁰.

Y precisamente en relación con las mujeres extranjeras implicadas en el tráfico transfronterizo de estupefacientes, tampoco hay que olvidar otro perfil bastante habitual en la zona norte de Argentina que puede tener repercusiones en materia de responsabilidad penal. Este perfil hace referencia a las mujeres pertenecientes a comunidades indígenas que, debido a la ubicación geográfica y como parte de sus costumbres locales, están acostumbradas al contrabando artesanal en reducidas dimensiones de todo tipo de productos (son conocidas como “bagayeras”), entre los que, en algunas ocasiones, incluyen drogas prohibidas. Cuando se trata de mujeres apegadas a su grupo y tradiciones, que en muchos casos solo hablan quechua y apenas se relacionan con

297. Art. 2 de la Ley 26364 de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas, en la versión modificada por la Ley 26842. La captación de mujeres vulnerables por las organizaciones de narcotráfico está tan presente en América Latina que la propia OEA, en el preámbulo de la ya citada Declaración de Antigua sobre política de drogas de 2013, reconoce expresamente que las mujeres “pueden ser víctimas de explotación por las redes de tráfico ilícito de drogas, lo que ocasiona daños en el núcleo familiar y en la sociedad”.

298. Concretamente, la mujer había sido compelida a pasar droga por la frontera norte de Argentina para saldar una deuda contraída con los titulares de las sustancias con motivo de un previo traslado para ejercer la prostitución en una localidad muy distante de su domicilio.

299. En esta línea el voto del juez Hornos en el mencionado caso Martínez Hassan.

300. El art. 5 de la Ley 26364 dispone que a las víctimas de trata “tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

personas de otros ámbitos culturales, cabe la posibilidad de acudir al llamado por Zaffaroni *error de comprensión* (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2005: 736 y ss.), entendido como una forma de error de prohibición directo que se basa en la falta de internalización de las normas por una socialización diferenciada³⁰¹. Tienen razón quienes insisten en que la conciencia de la antijuridicidad no puede interpretarse en el sentido puramente formal de conocimiento de la existencia de la norma, puesto que puede haber situaciones en las que ese conocimiento formal no sea suficiente como factor motivacional debido a que el/la autor/autora, por vivir en un contexto cultural distinto y con escasa o nula comunicación con el exterior, organiza su vida sobre la base de parámetros y valores diferentes a los de la comunidad de referencia para el ordenamiento punitivo (Castillo Ara, 2014: 256). Y eso es precisamente lo que sucede con las mujeres indígenas que perciben con total normalidad el paso de productos de todo tipo de un lado a otro de la frontera: no les falta conocimiento de la ilicitud del contrabando, pero lo perciben como algo normal y socialmente tolerado. Por eso es irrazonable pensar que su valoración tiene que ser otra cuando lo que transportan son drogas en lugar de alimentos, bebidas, tabaco, etc.

Algunos autores prefieren relacionar la llamada socialización exótica con una especie de alteración cognitiva que encontraría mejor anclaje en la imputabilidad³⁰². En esa línea se mueve también el Código Penal colombiano que declara inimputables, entre otros, a quienes en el momento de ejecución de la conducta no tuvieran capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinarse por esa comprensión debido, entre otras causas, a la “diversidad sociocultural o estados similares” (art. 33). El problema es que incluso extendiendo el concepto de imputabilidad más allá de los condicionantes psíquicos para incluir también los de tipo sociocultural, solo cabría acudir a la inimputabilidad en casos muy extremos de vida comunitaria diferenciada y totalmente aislada del grupo social mayoritario (Cigüela, 2019: 290), algo muy difícil de argumentar en los casos que estamos analizando en este trabajo.

En otro orden de cosas, y para finalizar, conviene recordar que la inmensa mayoría de las mujeres que realizan operaciones de transporte de drogas por encargo de redes criminales de narcotráfico *no forman parte de esas organizaciones* y, por tanto, no se les pueden aplicar las circunstancias agravantes por pertenencia a organización criminal tan frecuentes en la legislación penal comparada³⁰³.

301. Prefiero este término al de “socialización exótica”, acuñado por Jakobs y ampliamente reconocido en la doctrina comparada. Al respecto véase Castillo Ara, 2014: 256, quien, además, distingue entre error de comprensión (relacionado con la interpretación que hace el autor de la norma que capta intelectualmente pero entiendo de forma distinta a la admitida por la generalidad) y falta de internalización de la norma, entendida en un sentido mucho más profundo de socialización en un contexto cultural distinto y contrapuesto al mayoritario.

302. Silva Sánchez, 2018: 90; Cigüela, 2019: 289, no obstante, lo limita a casos extremos de vida prolongada en aislamiento respecto de la sociedad de referencia normativa. También deja apuntada esta posibilidad, aunque sin asumirla totalmente, Castillo Ara, 2014: 256.

303. Con razón indica Bodelón, 2007: 113, que la supuesta pertenencia a un “cartel” de la droga sirve al sistema judicial para justificar las penas tremendamente desproporcionadas que aplican a muchas mujeres que cumplen funciones de transporte (corporal) de cantidades generalmente poco significativas de estupefacientes.

Bibliografía

- Acale Sánchez, M. (2016). La vis atractiva del derecho penal para las mujeres inmigrantes en España. *Derecho penal para un Estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Aguado Correa, T. (2004). *Inexigibilidad de otra conducta en derecho penal*. Granada: Comares.
- Baldó Lavilla, F. (2016). *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2.ª ed. Montevideo/Buenos Aires: B editorial de F.
- Benítez Ortúzar, I. (2011). *Sistema de derecho penal español. Parte especial*. Madrid: Dykinson.
- Bernal del Castillo, J. (2001). Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad. *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi.
- Bodelón González, E. (2007). Mujer inmigrante y sistema penal en España. La construcción de la desigualdad de género en el sistema penal. En E. Almeda Samaranch y E. Bodelón González (eds.), *Mujeres y castigo: un enfoque sociojurídico y de género* (pp. 105-131). Madrid: Dykinson.
- Bustos Ramirez, J. y Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de derecho penal*, vol. I, Madrid: Trotta.
- Carrera, M. L. (2019). Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. *Estudios de jurisprudencia*. Buenos Aires: Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa.
- Castillo Ara, A. (2014). La ponderación de las valoraciones culturales en el error de prohibición. *Revista de Derecho*, XXVII(2).
- Cerezo Mir, J. (1998). *Curso de derecho penal español. Parte general*, tomo II, 6.ª ed. Madrid: Tecnos.
- Cerezo Mir, J. (2001). *Curso de derecho penal español. Parte general*, tomo III. Madrid: Tecnos.
- Chiesa, L. E. (2007). Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona. *Revista Penal*, 20.
- Cigüela Sola, J. (2019). *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuello Contreras, J. (2002). *El derecho penal español. Parte general*, 3.ª ed. Madrid: Dykinson.
- Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 5.
- Di Corleto, J. y Pitlevnik, L. (2011). El fallo Romina, Tejerina, infanticidio y aborto en la Argentina. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 10. Buenos Aires: Hammurabi.
- Di Corleto, J. (2018). *Malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*. Buenos Aires: Didot.
- Frisch, W. (1983). *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Alemania: Heymann.
- Giacomelo, C. (2013). *Mujeres, delitos de droga y sistemas penitenciarios en América Latina*. Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas. Documento informativo del IDPC.
- Gilligan, C. (1985). *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Henkel, H. (1954). Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip. *Festschrift für Edmund Mezger*. Munich, Berlín.
- Hopp, C. M. (2012). Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias. En L. Pitlevnik (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, tomo 13. Buenos Aires: Hammurabi.
- Hopp, C. M. (2017). "Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal. En J. Di Corleto, *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.

- Hruschka, J. (1988). *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*. 2.ª ed. Berlín: Gruyter.
- Larrauri, E. y Varona, D. (1995). *Violencia doméstica y legítima defensa*. Barcelona: EUB.
- Laurenzo Copello, P. (1999). *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lauría Masano, M. y Saba Sardaños, N. (2017). Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género. En J. Di Corleto, *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maqueda Abreu, M. L. (2014). *Razones y sinrazones para una criminología feminista*. Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Madrid: Dykinson.
- Maqueda Abreu, M. L. y Laurenzo Copello, P. (2017). *El derecho penal en casos. Teoría y práctica*, 5.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Escamilla, M. (2006). Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo español. En A. Cuerda Riezu (dir.), *La respuesta del derecho penal ante los nuevos retos*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos/Dykinson.
- Melendo Pardos, M. (2002). *El concepto material de culpabilidad y el principio de inexigibilidad*. Granada: Comares.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed. Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Palermo, O. (2006). *La legítima defensa: una revisión normativista*. Barcelona: Atelier.
- Perron, W. (2014). En *Shönke Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar*. 29.ª ed. Alemania: Beck München.
- Pitch, T. (2003). *Un derecho para dos. La construcción jurídica del género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta.
- Pitlevink, L. y Zalazar, P. (2017). Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia. En J. Di Corleto, *Género y justicia penal*. Buenos Aires: Didot.
- Portilla Contreras, G. (2011). *Derecho penal español. Parte especial*, tomo I, 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal. Parte general*, tomo II. Pamplona: Thomson Reuters-Civitas.
- Silva Forné, D. (2016). *Drogas y derecho penal en el Uruguay*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Silva Sánchez, J. M. (1986). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Barcelona: Librería Bosch.
- Silva Sánchez, J. M. (2018). *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Soto Nieto, F. (2000). El delito de tráfico ilegal de drogas y el estado de necesidad. *La Ley*.
- Stree, W. (2001). En *Shönke y Schröder. Strafgesetzbuch: Kommentar*. 26.ª ed. Alemania: Beck München.
- Virto Larruscain, M. J. (1998). La maternidad contestada: la derogación del infanticidio y la regulación o cancelación del aborto. *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*. Vitoria-Gasteiz: Emakude.
- Varona Gómez, D. (2000). *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*. Granada: Comares.
- Wohlens (2010). En U. Kindhäuser, U. Neumann y H. U. Paeffgen, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 3.ª ed. Baden Baden: Nomos.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2005). *Derecho penal: parte general*, 2.ª edición. Buenos Aires: Ediar.

Capítulo 4. Informe antropológico y de género³⁰⁴

Rita Laura Segato

Las informaciones compiladas en forma de lista en las partes 1.1 y 2.1 de este informe relativas a las fallas en las prácticas judiciales frente a la vulnerabilidad de género y sus intersecciones fueron extraídas de las entrevistas realizadas a miembros de los siguientes órganos del sistema de Administración de justicia: Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Fiscalía General ante Tribunales Orales en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Defensoría General de la Nación, Cámara Federal de Casación Penal, Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Fiscalía ante la Cámara Federal de Casación Penal, Fiscalía en lo Penal y Económico, Procuraduría de Narcocriminalidad de la Procuración General de la Nación, Fiscalía ante la Cámara Nacional de Casación Penal, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Fiscalía en lo Criminal y Correccional Federal, Procuraduría para el Combate de la Trata y Explotación de Personas de la Procuración General de la Nación, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Cámara Federal de Salta, Tribunal Oral Federal de Salta, Fiscalía Federal de Salta en la capital provincial y en la ciudad de Orán.

Las recomendaciones compiladas en las partes 2.1 y 2.2 de este informe relativas a la vulnerabilidad de género en las cárceles fueron extraídas de entrevistas a mujeres privadas de libertad en la cárcel federal de Güemes, provincia de Salta, y expresidarias de la agrupación Yo No Fui de la Ciudad de Buenos Aires.

La tercera parte de este informe es la interpretación de esos datos a la luz de la perspectiva de género.

304. Informe elaborado para este proyecto de la Defensoría General de la Nación y Eurosocial+.

1. Descripción de las fallas en las prácticas judiciales y carcelarias frente a la vulnerabilidad de género y sus intersecciones

1.1. Descripción de las fallas en las prácticas judiciales frente a la vulnerabilidad de género y sus intersecciones

Es una apreciación general por parte de los entrevistados que la mayor parte de los delitos de tráfico, graves o leves, son cometidos por hombres. En la actualidad, los hombres han superado en número a las mujeres hasta en el tráfico por ingesta, y la proporción de la participación masculina se encuentra en aumento. Mientras que la mayor parte de los delitos de todo tipo son cometidos por hombres, los delitos más frecuentes cometidos por las mujeres y la población trans son el narcomenudeo y el microtráfico.

El rol de las mujeres en el tráfico como mulas puede ser considerado una continuidad de la costumbre del contrabando hormiga, realizado tradicionalmente por mujeres en la frontera norte de Argentina con Bolivia. Esto podría estar ocasionando la dificultad de estas para percibir la práctica como crimen, ya que se trata de una costumbre muy arraigada. También se superponen cognitivamente aquí el campo del delito y el campo del trabajo habitual en el transporte de mercancías de las vendedoras ambulantes. Se trata de una zona fronteriza de una economía muy informal, sin trabajo estable. Los límites entre informalidad, legalidad e ilegalidad son muy imprecisos.

El rol de las mujeres en sus delitos frecuentes de narcomenudeo y microtráfico es como acompañantes, por efecto de sus vínculos y resultante de su posición vulnerable en las relaciones en que participan.

Una gran cantidad de personas encarceladas se encuentran condenadas por infracción a la ley de drogas. En el caso de las mujeres, son frecuentes los casos de viudas o cabezas de familia con progenitores o hijos dependientes, con hijos discapacitados, con bajos niveles de educación y desocupadas.

Es destacable la desproporción entre sentenciados y sentenciadas por delitos de baja peligrosidad y delitos por participación en niveles medios y altos de las grandes organizaciones criminales como transportadores, supervisores de transporte, financieros, comercializadores de alto rango y quienes actúan en el lavado y reinversión de las ganancias. Esto debe ser considerado como un efecto de la “selectividad de la justicia”.

A las fuerzas de seguridad se las evalúa por la cantidad de carga que incautan, por lo tanto, se interesan en la recuperación de la carga y no en la investigación de la estructura y *modus operandi* de la organización que desarticulan.

Para el buen desempeño de sus funciones, fiscales y jueces no disponen de un centro de investigación que les permita entender cómo funcionan las organizaciones criminales, así como tampoco sus transformaciones y adaptaciones en el tiempo.

Los jueces que mantienen una posición aperturista para las imputadas vulnerables en función de las razones antes enumeradas, ven sus absoluciones relativas al tráfico de drogas anuladas por tribunales superiores en nombre de la “lucha contra el narcotráfico”. Invocar el “combate al narcotráfico” para anular sentencias que no se desligan de la dogmática penal y sí de una interacción empática de los jueces representa un gran retroceso en materia de garantías.

A pesar de que se trata en la mayor parte de los casos de participación por relación, el mismo tipo penal rige para todos los involucrados y juzga la iniciativa criminal y la organización del delito de la misma forma y la tipifica en conjunto con la complicidad. Además, el tipo penal para el tráfico de gran porte y para el microtráfico es el mismo: es considerado el mismo delito.

La tendencia en la delincuencia femenina está caracterizada por tener como finalidad y resultado obtener una ganancia de monto pequeño mediante el cruce de una frontera transportando un bulto cuyo contenido es generalmente desconocido por la transportadora, aun cuando son conscientes de que se debe disimular o esconder. No se accede al mandante y se les aplica la pena mínima, cuatro años o cuatro años y medio según el delito imputado, que aun así afecta dramáticamente a su papel materno y su capacidad de acompañar el crecimiento de sus hijos menores que ya no pueden permanecer en el establecimiento penal. Por lo tanto, se verifica una falta de proporcionalidad entre la pena infligida y la peligrosidad real de la sentenciada.

Se configura violencia institucional porque se encuentran presas personas de baja peligrosidad.

En ninguna de las etapas procesales se contemplan de forma clara y sin ambigüedades los factores de vulnerabilidad, que podrían incidir tanto en la definición del delito como en la determinación de la pena. Por eso, se verifica una deuda de los jueces a este respecto por no trabajar para conseguir definiciones consensuadas que permitan emitir sentencias más adecuadas y eficientes.

La inmensa mayoría de las sentenciadas (64%) son cabezas de familia y el principal sostén económico de sus familias. Son las únicas responsables de sus hijos. Agrava la violencia institucional el hecho de que, según el criterio del fiscal actuante en la causa, la condición de madre es considerada por algunos fiscales y jueces, especialmente fuera de la Capital Federal, como agravante por la falta de responsabilidad en la educación de los hijos (un ejemplo es el caso de un juez que no concedió prisión domiciliaria a una mujer sentenciada y con arraigo en la localidad porque tenía hijos y había vendido droga en su casa).

El reproche moral que recae sobre las mujeres agrava la acción de la justicia sobre ellas. En general se da una valoración más negativa al mismo crimen cuando es perpetrado por una mujer como consecuencia del reproche moral. Incluso ha llegado a suceder que se impute a la madre por una agresión de un padre a un hijo.

La formación en derecho de fiscales y jueces no incluye ni exige un curso de relaciones de género.

En algunos casos, la sentenciada es víctima del crimen de trata y, como tal, se la somete a la realización de tareas forzadas, entre ellas el tráfico de drogas. En la mayor parte de los casos faltan las condiciones necesarias para la clarificación de la situación real en la que la imputada realizó su crimen, pues puede considerarse dudoso el consentimiento y la autonomía de la imputada y, por lo tanto, su punibilidad en casos de tráfico a pequeña escala.

En los casos de tráfico hacia el interior de las cárceles masculinas por parte de mujeres durante las visitas, se constata que han sido obligadas a hacerlo y con frecuencia bajo amenaza.

De la misma forma, en casos de tráfico de pequeño monto, también es posible suponer desinformación sobre la ley, es decir, desinformación sobre las obligaciones de la ciudadanía. La regla no escrita antes vigente, consuetudinaria, de que no se encarcelaba a las mujeres, ha sido discontinuada como práctica y se constata un efecto perverso de la ampliación de la posición de la mujer en el contexto de la ciudadanía como sujeto de obligaciones y derechos, ya que en la ley pasa a igualar formalmente su situación ante la justicia, pero esa igualación solamente enmascara, por no considerarla, su situación de desventaja real en la sociedad, en términos de su acceso a la información, a la decisión autónoma de sus actos y al consentimiento o no consentimiento frente a una propuesta o sollicitación proveniente de una persona frente a la cual se percibe en situación de desventaja.

En algunos supuestos, los expedientes no incluyen los informes socioambientales de las procesadas, lo que debería ser obligatorio para evaluar la situación de las mismas, la condición posible de un estado de necesidad que pueda influir en su sobreseimiento o absolución o, en última instancia, en un atenuante de la pena impuesta por la sentencia. Esas condiciones sociales deberían ser un baremo a tener en cuenta para evaluar si la conducta fue antijurídica y culpable y, por tanto, para evaluar si el Estado debe o no intervenir con una respuesta penal y de qué magnitud.

No existe una red de defensorías argentinas y bolivianas por la que sería posible hacer circular la información necesaria para el rol de la Defensoría en los procesos (ver los casos relatados en el anexo de este informe).

Es desesperada la situación de las mujeres bolivianas presas que no tienen ninguna información sobre la situación en que se encuentran sus hijos y han perdido totalmente el contacto con sus familias.

El contraargumento de algunos fiscales aquí es que ablandar la pena o adherir a una política de expulsión en consideración a la vulnerabilidad de las mujeres podrá tener como consecuencia una mayor vulneración de las mismas, ya que aumentaría su captación para el crimen por parte de las organizaciones criminales. Se constata con este contraargumento que no se pueden corregir los comportamientos delictivos exclusivamente mediante la herramienta de la ley.

Se confirma una predominancia del dogmatismo jurídico y de una perspectiva tecnocrática dependiente exclusivamente de la dogmática penal en la manera de encarar los procesos por parte de los operadores del derecho, con menoscabo de la interacción empática y personalizada con las procesadas. En muchos casos, los jueces no llegan a conocer personalmente a las mujeres que condenan. Los jueces son exponentes de la exterioridad del Estado, como consecuencia de una formación de los abogados para esa relación de exterioridad respecto a lo juzgado y a las personas enjuiciadas.

Aun cuando los jueces actuantes, mediante una conversación y un acuerdo consensuado de sentido común, tengan en cuenta datos de contexto, en el sentido de circunstancias del hecho, y otras consideraciones, el argumento que queda asentado es el contemplado por la dogmática jurídica, es decir, no se revelan las otras consideraciones. En otras palabras, el tribunal opera de una forma próxima a la justicia comunitaria pero registra el caso y fundamenta su decisión en los términos de la ley.

En algunos casos la demora en llegar a juicio es demasiado larga, pero no tanto como para que el caso prescriba. En ese caso se ha utilizado con éxito la noción de "plazo razonable", que es efectiva y justa.

El sistema escriturario habilita la realización de planteos estandarizados. Esto se modifica cuando la exposición es oral. El argumento escrito tiende a ser repetitivo, estereotipado, pues se cumple un expediente que sigue una pauta definida. El argumento de la defensoría tiene siempre más éxito cuando se opta por la oralidad.

Los operadores judiciales que piensan técnicamente en el derecho y actúan guiados estrictamente por la dogmática trazan una línea divisoria entre lo que deben considerar y lo que no necesitan considerar, y sumariamente excluyen consideraciones relevantes para el caso y para la ejecución de la pena, eliminando sobre todo las consideraciones del "contexto".

El abordaje técnico basado en la dogmática del derecho omite también la empatía y coloca en su lugar el trámite burocrático. Es imposible defender sin empatía. En ocasiones,

también se invoca la noción de “empatía” sin ningún conocimiento o competencia que permita comprender el significado de ese concepto.

No existe en Argentina, como existe en Colombia, un desarrollo del “ámbito del contexto”, una aceptación de “pruebas de contexto” y un protocolo de examen de estas “pruebas de contexto” que respalden los argumentos de la Defensoría. Solo la categoría jurídica “contexto” es capaz de singularizar los casos, evitando el margen de error que ocurre con la “reducción a términos”, es decir, el recorte arbitrario que se le impone a la situación del crimen para darle cabida en la verdadera “cama de Procasto” que es el texto jurídico. Evitar ese margen de error es particularmente importante cuando se trata de una imputada vulnerable por su condición de género y en interseccionalidad con su condición de clase, raza, etnicidad, posición social, competencia lingüística y escolaridad.

Las mujeres mulas, que actúan en el microtráfico, por lo general no hablan, no relatan nada durante el proceso, por el cual transitan y son condenadas sin ofrecer resistencia ni intentar contraargumentar. Una vez condenadas y cumpliendo pena comienzan a relatar lo sucedido y ofrecen elementos que hubieran podido jugar un papel en la reducción de la pena.

El procedimiento del “juicio abreviado” redundante en cancelar toda atención a los datos de contexto, imposibilitando una defensa adecuada. Los juicios abreviados tienen un carácter extorsivo, comenzaron intentando ofrecer un beneficio al imputado pero su uso indiscriminado puede perjudicar a los procesados. El juicio abreviado ha sido desvirtuado y necesita ser reconsiderado y contar con un protocolo más preciso.

La falta de una rotatividad de los jueces torna el resultado de los juicios previsible, pues no garantiza miradas con criterios diversos sobre los casos.

En el país actúan cuatro fuerzas federales con información no asociada y veinticuatro Policías Locales también con información no asociada. No existe un sistema de información unificado, lo que afecta a la comprensión de las estrategias delictivas y también a las transformaciones de las prácticas criminales en el tiempo.

La formación en derecho de fiscales y jueces no incluye ni exige un curso de especialización sobre organizaciones criminales y crimen organizado.

1.2. Descripción de la vulnerabilidad de género en las cárceles

En el medio carcelario, la vulnerabilidad de las sentenciadas se potencia y el resultado es que el vulnerable se torna más vulnerable aún en ese ambiente. Todo el sistema penal recae sobre el más débil. El caso de las mujeres encarceladas es un ejemplo, posiblemente el más evidente, de cómo la desigualdad de género impacta en el ambiente

carcelario. Eso se debe a que la práctica de la justicia por parte del Estado, en todos sus niveles, no ha sido alcanzada aún por la conciencia del sesgo patriarcal que afecta la mentalidad de sus operadores.

La sentenciada queda en las manos del/de la defensor/a a quien se le asigna el caso de la ejecución de la pena y pasa a depender de la simpatía o antipatía y prejuicios personales de esta con su persona y con su caso, de manera que puede suceder que el/la defensor/a no dé crédito o no valide el relato de su defendida y deje de intentar recursos y caminos para la obtención de beneficio por esa razón.

Algunas entrevistadas manifestaron que sus defensores nunca se han presentado a verlas y que no les brindaron ninguna información, ni siquiera la más elemental sobre su situación y lo que pueden esperar de la justicia y en qué plazo. La espera en el desconocimiento es extremadamente angustiante y produce secuelas psíquicas importantes.

Las condiciones de encarcelamiento son muy malas y los castigos muy crueles y, en muchos casos, injustos, especialmente para aquellas presas no asistidas adecuadamente por un defensor que no se hace presente.

No existe una supervisión adecuada de la sociabilidad y modos de relacionarse entre la comunidad carcelaria, por lo que se dan abusos por parte de las presas más agresivas y autoritarias hacia el resto.

Las sentenciadas tienen una falta de conocimiento de la ley —derechos y obligaciones—, así como del vocabulario técnico, que no se comprende fácilmente. El instructivo que se entrega a la persona detenida es de difícil comprensión y requiere una habilidad de lectura infrecuente entre las mujeres que se encuentran en esa situación, precisamente resultante de su múltiple vulnerabilidad de género, económica, social, educativa, lingüística y étnico-racial.

Como estrategia de control, el medio carcelario se esfuerza por demostrar su capacidad de arbitrio, de discrecionalidad en el trato imprevisible e injusto dado a las presas. El mensaje es que se tiene un control irrestricto de sus vidas.

En los casos en que las presas podrían gozar del derecho al “extrañamiento anticipado” que les garantiza el derecho al retorno a su país por necesidad del cuidado de sus hijos, lo habitual es la imposibilidad de conseguir del país de origen —Bolivia, generalmente— los informes socioambientales que demuestren su estado de necesidad y la situación en que permanecen sus dependientes debido a su ausencia.

No se tiene en cuenta que la sentenciada tiene a su cargo no solamente a sus hijos, sino también, frecuentemente, a adultos mayores, que ha dejado en situación de abandono en su domicilio de origen.

No existe un equipo interdisciplinar que incluya mediadores de peritos de las diferentes especialidades para que discutan cada caso desde sus diferentes perspectivas y tengan el papel de acercar al defensor y al juez a la comprensión del caso.

Los varios servicios propios de una unidad carcelaria son pensados a partir de las necesidades de una cárcel de hombres: las autoridades suelen ser masculinas, el kit de higiene no tiene especificidad y no se adapta a sus necesidades, y toda la concepción de la privación de libertad es poco sensible a las conductas delictivas propias del crimen perpetrado por mujeres conduciendo a un rigor desproporcional con los tipos de delito en cuestión.

En el caso de las mujeres encarceladas, a diferencia de los hombres en la misma situación, es una verdad general que no reciben visitas íntimas y, además, las visitas de sus familiares comienzan a disminuir con el paso del tiempo por diversas razones. Una de estas razones es que las propias presas las desestimulan para proteger a sus hijos y madres del sufrimiento que implica verlas en la situación carcelaria. Un contraste con la situación de los hombres encarcelados es que es posible apreciar una larga fila de mujeres esperando el acceso a la visita, mientras que no se verifica lo mismo en los compañeros de las mujeres encarceladas ya que, la tendencia es que se encuentren también cumpliendo penas con privación de la libertad o desistan de acompañarlas y visitarlas a lo largo de su encierro.

No se tienen en cuenta las condiciones de existencia que van a encontrar las presas al salir de la cárcel: documentación, vivienda, existencia de un centro de salud (especialmente para las egresadas con VIH), trabajo para la subsistencia, grupo de acogida (como ejemplo, una presa que salió de la prisión sin documento, sin vivienda y sin familia, por lo que tuvo que permanecer con la dirección del penal como domicilio). Hay necesidad de organizaciones asistenciales que acompañen la transición.

La forma de disciplinar y contener en el medio carcelario femenino es el llamado “chaleco químico”, que es la reducción por medio de fármacos de la autonomía emocional y física de las mujeres privadas de libertad. Es considerable el daño psíquico y físico producido por el uso abusivo de psicofármacos, que induce además a la dependencia química y sus daños colaterales. Debe considerarse también que las mujeres presas, inducidas al consumo de drogas legales en el interior de los establecimientos, al recuperar la libertad no cuentan con los medios necesarios como para continuar obteniendo los medicamentos, lo que amplía su condena a un sufrimiento prolongado por la abstinencia.

El pabellón psiquiátrico de las mujeres es particularmente cruel y es posible hablar de una “crueldad psiquiátrica” con vastos efectos destructivos para las allí internadas.

No se garantiza la medicación a presos dependientes de la misma para la preservación de su salud y supervivencia.

La salida al hospital en caso de enfermedad queda a discreción del juez a cargo de la ejecución penal, que puede no cumplir con este requerimiento.

Las mujeres trans se enfrentan a dificultades específicas: incumplimiento del derecho a la autoidentificación de género y falta de continuidad del tratamiento hormonal en condiciones de detención.

La comida ofrecida a los infantes que se encuentran todavía en el penal al cuidado de sus madres es de muy baja calidad y no corresponde a sus necesidades.

2. Recomendaciones relativas a las fallas en las prácticas judiciales y carcelarias frente a la vulnerabilidad de género y sus intersecciones

2.1. Recomendaciones relativas a las fallas en las prácticas judiciales frente a la vulnerabilidad de género y sus intersecciones

Reclamar que los cursos de formación de abogados adopten o amplíen la perspectiva social y, en especial, la perspectiva de género, formando a los futuros jueces y fiscales para que escuchen a las personas que se encuentran detrás de los expedientes. Las facultades de Derecho deben promover la empatía como un valor y formar a los futuros operadores del derecho para que su práctica sea menos dogmática y más interactiva.

Fomentar activamente, mediante seminarios, coloquios y conferencias, la comprensión y asimilación, por parte de fiscales, jueces y defensores, de nociones técnicas sociológicas sobre el campo de las relaciones de poder en la sociedad y cómo estas afectan al efectivo estatus de existencia de la “ciudadanía”, con sus preceptos modernos de igualdad y libertad, que la dogmática del derecho presume como una realidad incontestable.

La perspectiva de género, el propósito de la igualdad y el precepto de la discriminación positiva tienen que incidir en la práctica del derecho por sus operadores, en la realidad carcelaria y en la sociedad.

Jueces, fiscales, personal policial y autoridades carcelarias deben tener y comprobar, mediante exámenes de conocimiento y psicotécnicos, formación en perspectiva de género. Los exámenes que comprueben esa formación deben ser eliminatorios para el acceso a los cargos y garantizar la respectiva exposición a los conceptos y experiencias relativas a la desigualdad patriarcal.

Impulsar la sustitución del dogmatismo jurídico y de la dependencia tecnocrática de la dogmática penal por una interacción empática con las procesadas y una deliberación más libre y menos dogmática entre los jueces.

Ofrecer y exigir por parte de los miembros de las defensorías que actúan en todas las etapas del juicio —instrucción, oral y ejecución penal— la comprensión y asimilación competente del significado del concepto de “empatía” mediante cursos, seminarios y conferencias sobre el tema.

Promover la presentación oral de los argumentos de la Defensoría, menos estandarizados y rutinarios, y comprobadamente más eficientes y exitosos ante los jueces.

La Defensoría puede y debe repetir argumentos hasta el momento de la “cosa juzgada”, es decir, hasta el final de un juicio. Debe integrar elementos nuevos o insistir en los elementos presentados cuando la instrucción no los haya incorporado. No debe desistir de elementos que introdujo y no fueron considerados. Cuando no obtuvieron éxito, se deben intentar nuevas apoyaturas jurídicas y/o más pruebas.

Legislar para que sea posible modificar en la etapa oral los errores cometidos en la etapa de instrucción.

Utilizar el argumento del “plazo razonable” cuando la demora en llegar a juicio es demasiado larga aun sin llegar a la prescripción.

Crear un equipo interdisciplinario que incluya mediadores de peritos de las diferentes especialidades para que discutan cada caso desde sus diferentes perspectivas y tengan el papel de acercar el juez a la comprensión del caso.

Ampliar, en la manera de la justicia colombiana, el concepto de “ámbito de contexto”, en el sentido de circunstancias del hecho, y de “pruebas de contexto”. No existe en Argentina, como existe en Colombia, un desarrollo del “ámbito del contexto”, una aceptación de “pruebas de contexto” y un protocolo de examen de estas “pruebas de contexto” que respalden los argumentos de la Defensoría. Solo la categoría jurídica “contexto” es capaz de singularizar los casos, evitando el margen de error que ocurre con la “reducción a términos”, es decir, el recorte arbitrario que se le impone a la situación del crimen para darle cabida en la verdadera “cama de Procasto” que es el texto jurídico. Evitar ese margen de error es particularmente importante cuando se trata de una imputada vulnerable por su condición de género y en interseccionalidad con su condición de clase, raza, etnicidad, posición social, competencia lingüística y escolaridad.

Fijar con más precisión las exigencias que debe respetar un “juicio abreviado”, para que no redunde en perjuicio para la imputada, especialmente cuando toda consideración del contexto queda imposibilitada.

Debería crearse un Colegio de Jueces o *pool* de jueces para garantizar una rotatividad de los mismos, lo que permitiría más de una visión y criterios diversos sobre los casos.

Legislar para que la ley contemple las diversas vulnerabilidades que tienen las mujeres.

Eradicar la violencia institucional y otorgar al dolor infligido por la pena una proporcionalidad más adecuada a la gravedad del daño causado por el crimen.

Tornar la justicia más eficiente mediante la diferenciación de los tipos criminales de baja peligrosidad y alta peligrosidad, ya que es evidente la desproporción entre sentenciados y sentenciadas por delitos de baja peligrosidad y delitos por participación en niveles medios y altos de las grandes organizaciones criminales.

Tornar la justicia más eficiente mediante la diferenciación de los tipos criminales relativos a negocios de gran porte y pequeño porte.

Crear un índice de vulnerabilidad específico para clasificar a las imputadas y con ello operacionalizar la vulnerabilidad en los argumentos de defensa. Definir y normar, por ejemplo, si la condición de madre es un agravante o un atenuante por la vulnerabilidad que implica, o un agravante para el delito en cuestión.

En los casos de trata definir no solamente la vulnerabilidad de la víctima, sino también la vulnerabilidad de la imputada en un crimen de tráfico cuando es también víctima de trata.

Definir indicadores claros de vulnerabilidad: de género, psíquicos, sociales, económicos, educativos, lingüísticos y étnico-raciales, y considerar las variables de interseccionalidad.

Revisar la noción de consentimiento, vinculada a la noción de autonomía de los sujetos en el orden ciudadano. En el caso de muchas mujeres esta definición es ficcional, no representa adecuadamente la realidad de la formación sentimental que resulta de los procesos de socialización de las mujeres. Es posible invocar el síndrome de sometimiento para mujeres que no pueden prescindir de su agresor, ya sea por su autopercepción en el ámbito social o por su dependencia económica para su supervivencia y la de sus hijos. Los temas del "conocimiento de la ley", "consentimiento" y "autonomía" no pueden ser invocados sin hacer incidir la perspectiva de género y el contexto civilizatorio propio. Solo a partir de una comprensión situada es válido evaluar el margen de autonomía y la capacidad de decisión del sujeto.

La definición de indicadores claros que permitan demostrar victimización, explotación y sometimiento para la práctica del delito es crucial cuando una víctima de trata es identificada delinquiendo. Hay que definir también las pruebas de sometimiento, así como los indicadores de sometimiento, control de la sexualidad y reducción a la

explotación laboral y a servidumbre sexual o laboral, y el tiempo necesario como para detectar esa condición.

Identificar la existencia o no de un tercero interesado, o mandante, en la comisión del crimen que se juzga, para que el peso de la sentencia pueda caer con más fuerza en esa figura y con menos peso en la autora y víctima del delito.

Generar un sistema de información unificado de los datos de todas las fuerzas policiales del país.

Ofrecer un curso de especialización y actualización permanente sobre organizaciones criminales y crimen organizado.

Tornar obligatoria la inclusión en el protocolo de las causas penales de los informes ambientales que revelen las condiciones de vida en el ambiente de origen y permitan verificar si es posible argumentar en la defensa el estado de necesidad de la imputada.

2.2. Recomendaciones relativas a la vulnerabilidad de género en las cárceles

- Implementar una política pública amplia de publicidad de los derechos, obligaciones y prohibiciones destinada a los ciudadanos y ciudadanas de Bolivia y Argentina, que divulgue en los medios de comunicación, radio y televisión, casos de tráfico y otros delitos frecuentes y sus consecuencias para la vida de quien delinque. Es indispensable la publicidad de las reglas de la justicia y de las penas.
- Es urgente ampliar el personal en todos los oficios que afectan la acción del poder judicial.
- Deben garantizarse mediante inspecciones más eficientes y frecuentes que las condiciones de encarcelamiento sean adecuadas y benignas, así como también la suspensión de los castigos crueles y, en muchos casos, injustos, especialmente para aquellas presas no asistidas adecuadamente por un defensor que no se hace presente.
- Debe garantizarse una supervisión adecuada, por parte de las autoridades, de la sociabilidad y modos de relacionarse entre la comunidad carcelaria para impedir abusos de las presas más agresivas y autoritarias sobre el resto.
- Fomentar la sustitución, por parte de los defensores que actúan en la ejecución de la pena, del enfoque dogmático por un enfoque empático, previa clarificación competente sobre el significado del concepto “empatía”.
- Deben buscarse caminos para garantizar el respeto del defensor/a a cargo del caso al relato y a los argumentos presentados por la sentenciada. Deben, además, existir garantías para que esos relatos y argumentos sean efectivamente aprovechados en la búsqueda de beneficios para el caso.
- Promover, entre los defensores, una práctica más frecuente de la apelación ante la Suprema Corte de la revisión de las condenas.

Es una regla general que la defensoría debe requerir de forma reiterada por todos los medios a su alcance una entrevista presencial con el juez o jueza a cargo del proceso. La experiencia muestra que en los casos en que el juez puede ver y escuchar a la mujer que juzga se ha podido alcanzar una mejor acogida para su pleito. Suele dar buen resultado encaminar al juez “por derecho propio”, que la misma sentenciada, de forma insistente, presente el requerimiento de una entrevista presencial y un escrito de la defensoría bien argumentado.

Además del instructivo que se entrega a la persona detenida junto al número de teléfono de su abogado defensor, la Defensoría debe informar a la persona detenida oralmente —no exclusivamente mediante instrucción escrita— cómo debe defenderse.

El derecho a la autodefensa debe ser garantizado, pues se ha comprobado que los escritos de las presas suelen abrirse camino y obtener éxito ante los jueces. Cuando las mujeres, acompañadas por el defensor o defensora, presentan sus argumentos directamente, son escuchadas con mayor atención y buena disposición por los jueces.

- Ofrecer acceso al conocimiento de la ley —derechos y obligaciones— por parte de las sentenciadas, así como del vocabulario técnico, que no es comprendido fácilmente.
- Proporcionar a las presas la información de los roles y obligaciones de todos los funcionarios que prestan servicio en la cárcel.
- Garantizar, mediante la ley, la revisión de los casos en que la sentenciada comienza a ofrecer un relato de lo sucedido cuando ya se encuentra cumpliendo pena.
- La Defensoría debe incidir, con pedidos en tiempo y forma, para que, al finalizar el proceso, el destino carcelario de la condenada sea próximo al domicilio de su familia.
- Facilitar las visitas íntimas en las cárceles de mujeres.
- Promover y facilitar, mediante campañas, las visitas de familiares.
- Realizar el monitoreo de la unidad carcelaria mediante un recorrido por la misma sin previo aviso y sin guía por parte de guardias penitenciarios.
- Garantizar que la administración de la cárcel de mujeres esté a cargo de autoridades femeninas y no de hombres.
- Mejorar las condiciones necesarias para la clarificación de la situación real en que la imputada realizó su crimen.
- Revisar críticamente la proporcionalidad del dolor y las consecuencias infringidas por la pena con el daño causado por el delito en que incurrió la sentenciada en términos de sus consecuencias para la sociedad.
- Reflexionar sobre la proporcionalidad del dolor infringido por la pena y su productividad en el sentido de la eficacia de la justicia como medio para proteger la sociedad.
- Garantizar, mediante negociación con el país de origen de las sentenciadas —Bolivia— la obtención y entrega a la justicia argentina de los informes socioambientales sobre la situación de la sentenciada y de su familia. Deben establecerse canales de coordinación con las autoridades consulares para garantizar el acceso a la información necesaria.

- Crear canales de coordinación con la Defensoría del Pueblo de Bolivia y con las autoridades consulares para la repatriación de las sentenciadas que, por no tener domicilio en Argentina, no pueden ser excarceladas y deben permanecer privadas de libertad incluso por pequeños delitos de tráfico, dejando a sus hijos e hijas en una situación de abandono. Debe posibilitarse el retorno a Bolivia y la prisión domiciliaria con obligación de presentarse en el consulado de Argentina en la localidad.
- Crear canales y firmar convenios para conseguir pruebas en el extranjero. La Defensoría no tiene presencia en Bolivia, donde se encuentra la mitad de la historia que necesita para su labor. El convenio con la Defensoría del Pueblo de Bolivia deberá contemplar las siguientes prestaciones: 1) obtener datos sobre la situación socioambiental de las procesadas para el uso de la Defensoría en la elaboración de sus argumentos y 2) reducir daños al retornar a Bolivia y protección para que no ocurra la reincidencia (nueva captación por el crimen organizado). Es posible pensar en un agregado de la Defensoría en la Embajada Argentina en Bolivia.
- Constituir una red de Defensorías argentinas y bolivianas que permita hacer circular la información necesaria para el rol de la Defensoría en los procesos.

La red de Defensorías u otros pactos y convenios pueden también prestar auxilio a mujeres que se encuentran presas en Argentina, hayan perdido todo contacto con sus hijos y experimenten un gran sufrimiento por no poder conocer la situación de los mismos.

- Realizar una investigación rigurosa sobre el uso abusivo de psicofármacos en los establecimientos carcelarios y reglamentar rigurosamente el mismo. Sustituir el "chaleco químico" por deportes y otras formas de utilización del tiempo de internación que sean capaces de reemplazar el apaciguamiento por medios químicos. Asegurar la continuidad del tratamiento al recuperar la libertad.
- Investigar y reformar, con la participación de personal médico ajeno a la institución carcelaria, las prácticas en los pabellones psiquiátricos femeninos.
- Preparar las condiciones en el medio de recepción de la egresada: documentación, vivienda, trabajo para la subsistencia y grupo de acogida. Promover la creación de organizaciones asistenciales que acompañen la transición a la libertad.
- Verificar el suministro de la medicación a presos dependientes de la misma para la preservación de su salud y de su supervivencia.
- Respalda la acción de la Defensoría el cumplimiento de los requerimientos de salida al hospital para cuidados médicos.
- Garantizar a las mujeres trans el derecho a la autoidentificación de género y a la continuidad del tratamiento hormonal en condiciones de detención.
- Certificar la inspección de la alimentación, en especial la de los bebés nacidos en el penal y que se encuentran todavía al cuidado de la madre presa.

Debe asegurarse que el defensor de la Infancia o la autoridad de protección a la infancia se haga presente en la cárcel para asistir a los infantes que allí viven.

Anexo. Dos casos encaminados exitosamente como resultado de la intervención del proyecto

A partir de mi participación en el proyecto de la Defensoría General de la Nación de Argentina y después de tener conocimiento de la situación en que se encuentra la mayoría de las mujeres bolivianas presas en el establecimiento penal de Güemes, provincia de Salta, decidí contactar con Marcelo Nicolás Ríos Guerra Verdún, cuya tesis de maestría oriento en la Universidad Mayor de San Andrés de la ciudad de La Paz y quien trabaja como psicólogo social de la Defensoría del Pueblo de Bolivia – Delegación Departamental de La Paz, para que incluso antes de la implementación de los resultados del presente proyecto se puedan gestionar algunos informes socioambientales que permitan facilitar el trámite de extrañamiento de las presas más urgentes. Citando de la sección 1.2 de este mismo informe:

En los casos en que las presas podrían gozar del derecho al “extrañamiento anticipado” que les garantiza el derecho al retorno a su país por necesidad del cuidado de sus hijos, lo habitual es la imposibilidad de conseguir del país de origen, Bolivia generalmente, los informes socioambientales que demuestren su estado de necesidad y la situación en que permanecen de sus dependientes debido a su ausencia.

A partir de la intermediación del citado profesional de la Defensoría de Bolivia y de la defensora Clarisa Galán, con actuación en la provincia de Salta, hemos tenido éxito en la obtención del extrañamiento anticipado y del derecho de retorno a su país de dos mujeres presas.

Caso 1

Se gestionó un informe biopsicosocial de la situación de salud de Fernando Suárez, de 14 años, apodado Chumita, hijo de Claudia S. E., detenida en Argentina por tráfico de cocaína. Claudia tuvo que acudir a ese delito para poder obtener dinero y cubrir la quimioterapia de su hijo. Fernando sufría de un cáncer terminal y solicitaba ver a su madre. A partir de gestiones interinstitucionales se logró que el juez encargado del caso diera excarcelación por 30 días a la madre del niño para que fuera a Santa Cruz de la Sierra a ver a su hijo; la Defensoría del Pueblo fue la garante para que Claudia llegara a su domicilio en Bolivia. Claudia lo acompañó en sus últimos días de vida. Todas las gestiones para la confección del informe se hicieron por coordinación vía WhatsApp y correos institucionales. El informe fue utilizado en presentaciones judiciales que concluyeron en el sobreseimiento de Claudia.

Caso 2

Pamela Velasco Navia se encontraba presa por el delito de tráfico de estupefacientes en la cárcel de la ciudad de Güemes. Por razones de necesidad económica, Pamela se

vio obligada a trasladarse a Argentina donde fue hecha presa por tráfico, condenada a tres años con suspensión y el compromiso de remitir y verificar su domicilio en Bolivia, compromiso que no conseguía cumplir por falta de contacto y acuerdo de cooperación con las autoridades bolivianas. Fue liberada el 15 de abril de 2019, mientras redacto este informe, trasladada a la localidad fronteriza de Salvador Maza, donde el personal de la oficina defensorial de Yacuiba, Bolivia, la esperó para posibilitar su ingreso a territorio boliviano y trasladarla hasta esta ciudad, ya que ella no cuenta con documentos de identidad ni recursos económicos. En las próximas horas partirá hacia Cochabamba, donde el personal de la Delegación Defensorial de ese departamento la apoyará para que se traslade hasta el municipio de Cliza, de donde es oriunda, para reencontrarse con sus dos hijas de 9 y 6 años y el resto de su familia. Su repatriación fue posible porque, a petición de la Defensoría de La Paz y por solicitud de la Defensoría de Salta, finalmente se pudieron obtener los informes biopsicosociales que demostraron las difíciles condiciones de vida de Pamela y su familia emitidos por la Defensoría de la Niñez de Cliza a través del Gobierno municipal de esa población.

A partir de estos casos, en el marco de la cooperación interinstitucional entre la Defensoría Pública de Argentina y la Defensoría del Pueblo de Bolivia, cuando así lo requiera el/la abogado/a defensor/a público/a mediante correo institucional, podrá solicitar a la Defensoría del Pueblo de Bolivia que gestione un informe socioambiental de la localidad de procedencia de la mujer boliviana privada de libertad. Esa acción se realizará con instrucción directa de la Oficina Nacional de la Defensoría del Pueblo a la Delegación Departamental Defensorial que tiene bajo su jurisdicción la localidad señalada, y así se activará la instancia municipal o departamental que por atribución tiene la obligación de elevar el informe solicitado. Con esto, finalmente, se verá resuelto uno de los obstáculos más severos que nuestra investigación identificó para que las mujeres bolivianas sentenciadas por tráfico de estupefacientes de pequeño monto puedan gozar del derecho al “extrañamiento anticipado” y volver a convivir con sus hijas, hijos y adultos mayores dependientes de su cuidado.

Otro importante beneficio resultante de la intervención del proyecto es que el caso 1 aquí relatado se consideró un caso emblemático en Bolivia acerca de la situación de las mujeres que son captadas para el tráfico de drogas hacia Argentina. Este caso movilizó al Consulado de Bolivia en Jujuy y en Bolivia el Ministerio de Justicia inició acciones al respecto.

PARTE 3

ANEXO 1. Jurisprudencia sobre criminalización de mujeres por delitos contra las personas

1. Imputaciones a mujeres por omisión de cuidado de sus hijos/as

1.1. González, Marlen Antonella (causa n.º 6116/2015, Tribunal Oral en lo Criminal n.º 6 de la Capital Federal, rta.: 09/05/2016)

El 30 de enero de 2015, Joel Isaías Álamo le provocó lesiones a la hija de Marlen Antonella González en el interior de la vivienda que compartían. Como resultado de esa acción, la niña M., quien entonces tenía 3 años, padeció un traumatismo craneofacial grave y varias equimosis en la cara y el cuello. También se determinó que le causó un hematoma en el muslo izquierdo, en fecha indeterminada, entre diez y catorce días antes del 2 de febrero de 2015.

Por tales hechos, se consideró que Marlen González asumió una posición pasiva, consintiendo, tolerando o, al menos, no evitando, a través de los medios a su alcance, la producción de las lesiones ejecutadas por Joel Álamo. En consecuencia, González fue acusada como coautora de la comisión del delito de lesiones leves dolosas agravadas por el vínculo, reiteradas en al menos dos ocasiones, en su forma de comisión por omisión, en concurso ideal con el delito de abandono de persona agravado por el vínculo. Por su parte, Álamo fue acusado por el delito de lesiones leves dolosas reiteradas en dos ocasiones en concurso real con el delito de abandono de persona.

En la indagatoria, Marlen González declaró que el 30 de enero de 2015 ella estaba en el baño cuando escuchó “un ruido de chirlo” e, instantes después, la niña comenzó a llorar. Cuando salió, vio que su hija estaba en la cama llorando y con la oreja morada. Ella le preguntó a Joel Álamo qué había pasado, y él respondió “nada, nada”. Ese mismo día, durante la tarde, volvió a preguntarle y él le dijo que “le había pegado piñas, que estaba arrepentido”. González le dijo que iba a llevar a su hija al hospital, pero su pareja la amenazó refiriéndole que “le iba a pegar”, que estaba arrepentido y que no lo iba a volver a hacer. Por tal motivo, no llevó a la niña a ningún lado. Al día siguiente ella insistió en ir al hospital, y Álamo contestó nuevamente que no la llevara, que ya se

pondría bien. Igual actitud tuvo Álamo al día siguiente. Ante la insistencia, y debido a la presencia en la casa de familiares de Álamo, finalmente González llevó a la niña al hospital acompañada por familiares de su pareja. Marlen González explicó que en el hospital no contó cómo sucedieron los hechos por temor a represalias por parte de Álamo.

Durante la etapa de juicio, la defensa de González estuvo orientada a presentar prueba que daba cuenta del contexto de vulnerabilidad en el que se encontraba la mujer, vinculado con la violencia de género en la relación con el coimputado y con otras situaciones vividas en su trayectoria vital. Para ello, presentó dos informes sociales, uno elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad y otro por el Programa Piloto de Patrocinio para Víctimas de Violencia de Género de la Defensoría General de la Nación (DGN).

El informe del Proyecto Piloto dio cuenta de su historia vital, en la que se destacaron las carencias simbólicas padecidas en su infancia (el abandono de su madre y, por ende, las escasas referencias de los cuidados ejercidos por ella) y la interrupción de su escolarización durante la adolescencia; la violencia de género sufrida en las dos relaciones afectivas importantes que mantuvo, fruto de las que nacieron sus dos hijas; la dependencia económica de sus parejas y de su padre para la satisfacción de las necesidades de las niñas y las propias; y la ausencia de otras redes de apoyo familiar o social. En lo que respecta a su vínculo con Álamo, la mujer refirió que este la agredía física y psicológicamente, por lo que intentó separarse de él en dos ocasiones, siendo que en la última vez requirió el auxilio de la Policía, pero la autoridad nunca se presentó en el domicilio. Este informe destacó que “La naturalización de las situaciones de violencia padecidas a lo largo de su historia vital podría haber funcionado como dificultador para percibir el peligro en el cual se encontraba inmersa, y la consecuencia que dicha violencia podría tener en sus hijas”, actuando como un limitante en su accionar y su pleno desarrollo.

Por su parte, el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales mantuvo una entrevista con la imputada, una con su padre y una comunicación telefónica con la trabajadora social del Juzgado Civil interviniente por la situación de sus hijas. De acuerdo con ello, elaboró un informe que dio cuenta de algunas circunstancias de su trayectoria de vida, destacando el abandono de su madre a los diez años y la violencia de género que sufrió por parte de sus dos parejas y progenitores de sus dos hijas. Se puso de manifiesto que ambas relaciones de pareja transitaron en un escenario de fragilidad vincular, con una acotada red de referencia, tanto material como simbólica, que la posicionó en una situación de mayor vulnerabilidad, condicionando a su vez sus posibilidades de ejercicio del rol materno.

Asimismo, la defensa aportó un informe técnico de la Comisión sobre Temáticas de Género en el que, entre otras cosas, se advertía sobre la presencia de estereotipos

de género y se reparaba en la situación de coacción en que González se encontraba inmersa y la imposibilidad de exigirle otra conducta.

Finalmente, la Fiscalía y las defensas de ambos acusados celebraron un acuerdo de juicio abreviado. En virtud de esa propuesta, el Tribunal Oral en lo Criminal n.º 6 condenó a Marlen González por los delitos de lesiones leves dolosas, reiteradas en dos ocasiones, agravadas por el vínculo en concurso ideal con el delito de abandono de persona agravado por el vínculo. En el caso de Álamo, los delitos no tuvieron agravante, y se estableció un concurso real.

El tribunal consideró que estaban probadas con grado de certeza las imputaciones formuladas. Para ello, valoró los informes que certificaron las lesiones y el modo de producción; la declaración de la médica que atendió a la niña en el hospital, entrevistó a la madre y realizó la denuncia; los informes psicológicos practicados a la niña —que dieron cuenta de las dificultades expresivas a nivel lingüístico y psicomotriz—; y las declaraciones testimoniales de los familiares de Álamo —que declararon sobre una pequeña marca que vieron en la niña un viernes, y cómo fue creciendo durante el fin de semana ante lo que insistieron en la necesidad de la consulta médica—.

El tribunal consideró probado el dolo de lesiones, sin hacer ningún tipo de distingo entre el dolo que requiere un delito comisivo de aquel que exige una imputación en comisión por omisión. De manera genérica, y sin vinculación con los hechos probados, dijo que “encontramos probados los sucesos tanto objetivamente —merced a su obvia cualidad antijurídica— como subjetivamente, por la orientación con conocimiento y finalidad de Álamo y González dirigida a vulnerar la salud de la menor, M. A. G. Esto indica la existencia de un dolo específico indiscutible”.

También fueron descartadas cualquier tipo de causales de antijuridicidad o restricción de la libertad a fines de evaluar la culpabilidad. Pero en la desestimación no fue valorada ninguna situación concreta, ni se hizo mención alguna a la circunstancia alegada por la defensa de González, en cuanto al estado de coacción en el que se encontraba. Así, el tribunal expresó que “en la investigación no se identifica justificación alguna para el proceder de los acusados. Por el contrario, queda claro que los comportamientos de ambos, más aun en el caso de Marlen Antonella González, por el vínculo que presentaba con la menor, suponen riesgos jurídicamente inaceptables”. Es decir, el tribunal consideró que la omisión de la madre era más gravosa que la acción directa de quien ejecutó los golpes.

En cuanto a la imputación en la modalidad de omisión por comisión se dijo que “en virtud de su calidad de garante —madre de la menor—, debió, en ambas ocasiones —el 30 de enero de 2015 y entre el diez y el catorce antes del 2 de febrero de 2015— realizar algún tipo de comportamiento tendiente a evitar que sufriera los golpes propinados por su pareja [...], es decir, resguardar a la menor y quitarla de esa situación de peligro en la que se encontraba”. En esa dirección, encontró que se encontraba acreditada

la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo que exigía la imputación por omisión. Se destacaron las dificultades de expresión que tenía la niña, por lo que “tenía una absoluta dependencia existencial con su madre [...] y que por ello [Marlen González] debió evitar y/o neutralizar las agresiones que recibiera de su hija por parte de quien era su pareja”.

Asimismo, consideró acreditado el abandono de personas porque Álamo colocó a la niña en una situación de peligro y, pese a que la madre conocía esa situación y la necesidad de recibir atención médica, omitió deliberadamente durante al menos tres días brindarle esa asistencia, generando un riesgo para la vida y la salud de M.

En el momento de determinar la pena aparece mencionada la situación de violencia, sin un mínimo análisis. Concretamente, se mencionan los informes acompañados por la defensa, donde constan “el contexto de violencia de género que dice haber padecido con quien fuera su pareja”, a modo de elementos que son valorados como atenuantes de la pena (además, se ponderó como atenuante el alto grado de arrepentimiento que manifestaron en la audiencia y, con respecto a Álamo, la adicción a las drogas desde temprana edad).

Marlen González estuvo detenida un año aproximadamente, entre el 2 de febrero de 2015 y el 9 de marzo de 2016, cuando recuperó su libertad al cumplirse el plazo de libertad condicional.

1.2. González Bonorino, Bárbara (causa CCC n.º 33440/2015/TO1, Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n.º 13 de la Capital Federal, rta.: 22/06/2017; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala de feria B, rta.: 23/07/2015)

Bárbara González Bonorino fue inicialmente imputada por no haber evitado la muerte de su hijo A., de cinco años de edad, en un contexto de maltrato infantil perpetrado por su pareja. Los hechos fueron calificados en el auto de procesamiento como delito de homicidio agravado por el vínculo y por haber sido cometido con alevosía, en comisión por omisión. Por ese mismo hecho, Osvaldo Leandro Sarli fue imputado por el delito de homicidio agravado por haber sido cometido con alevosía y ensañamiento.

Al elevar la causa a juicio, el fiscal añadió una acusación subsidiaria, por el delito de abandono de personas, agravado por haber resultado en la muerte y por haber sido cometido en su calidad de madre contra su hijo. Esta calificación legal se efectuó por considerar que González Bonorino había dejado a su hijo al cuidado de su pareja a sabiendas de los antecedentes de maltrato al que el niño se hallaba expuesto desde finales de diciembre de 2014, cuando se había iniciado la convivencia con el coimputado, por lo que, tras haber privado a su hijo del cuidado y auxilio debido, este falleció producto de la paliza ejecutada por el coimputado.

Ya desde la instrucción, la defensa de la mujer estuvo orientada a señalar que González Bonorino sufría violencia de género por parte de su pareja y que desconocía episodios de gravedad contra su hijo. También se alegó que, en el supuesto caso de que se considere probado que la mujer conoció una situación grave de maltrato, no estaba en condiciones de realizar una conducta con eficacia para hacerlo cesar, planteo que aplica para invocar la atipicidad de la conducta (por no acreditarse el requisito del tipo objetivo que exige la capacidad de realizar acciones para evitar el resultado lesivo) y la irreprochabilidad (pues no se puede exigir una conducta distinta a la mujer por encontrarse fuertemente condicionada por la violencia a la que ella misma era sometida). La Cámara de Apelaciones, al confirmar el procesamiento, valoró que la propia imputada sabía de la personalidad violenta de su pareja, porque ella misma había sido víctima de sus agresiones. De este modo, la prueba de encontrarse en una situación de violencia se valoró en contra de la acusada.

En la etapa de debate se consideraron que las declaraciones testimoniales —que incluyeron el testimonio de V., hermana de la víctima, mediante cámara Gesell— dieron cuenta de la situación de violencia que atravesaba la mujer. En el juicio se tuvo por acreditado que solo en una ocasión González Bonorino vio a Sarli comportarse de manera violenta con su hijo, momento en el que ella se interpuso para evitar los golpes al niño. Varios testimonios hicieron referencia a que V. y A. le dijeron a varias personas que Sarli los maltrataba (se lo contaron a su padre, a su tío paterno, a un amigo de su padre y a la niñera), pero que no le contaron nada a su madre, por temor a lo que les pudiera suceder.

El padre de A. se constituyó como parte querellante en el proceso penal. En razón de la prueba producida durante el juicio, la querrela consideró que tanto la materialidad como la autoría del hecho le correspondían a Osvaldo Sarli. En lo que respecta a Bárbara González Bonorino, advirtió la dificultad para continuar con su imputación y decidió no instar a la acusación y solicitar su absolución.

Por su parte, el fiscal general también solicitó la absolución de Bárbara González Bonorino. Valoró que la única ocasión en que vio a Sarli intentar maltratar a su hijo actuó para evitarlo, y que los dos tipos penales atribuidos a la nombrada (homicidio agravado y abandono de personas) requieren la acreditación del dolo y no admiten la figura culposa. Resaltó en este sentido que “a diferencia de lo ocurrido con M., padre de los niños, y con M. y V. Q., que recibieron noticia directa de los niños en Villa Gesell, González Bonorino nunca recibió la información, tal como así lo manifestara V., quien dijo que tenía miedo y que a la madre no le había dicho nada, extremo este abonado por los dichos de la niñera M. F., quien también refirió que le dijeron que no contara nada porque tenían miedo de lo que les pudiera pasar [...]. No menos cierto resulta que más allá de las sospechas que podía tener González Bonorino de que A. también pudiera ser golpeado como lo era ella, dijo ‘jamás pensé que podía pasarle a A. lo que me pasaba a mí’”.

Dada la falta de acusación, la defensa oficial de la mujer requirió su libre absolución. Frente a ello, el tribunal resolvió absolver a Bárbara González Bonorino y condenar a Osvaldo Sarli. En este sentido, se puso de manifiesto que la gravedad de las lesiones y la falta de amplitud temporal entre la proyección y el desenlace mortal del niño se produjo mientras se encontraba a cargo del imputado; los vecinos fueron contestes en declarar que se oían voces de un adulto masculino y no de una mujer; la historia personal, vivencias familiares y motivos de la mudanza de Villa Gesell a la Ciudad de Buenos Aires por parte de Bárbara; su actitud durante el desarrollo del debate; y en la pretensión absolutoria razonable y fundada efectuada por los acusadores. Así, consideraron creíble “que Bárbara González Bonorino hubiera confiado en el imputado minimizando los hechos y sin advertir lo delicado de la situación, así como del real peligro al que estaba expuesto A. luego del episodio en el que perdiera tres dientes y del episodio que la involucrara personalmente. No es posible afirmar que hubiera colaborado y/o ocultado la conducta del imputado, así como tampoco que lo hubiera abandonado a su suerte en el sentido previsto en el delito de abandono calificado de personas con resultado de muerte y calificado por el vínculo, sugerido en subsidio del primero, por no darse los presupuestos establecidos por la figura en cuestión”.

Si bien durante la instrucción se dictó el procesamiento con prisión preventiva, Bárbara González Bonorino no estuvo detenida durante el proceso, en virtud de las impugnaciones realizadas por la defensa.

1.3. Ordóñez Aguilera, Martha (causa n.º 30660/2015, Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal n.º 13, rta.: 27/12/2016)

El 22 de mayo de 2015, alrededor de las 9:40, Martha Ordóñez ingresó con su hija M., de tres años y once meses de edad, en brazos y desvanecida, al Centro de Salud del Barrio de la Villa 31, en la Ciudad de Buenos Aires. Fue recibida por la médica pediatra de guardia, quien le practicó a la niña maniobras de reanimación, aunque sin éxito, por lo que certificó que se encontraba sin vida, posiblemente desde el momento de su ingreso al centro. El médico legista determinó que la niña presentaba varias lesiones, tanto a nivel externo como interno, y concluyó que la muerte se había producido por traumatismo cerrado de abdomen, cuya etiología podría haber obedecido a un golpe y/o traumatismo directo y/o único y/o concentrado en abdomen y de gran intensidad producido probablemente por un puntapié, dado que llegó hasta la columna vertebral, lo que generó las lesiones internas descriptas.

Así las cosas, se le atribuyó a Anania Geremía Rojas Rivero haber dado muerte a su hija M. el día 21 de mayo de 2015, alrededor de las 17:00, por un golpe de gran intensidad en la zona abdominal, mientras que a Martha Ordóñez Aguilera se le imputó haber tomado intervención necesaria en este suceso, ocultándolo y no haciendo nada para evitar su resultado.

También se consignó que los acusados le habrían propinado a la niña golpes y quemaduras por derrame de agua en el transcurso del mes de mayo de 2015, y que luego habían ocultado dicho accionar violento, del mismo modo que quisieron ocultar las lesiones externas e internas que generaron el deceso de la niña, incumpliendo así los deberes que pesan sobre ellos a raíz de la posición de garantes que ocupan. En tal dirección, se estableció que no la habían llevado al centro de atención médica para su tratamiento a la vez que, una vez acaecido el fallecimiento de la niña, presentaron un relato previamente acordado frente a los médicos que recibieron el cuerpo de la niña y a sus allegados, que no se ajustaba a lo que había ocurrido en realidad.

Por otro lado, se acusó a Martha Ordóñez Aguilera por no haber realizado ninguna acción tendiente a hacer cesar la situación violenta a la que se encontraba sometida su hija y que podría haber evitado su muerte.

Pese a la amplitud y diversidad de los hechos descriptos, se elevó a juicio la causa por el delito de homicidio agravado por el vínculo (artículos 45 y 80, inciso 1.º del Código Penal).

Durante el juicio, Rojas Rivero declaró que “uno de los últimos episodios con su hija transcurrió el día anterior al deceso, en el que mientras cuidaba a su otra hija, A., se le ocurrió a M. ir a comprar un helado, lo que autorizó a pesar de que a su madre no le gustaba por el asma, por lo que le dio a su hija la suma de cincuenta pesos y esta se retiró con tal encargo (al que sumó otro para el dicente), manifestándole a su vuelta que se había caído de la escalera [...]. Que debido a que esa noche M. estaba dolorida le dijo a su señora que la llevaran a un hospital, a lo que ella se negó [...]. Que luego del fallecimiento de M. inventaron lo de la niñera en razón de que pensaron que podían sacarle a su otra hija, A.” En relación con cómo pasó esa noche, contó que la niña vomitó, durmiéndose alrededor de las 5:00 o 6:00 a. m. “Posteriormente, limpiaron la pieza y la llevó a su señora a su trabajo, junto con A., mientras que M. se quedó en el domicilio porque no podía caminar. Que habrá tardado cerca de una hora, viendo que seguía dormida al regresar. Que tuvo problemas para despertarla por lo comenzó a asustarse y llamó a Martha, trasladando a su llegada a la menor a la salita”.

Martha Ordóñez Aguilera declaró que, cuando llegó a su casa el 21 de mayo, Rojas Rivero le dijo que la niña se había caído de la escalera. Contó que la revisó y no le encontró lesiones, salvo que la zona abdominal estaba enrojecida y pensó que era un raspón. Aclaró que esa noche M. cenó y tomó gaseosa, y vomitó alrededor de las 21:30 o 22:00; relató que no se quejaba del dolor, aunque se durmió tarde. Por la mañana se fue a trabajar, y a las 8:30 su pareja la llamó porque le pasaba algo a la niña. “Al llegar, vio a su nena vestida en la cama, por lo que sin mediar palabra la tomó del brazo y le habló, porque tenía los ojitos abiertos, luego de lo que salió corriendo con ella en la calle. Que un señor la vio en ese estado y le preguntó qué le había ocurrido, a lo que le contestó que su hija estaba mal y que se moría, por lo que necesitaba llevarla al hospital, por lo

que aquel la alzó en una camioneta y la trasladó a la salita...”; “Que fue en ese momento en el que, por miedo, le dijo a las autoridades que se había quedado a cargo de otra persona, para que no le sacaran a su otra hija que era chiquita en ese entonces”. Aclaró “Que las demás lastimaduras también se habían sucedido cuando ella no estaba presente y se hallaba trabajando. En otro orden de ideas recordó que el 13 de mayo de 2015 había llegado a su domicilio después de su trabajo (a eso de las 18:00), ocasión en la que se enteró de que su hija se había quemado con la pava eléctrica, tomando la decisión de curarla ella misma, comprándole cremas, antibióticos y pomadas para tratarla, ya que tenía experiencia al respecto”.

Con relación a si existía violencia en la relación con Rojas Rivero, expresó que el vínculo era un poco conflictivo y recordó que al principio los dos tenían dificultades porque eran jóvenes, “se cagaban a palos”, y se separaron por un tiempo. Al quedar embarazada de M., su compañero se transformó en una persona totalmente diferente, ya que se dedicaba mucho a sus hijas y ya no tenían los conflictos de antes. Contó que existían diez “normas de convivencia” que ambos seguían y que estaban escritas en uno de los lados de un armario (en virtud de la prueba producida en debate, se supo que entre ese decálogo existían reglas respecto a la vestimenta que no podía usar Martha y otras normas de control hacia ella). Por último, y ya respecto a qué pensaba que había ocurrido, señaló que eran varias sus dudas, que no comprendía cómo habían sucedido las cosas, dado que lo único de lo que se había enterado era de que se había caído de la escalera.

En el momento de los alegatos, el fiscal de juicio modificó la imputación legal asignada por el fiscal de la instancia anterior respecto de Ordóñez, y calificó el hecho como abandono de persona calificado por el resultado y el vínculo.

El tribunal condenó a Anania Geremía Rojas Rivero por el delito de homicidio agravado por el vínculo. En cuanto al contexto en que ocurrieron los hechos, entendió que la dinámica familiar se vio alterada cuando Ordóñez Aguilera asumió una carga horaria laboral muy extensa, debido a que su pareja se encontraba sin trabajo. A partir de ese momento Rojas Rivero se dedicó al cuidado de las niñas a puerta cerrada, circunstancia en la que se detectó la aparición de situaciones novedosas relacionadas, al menos, con M. “Su madre se había ido temprano y mientras trabajaba en la parrilla algo sucedió; quizás con motivo de una travesura, quizás, o una conducta que superó lo tolerado por su padre, no se sabe, aunque sí que este, en cierto momento, le propinó un fuerte golpe en el abdomen a M.”. El tribunal descartó que el modo de producción de las lesiones que produjeron la muerte haya sido la caída en una escalera y el golpe con un grifo —como argumentó el acusado—, y además consideró acreditado que, a la hora de ese puntapié fatal, M. estaba al cuidado del padre.

Con relación a Ordóñez Aguilera, en cambio, dictó su absolución. Consideró que no se había podido establecer la existencia del dolo, ya sea para el delito de homicidio

agravado como en el delito de abandono de persona. En este sentido, valoró que Ordóñez Aguilera no estuvo presente en ninguno de los dos episodios en los que se produjeron las lesiones, “sino que tomó conocimiento de ellos a la vuelta de su trabajo y por medio de su pareja con lo que, es obvio, recibió una explicación parcial y a través del crisol de su esposo que, obviamente, habría acomodado los hechos en su beneficio, colocándose en la situación que, a sus ojos, se presentaba como la más favorable”. Además dijo que “es posible que Ordóñez Aguilera le hubiera creído a Rojas Rivero y obrado en su consecuencia, sin advertir lo delicado de la situación en la que se hallaba M. y el real peligro al que estaba expuesta luego de los dos —supuestos— accidentes por los que había atravesado y la habían dejado en una posición más que vulnerable y, luego del segundo, próxima a la muerte”.

Por otra parte, el tribunal consideró que “Tampoco puede descartarse que, desenvolviéndose en una realidad ligeramente diferenciada, le hubiera brindado a su hija la atención y remedios que estaban a su alcance desde el punto de vista económico y cultural que, posiblemente, no fueran los más adecuados, en la creencia de que su esposo era ajeno a los episodios lesivos para su salud y que estos tenían una gravedad menor a la real”. En esta dirección, destacó que distintos testigos (maestra de la niña, vecinas), resaltaron positivamente el rol de Ordóñez Aguilera en la crianza de su hija, y que las profesionales del centro de salud afirmaron que la vieron con un sentimiento real de preocupación ante lo que estaba sucediendo.

El tribunal valoró las distintas reacciones que se advirtieron en Ordóñez Aguilera durante el desarrollo del debate: “Obviamente resulta difícil de compatibilizar lo realmente sucedido con lo que la acusada Ordóñez Aguilera cree que ha ocurrido y que se acentuaría si se tienen en cuenta las reacciones exteriorizadas por ambos imputados durante la lectura del veredicto, donde se tocan un punto ideal con otro distorsionado de la realidad y una falta de toma de conciencia acerca de lo sucedido, que parece apoyarse en la fatalidad más que en el accionar de su esposo, lo que torna más evidente la falta de certeza sobre la intención advertida respecto de sus actos ni la presencia de un dolo específico. No es posible afirmar que hubiera colaborado y/o ocultado la conducta del imputado en perjuicio de M., así como tampoco que la hubiera abandonado a su suerte en el sentido previsto en el delito de abandono calificado de personas con resultado de muerte y calificado por el vínculo, dado que si bien es cierto que le brindó una asistencia médica deficiente, sumado a la aplicación de una medicación intermitente de dudosa efectividad, también lo es en cuanto a que no se acreditó que la imputada hubiera actuado con la intención exigida para los delitos, con la consiguiente responsabilidad penal por sus actos ilícitos”.

En consecuencia, concluyó que “esta orfandad probatoria vista en el expediente, que avizora un deficiente estándar de certeza, evidencia que el tema se reduce a un problema de prueba en el cual rige el principio del *in dubio pro reo*”.

Finalmente, descartó las conclusiones del fiscal, y para ello dijo que “no hay que olvidar que la encausada no habría estado presente en los dos episodios y que los detalles de lo sucedido los recibió por dichos de su pareja, por lo que a sus ojos y sin antecedentes anteriores pudo haberlo aceptado como verosímil, sin internalizar las posibilidades reales de lo sucedido (también es posible que se niegue a aceptarlas). Ello se mantuvo hasta el presente cuando en sus últimas palabras volcó su desazón ante los interrogantes y su deseo de saber la verdad”.

La sentencia fue recurrida por el fiscal general, con respecto a la absolución de Martha Ordóñez Aguilera, y por la defensa de Rojas Rivero. A su turno, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional rechazó el recurso defensivo y declaró inadmisibles el de la acusación. En cuanto al cuestionamiento a la absolución de Ordóñez Aguilera, el tribunal casatorio dijo que “En cuanto a la calificación jurídica del hecho que intenta reprocharle a la madre de M., la Fiscalía oscila entre una omisión de auxilio, un homicidio en comisión por omisión y un abandono de persona, lo que debilita la fuerza argumentativa del recurso. Es que no queda claro cuál es la conducta que efectivamente le reprocha a la madre y, producto de esta misma confusión, tampoco ha mostrado con una mínima precisión en qué tipo penal encuadra su reproche. Esto resulta esencial, en tanto la elección de una u otra figura demanda requisitos típicos diferentes”; y agregó que “Debido a las imprecisiones con respecto a la conducta atribuida, la acusación pública tampoco ha conseguido evidenciar cuál era la calificación jurídica del hecho o de los hechos que pretendía, consecuencia de la presentación de hipótesis fácticas contradictorias y sin un fundamento adecuado”.

Martha Ordóñez estuvo detenida durante la tramitación del proceso, aproximadamente un año y siete meses, y fue liberada cuando el tribunal de juicio dictó la absolución.

1.4. Pastore, Andrea (Cámara Federal de Casación Penal, sala I, causa n.º 115539, rta.: 08/09/2014)

En mayo de 2005, Andrea Pastore y su pareja, Francisco Pippo, llevaron a su hija R. de dos meses a la Guardia Médica del Instituto Mater Dei por un cuadro de hematomas en distintas partes del cuerpo. A los pocos días reingresó en la misma clínica mostrando nuevos hematomas. Al no existir un cuadro clínico que explicara las lesiones halladas de forma espontánea, y al no dar los familiares explicación alguna sobre su origen, la institución realizó una denuncia civil. En aquella presentación, el sanatorio señaló el antecedente del fallecimiento de un hermano de R., el niño N., un año antes, cuando tenía dos meses de edad. A instancias de la Defensoría de Menores que intervino, se iniciaron actuaciones penales para que se investigaran los hechos que afectaron a R. En el transcurso de la instrucción se amplió la investigación a las circunstancias del fallecimiento de N.

Andrea Pastore y su pareja fueron investigados por haber causado la muerte a su hijo N. el día 13 de junio de 2004, mediante el ejercicio de la violencia (en la autopsia practicada

en 2005 surgieron lesiones traumáticas de distinta data). Además, se les imputaron las lesiones traumáticas contra su hija R., que se produjeron en dos ocasiones en 2005.

Durante el juicio, en el alegato final el fiscal descartó la hipótesis de homicidio con relación a N., ya que no había podido determinarse la causa de su muerte, por lo que calificó la conducta como constitutiva del delito de lesiones graves calificadas por el vínculo cometidas en tres ocasiones. Con respecto a los hechos que afectaron a R., acusó a los progenitores por las lesiones graves calificadas por el vínculo en dos ocasiones.

Finalmente, Andrea Pastore y su pareja fueron condenados a la pena de seis años de prisión por considerarlos coautores del delito de lesiones graves agravadas por el vínculo por lo menos en cinco ocasiones. Al analizar la prueba, el tribunal tuvo por probada la existencia de signos compatibles con el síndrome del bebé sacudido, que constituye una hipótesis de maltrato infantil.

Del relato de la prueba reseñada surge que el día que falleció N., una vecina escuchó una discusión y que la mujer gritaba “no, papi, no, papi”, y que el marido le decía “no llores, mamita, no llores”. Tras un silencio, la mujer volvió a gritar “el bebé no, el bebé no”. También refirió haber escuchado otras discusiones, en las que escuchó golpes, como si estuvieran arrojando cosas, en una fecha previa al fallecimiento del bebé. Asimismo, otra vecina manifestó que Pastore le dijo que ella se estaba bañando y al salir advirtió que el niño había dejado de respirar. También señaló que Pippo decía “La culpa es mía”. Por otra parte, uno de los estudios psicológicos detectó cierta impulsividad por parte del padre de los niños, y en cuanto a Pastore, sostuvo que tenía una personalidad “muy dependiente, sumisa, el que llevaba el manejo de la relación familiar aparentemente era el señor, ella tenía una dependencia a nivel vincular”.

Con respecto a la imputación, el tribunal afirmó que “si bien no se pudo llegar a conocer los móviles que determinaron los acontecimientos, cómo se desarrollaron y la actividad desplegada por cada uno de los imputados, el cúmulo de pruebas e indicios obtenidos determinan que como mínimo uno de ellos realizó las conductas típicas (o los dos conjuntamente), en tanto el otro las consintió, toleró y no evitó a través de los medios a su alcance la producción de los resultados, teniendo en especial consideración que el maltrato sufrido por los niños se prolongó en el tiempo”. Haciendo referencia a la omisión impropia, puntualizaron que “es irrelevante quién fue el autor por acción o por omisión, o si fueron los dos por acción, porque ante la evidencia de los hechos acaecidos y estando ambos en posición de garante, aunque uno de los dos no hubiera hecho nada, toleró que el otro lo hiciera, y eso lo convierte en coautor”.

La sala I de la Cámara Federal de Casación revisó la sentencia a instancias del recurso de casación interpuesto por la defensa particular y conjunta de ambos imputados.

Concretamente se agravió por: a) la afectación del principio de congruencia por cambio brusco en la calificación legal; b) la afectación del secreto médico en relación con la comunicación del fallecimiento de N.; c) la falta de determinación de los hechos — en la acusación y en la sentencia—, con precisión sobre el tiempo, mecanismo de producción y autoría de las lesiones; d) la valoración de la prueba; e) y el monto de la pena impuesta a ambos acusados.

La sentencia de casación rechazó los agravios de la defensa. En cuanto al planteo por afectación al principio de congruencia, indicó que los acusados habían sido investigados y procesados por el delito de lesiones agravadas. Con respecto a la falta de determinación del hecho, señaló que avalaba la decisión del tribunal, pero por otros fundamentos. A su criterio, los hechos investigados no constituyen un delito de dominio, sino que se trata de un delito de infracción al deber (paterno-filial). En este sentido, se afirmó que “no interesa qué acción llevó a cabo cada uno de los padres, o si, como lo consideró el tribunal de grado, alcanza con presumir que al menos uno actuó por comisión mientras el otro lo toleró, sino que lo determinante es que el resultado de lesiones ha sido constatado, y es en función del deber institucional de sus progenitores que estos deben responder”.

En el momento de realizar este informe no se pudo conocer si Andrea Pastore estuvo en prisión preventiva durante el proceso, y en su caso, cuánto tiempo. De la sentencia a la que se tuvo acceso, surge que después de la condena dictada por el tribunal, permaneció en libertad hasta que la decisión quedó firme.

2. Imputaciones a mujeres por delitos contra sus hijos/as recién nacidos/as

2.1. Escalada Irala, María Belén (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, rta.: 29/10/2013; Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n.º 42, rta.: 27/02/2015)

María Belén Escalada Irala cursaba un embarazo de aproximadamente 39 semanas cuando el día 29 de diciembre de 2007 se sintió mal y, en atención a su avanzado estado de gravidez, decidió acudir al hospital público más cercano para consultar con un profesional. Después de permanecer entre 10 y 15 minutos en el sector de espera de la Guardia del Hospital Durand sintió ganas de ir al baño y se dirigió hacia los sanitarios, donde, en soledad, tuvo el parto. Al ser hallada por el personal del hospital, la mujer se encontraba inmóvil, ensangrentada y en un estado de confusión tal que no pudo recordar cómo sucedió el parto ni dar precisiones al respecto; solo manifestó haber escuchado el llanto del recién nacido. Siguiendo el rastro de sangre, en el interior de uno de los inodoros se halló el cuerpo de un recién nacido, ya sin vida, y la placenta y parte del cordón umbilical en un cesto de basura contiguo.

Tras la intervención policial llevada a cabo por un oficial de la Policía Federal, Escalada Irala fue llevada al sector de obstetricia del citado centro asistencial para recibir la correspondiente atención, donde permaneció ingresada. El oficial de policía hizo la respectiva consulta con el secretario del juzgado penal en turno quien ordenó —con anuencia de la jueza— no adoptar medidas legales para con la joven, aunque también mandó a identificarla, constatar su domicilio, consultar antecedentes, implantar una consigna policial y, en caso de que le sea dado el alta, volver a consultar.

Después de estar nueve días ingresada, una enfermera le dijo a la mujer que, como el personal del hospital estaba en conflicto gremial, ningún profesional iba a firmarle el alta médica, lo que motivó que se marchara del centro de salud por sus propios medios el día 7 de enero de 2008.

Según el informe forense, la muerte del recién nacido se produjo por congestión y edema pulmonar, aclarando que “el feto ha respirado”. En un informe ampliatorio del Cuerpo Médico Forense y de profesionales del Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación se aseveró que el deceso no tuvo lugar por obstrucción de las vías aéreas, por ingreso de agua externa, por ingesta o inhalación. Asimismo, establecieron la inexistencia de lesiones internas y externas compatibles con aquellas producidas por la compresión mecánica externa del cuello (ahorcadura y/o estrangulamiento), aunque resaltaron que “la presencia de signos externos e internos en cuello confirman la presunción, pero su ausencia no la descartan”; sin embargo, en virtud de hallazgos histopatológicos en el tejido pulmonar del recién nacido, los médicos afirmaron que estos “resultarían compatibles con patrón asfíctico por obstrucción al pasaje de aire por la vía aérea, debido al aumento de las presiones intratorácicas por esfuerzo mecánico ventilatorio. El hallazgo del patrón histológico pulmonar en el contexto de autos no permite descartar que se trate de una asfixia mecánica por obstrucción de las vías aéreas superiores (sofocación)”.

El Juzgado de Primera Instancia —después de que hubieran pasado seis años de los hechos— decidió procesar y ordenar la detención preventiva de Escalada Irala por el delito de homicidio agravado por el vínculo. La defensa apeló esa resolución, señalando varias deficiencias en lo que se refiere a la valoración de la prueba y a la actividad investigativa. Afirmó al respecto que la afirmación de la jueza de grado, según la cual su defendida había realizado alguna acción para obstruir las vías aéreas del recién nacido, resulta arbitraria por carecer de elementos de prueba que la respalden. En forma subsidiaria, sostuvo que el decisorio apelado no había valorado los informes psicológicos y psiquiátricos ni la declaración de los profesionales, que sostenían la incapacidad de Escalada Irala para comprender la criminalidad del acto que se le atribuye y dirigir sus acciones.

A su vez, la Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN presentó un informe técnico dando cuenta de los vicios de la resolución de primera instancia por contener

razonamientos estereotipados y prejuicios de género en torno al accionar de Escalada Irala el día de los hechos, y por incorporar conjeturas que no pudieron ser corroboradas debido a una deficiente investigación por ausencia de exhaustividad en la producción de la prueba. En esta línea, marcó que el obrar judicial era discriminatorio y parcial.

La cámara revocó el auto de procesamiento y dispuso la falta de mérito de la acusada. Justificó esta decisión en que la hipótesis delictiva no se encontraba acreditada, por lo que no se podía tener por configurado el grado de probabilidad que requieren las normas procesales para avanzar a la etapa de juicio. En este sentido, el tribunal sugirió la necesidad de indagar sobre el estado de salud mental de la mujer en el momento del hecho, para lo cual debía considerarse su personalidad asociada al consumo problemático de estupefacientes, las condiciones de vulnerabilidad que padecía y las posibles condiciones psíquicas en las que se encontraba la mujer en el lapso del parto y puerperio. Tuvo en cuenta, para ello, un informe psiquiátrico elaborado por profesionales del Cuerpo Médico Forense y del Cuerpo de Peritos de la DGN. A su vez, la cámara expresó que tampoco se había determinado cuál podría haber sido la acción desarrollada por Escalada Irala en la producción de la muerte “más allá de las conjeturas de la primera instancia”.

En consecuencia por lo decidido por la alzada, el juzgado ordenó ampliar el informe psicológico con el objeto de determinar el estado psíquico en que se hallaba Escalada Irala en el momento del hecho. Las psicólogas (peritas oficiales y de la defensa) concluyeron que era “verosímil que en ese momento no contara con la suficiente autonomía psíquica como para comprender y dimensionar la situación en que se encontraba y para actuar con pleno discernimiento”; valorando para ello la personalidad de base, la adicción, las declaraciones de Escalada Irala y la de los profesionales que la trataron. Asimismo, la pericia psiquiátrica (suscripta por peritas oficiales y de la defensa) consignó que era verosímil que el estado de intoxicación y los cambios psicofísicos previos y posteriores al parto le hubieran impedido comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones. Al evaluar las nuevas pericias, el 27 de febrero de 2015, el Juzgado de Instrucción declaró inimputable a María Belén Escalada Irala (art. 34, inc. 1) y dictó su sobreseimiento.

2.2. Fernández, Gabriela Yamila (causa n.º 64642/2015, Tribunal Oral en lo Criminal n.º 6 de la Capital Federal, rta.: 26/10/2016)

Gabriela Yamila Fernández fue imputada por haber abandonado a su bebé, a quien dio a luz en una estación de servicio de la Ciudad de Buenos Aires. Conforme a la prueba recabada durante la instrucción, se tuvo por acreditado que Gabriela Fernández ingresó al baño y, pasados unos minutos, le pidió a su hija menor de edad que le llevara compresas, razón por la cual la niña se las pidió a Mariano Arjona —pareja de Fernández—. Ambos fueron al autoservicio de la estación, regresaron con ellas y se las entregaron a Gabriela. Transcurridos unos treinta minutos aproximadamente, y tras dar a luz, dejó a la

niña en el interior del cubo de basura del lugar, para luego irse. Seguidamente otra persona entró en el baño, quien informó al personal de limpieza de la estación de servicio que en el baño había sangre. La mujer a cargo de la limpieza vio que la bolsa de basura estaba llena de compresas, la cerró y la colocó dentro de otra bolsa que dejó junto a la puerta del baño. Unos minutos más tarde otra mujer que se encontraba en la cola para ingresar al baño advirtió que la bolsa se movía, la abrió y encontró al bebé.

Mediante pericias de ADN y ginecológicas se determinó que Fernández estaba en periodo de puerperio y que su perfil genético era compatible con el del bebé, no así con el de Arjona.

Durante la instrucción, Mario Arjona declaró —en calidad de imputado, aunque seguidamente fue sobreesido por determinarse su falta de participación material en el hecho—, que habían sido novios durante un año, en 2012, y que él se había encariñado con su hija; que actualmente estaban volviéndose a ver, pero que desconocía el estado de embarazo de Yanina; que mientras estaban de paseo en un colectivo Yanina comenzó a sentirse mal —alegando que era porque tenía la menstruación— y que a la altura de la Plaza de Mataderos se bajaron a la estación de servicio para que pudiera ir al baño. Aclaró que la esperó fuera durante veinte minutos, le compró las compresas y luego Yanina salió caminando por su propio pie.

El Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad y el Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio Jurídico Gratuito a Víctimas de Violencia de Género, ambos de la DGN, elaboraron un informe en el caso de referencia, a partir de una entrevista semiestructurada realizada con la imputada, y entrevistas con su progenitor y con la pareja de este.

En el informe se dio cuenta de una infancia marcada por la violencia que ejercía su madre y también sus sucesivas parejas, que incluyeron abuso sexual, hasta que decidió abandonar el hogar materno, perder todo contacto con su progenitora durante años e irse a vivir con su padre. Aunque el vínculo con su padre era bueno, estaba marcado por la dependencia, la búsqueda de su aceptación y el temor a su rechazo. A los 19 años atravesó su primer embarazo (que concluyó con el nacimiento de su hija L.), en condiciones de soledad y desprotección afectiva, pues su padre reaccionó violentamente y quien era su pareja la abandonó. Cuando años más tarde quedó embarazada, decidió ocultar la gestación por temor a sufrir otra vez abandono y rechazo. Este embarazo culminó con el parto en el baño de la estación de servicio.

El fiscal requirió la elevación a juicio por el delito de abandono de persona agravado por el vínculo, descartando la tentativa de homicidio. El 5 de agosto de 2016 se firmó un juicio abreviado por una pena en suspenso de tres años. Los fundamentos de la sentencia sostienen que el hecho era típico, que estaba suficientemente probado en múltiples elementos de juicio, y que no se acreditó ninguna causal de justificación ni

de exclusión de la culpabilidad³⁰⁵. En el momento de contemplar la pena, el juzgador tuvo en cuenta que las partes acordaron un monto muy cercano al mínimo, lo que consideró razonable en cuanto a “las condiciones personales de la imputada, las presiones y problemas que manifestó padecer en esa época, su falta de antecedentes y el hecho de que la niña, a pesar del grave riesgo que corrió, no sufrió ningún daño efectivo”. También, que haya reconocido su responsabilidad en el hecho. Por el contrario, valoró que el abandono se concretó sobre una recién nacida, por un lado, y su nivel de instrucción y que era oficial de la policía, por otro, “por lo que se encontraba en condiciones de actuar de un modo distinto, adecuado al derecho”.

Gabriela Yamila Fernández estuvo detenida veinticuatro días, pues si bien fue inicialmente procesada con prisión preventiva, obtuvo su libertad en cámara como consecuencia de los planteos presentados por la defensa.

2.3. Rivera Ruiz, Olidia (causa n.º 49964/2015, Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n.º 29 de la Capital Federal, rta.: 06/11/2019; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala IV, rta.: 08/10/2015)

Olidia Rivera Ruiz fue acusada de haber provocado mediante asfixia mecánica la muerte de su hijo, de edad gestacional de entre 36 y 40 semanas, quien sería el fruto de su relación con Alejandro Delagrancia Benítez. Según el relato de su expareja, la mujer contactó con él por mensaje de texto el 12 de agosto de 2015 y le pidió que se encontraran en un lugar y hora determinada. Al llegar allí, Ruiz estaba aguardándolo en un automóvil, descendió, le dijo “Hacete cargo de esto” y le entregó una carta y un bolso cerrado. Después, subió al automóvil y se marchó del lugar. Acto seguido, Delagrancia Benítez se dirigió a su domicilio. Al llegar, abrió el bolso y descubrió que en el interior había un bebé recién nacido envuelto en una manta, en apariencia sin signos vitales. En la carta, Rivera Ruiz reconoce que ella era la madre del niño, y le realiza una serie de reproches en cuanto a que él no se había hecho cargo de una hija en común, y que imaginaba que tampoco se haría cargo de este nuevo niño. Le decía: “Ayer yo tuve un accidente y se adelantó el parto, y tu hijo nació en el Hospital Pena”.

El Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción n.º 33 dictó el procesamiento con prisión preventiva de Olidia Rivera Ruiz en orden al delito de homicidio agravado por el vínculo y la Cámara Nacional en Criminal y Correccional confirmó igual temperamento.

La defensa presentó ante la cámara un informe de la Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN, donde se señaló el uso de estereotipos de género en la dirección de la investigación y posterior dictado del procesamiento. Concretamente se indicó que, sobre la base de ciertos roles de cuidado familiar que se pretende que deben asumir las mujeres, se había establecido una única línea de investigación sobre la muerte del

305. Para ello, hace referencia a informes médicos que descartaron alteraciones mentales.

niño³⁰⁶, pero no se habían explorado cursos de acción alternativos o modalidades del acontecer diversas a la propuesta por el juzgador. Por el otro, en función de expectativas sociales prefiguradas en torno a la maternidad, supuestamente incumplidas por Rivera Ruiz, se habían valorado elementos de prueba de manera discriminatoria³⁰⁷.

Rivera Ruiz primero se negó a declarar, y en un segundo momento solicitó pronunciarse ante el juzgado en un escrito en el que decía “Siento la necesidad de decir, en este difícil momento que estoy atravesando, que yo no he matado a mi hijo y que deseo que V. S. tome conocimiento de ello”. Es más, estas últimas palabras fueron valoradas por la cámara para señalar que el vínculo entre el niño y Rivera Ruiz estaba reconocido por ella —ante la ausencia de un examen de ADN, en esa instancia de la causa—.

Asimismo, la mujer se negó a que se le realizara un cuerpo de escritura y cualquier tipo de examen médico, psicológico, psiquiátrico o entrevista social. De todos modos se ordenó el examen médico obligatorio previsto en el artículo 78 del Código Penal, cuyos resultados mostraron que sus facultades mentales eran normales.

De las constancias de la causa surge que Rivera Ruiz ocultó su embarazo, o que gente cercana a ella no lo había advertido, y que la vivencia de un nuevo embarazo la enfrentaba a una situación de soledad que no supo manejar. El informe del psicólogo *ad hoc* del Cuerpo Médico Forense destacó: “En relación con el perfil de personalidad: sintomatología encontrada: sensación de angustia, sentimientos de culpa y depresión, que puede oscilar entre el terror y la parálisis hacia conductas actuadoras, con fracaso de sus defensas básicas adaptativas. Aclaro que los estados de terror y parálisis deben entenderse como aquellos estados psíquicos, superiores al estado de temor o miedo. Refiere haber vivido este segundo parto como una repartición del primer parto de su hija, pero en la primera situación contó con el apoyo de su hermana, y en esta segunda situación se encontraba sola. Se evidencia un aparato psíquico estructuralmente lábil, vulnerable, con sentimientos de impotencia o indefensión, con fuerte dependencia emocional de su hermana, quien convive con ella. Es escasa su autoestima. Presenta un desarrollo madurativo inmaduro en lo emocional y en su vida en relación. Su nivel intelectual se encuentra dentro de la media normal”.

306. Desde el comienzo, la versión dada por Alejandra Delgracia Benítez fue tomada como la única válida, y orientó completamente la investigación para la identificación del autor del delito y la reconstrucción del hecho. Así, las referencias que él dio respecto a las condiciones de tiempo, lugar y modo en el que recibió el cuerpo del bebé y las manifestaciones que realizó sobre el momento en que tomó conocimiento del contenido del bolso resultaron ser las únicas líneas que condujeron hacia la imputación de Olidia Rivera Ruiz. La actividad investigativa se reanudó 20 días después de la denuncia, una vez que se efectivizó la detención de la imputada. Pese a que las comunicaciones entre el señor Delagrada Benítez y la señora Rivera Ruiz resultaban relevantes para dar sustento o no al relato del denunciante, se dispuso su análisis después de la detención de la mujer. Por otra parte, tampoco se adoptó respecto del señor ninguna medida que asegurara su comparecencia en el proceso, o que mejorara la calidad probatoria de su testimonio. Después de que hubieran transcurrido tan solo 48 horas desde la denuncia, abandonó el país sin dejar modo alguno de localizarlo.

307. En este sentido, se señaló que el Juzgado de Instrucción valoró negativamente que Olidia Rivera Ruiz no se hubiera realizado ningún chequeo médico durante el embarazo y que el parto no se hubiera producido en un hospital. Es decir, la ausencia de atención del embarazo y del parto derivó, a criterio del juzgador, en “un desprecio por la vida del niño”, y por ende del dolo de homicidio.

A petición de la defensa de Rivera Ruiz y con su conformidad, el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN realizó un informe social a partir de entrevistas realizadas a la imputada y a dos de sus hermanas. Con esos elementos se reconstruyeron los principales aspectos de su historia vital y se pusieron de manifiesto las profundas vulnerabilidades que atravesó a lo largo de su vida: su transcurrir en un escenario de extrema pobreza, las responsabilidades que debió asumir desde su adolescencia en cuanto a la manutención de su familia de origen, las dificultades relacionadas con la migración a Argentina, los obstáculos para la atención médica y la precariedad laboral, entre otras. A su vez, se analizó cómo su detención aumentó la vulnerabilidad de su hija y su familia extendida, situación que se profundizaría de mantenerse su encarcelamiento.

El 6 de noviembre de 2019, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n.º 29 dictó la absolución de Olidia Rivera Ruiz. Para llegar a tal decisión, se fundó en el principio acusatorio, dado que en el alegato el fiscal solicitó la absolución por duda razonable, ya que no pudo establecerse el mecanismo de producción de la muerte. Por su parte, la defensa agregó en el alegato final que la imputación fue direccionada de acuerdo con estereotipos de género, acusándola de mala madre.

Olidia Rivera Ruiz estuvo detenida desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 2 de octubre de 2015, cuando la cámara le concedió la excarcelación.

2.4. Trapasso, Rosana Verónica (causa n.º 4410, Tribunal Oral en lo Criminal n.º 17, rta.: 27/10/2015)

El 15 de marzo de 2013, Verónica Rosana Trapasso dio a luz a una niña en el baño del Hospital Vélez Sarsfield, donde trabajaba como personal de maestranza. Se le imputó que mientras se encontraba en el hospital sufrió cierta indisposición, por lo que se dirigió al baño del vestíbulo central, y una vez allí, sentada en el inodoro, tuvo lugar el parto de un bebé que cayó dentro de ese artefacto sanitario. Trapasso tomó a la criatura y desgarró el cordón umbilical, mientras algunas compañeras de trabajo, sin saber lo que sucedía, le ofrecían asistencia desde fuera, que era fuertemente rechazada por la mujer. Luego, colocó al bebé en dos bolsas de residuos, las anudó y arrojó a un cesto de basura. Posteriormente, se escuchó un llanto, por lo que un empleado recogió la bolsa y al romperla encontró a la recién nacida, a quien condujo al sector de maternidad. La niña tuvo un principio de asfixia, y Trapasso, al tener noticia de que la niña se encontraba viva, respondió: "Pero yo no la quiero".

En la discusión final en el debate del juicio oral, el fiscal acusó a Trapasso por hallarla autora penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, en grado de tentativa, con la circunstancia extraordinaria de atenuación de la pena —por el estado puerperal que atravesaba—, prevista en el artículo 80, último párrafo, del Código Penal, por lo que solicitó la pena de cuatro años de prisión.

A su turno, la defensora oficial sostuvo que era de aplicación el artículo 34, inciso 1, del Código Penal, en tanto entendía que, en el momento del hecho, su asistida no contó con capacidad para comprender la criminalidad del acto ni para dirigir sus acciones. A todo evento, agregó que en el caso también podía hablarse de falta de dolo por haber actuado la imputada en error de tipo, dado que creyó que su hija había nacido sin vida, por lo que nunca tuvo intención de matarla, sino que, en su percepción distorsionada de la realidad, se estaba deshaciendo de una niña muerta.

El Tribunal Oral en lo Criminal n.º 17 absolvió a Trapasso por considerar que la acusada no pudo comprender la criminalidad del acto, debido al estado micropsicótico de disociación de conciencia (con cita al art. 34, inciso 1.º CP).

Durante el debate se produjeron pruebas³⁰⁸ que dieron cuenta de la historia vital de Trapasso, que indicaba que vivió abusos sexuales en su infancia y pubertad por parte de su padre, que tenía un vínculo “abandónico” con la madre, quien no la contuvo cuando contó lo que había vivido. Con sucesivas parejas con las que estuvo vivió episodios de violencia de género, de maltrato físico y psíquico. Asimismo, se supo que ella tenía un hijo mayor, que cuando quedó embarazada de él su pareja lo rechazó y Trapasso tuvo que irse a vivir con su madre. Ante el nuevo embarazo, la situación se había repetido, pues el padre biológico le dijo “Que se lo saque”, y la madre también manifestó que iba a tener que irse de su casa. Así, a partir de los seis meses de gestación, cuando ella se enteró del embarazo, ella lo negó y mantuvo oculta la situación.

El voto que lideró el acuerdo, en primer lugar, descartó el error de tipo respecto a una falsa creencia de que la niña se hallaba viva. Consideró que la decisión de elegir el baño del hospital a los fines del parto, cuando en el sector de maternidad la habrían atendido sin inconvenientes y con todas las prevenciones del caso, es indicativo de su intención de no preservar la vida que llevaba consigo. De la misma manera, aun cuando se tenga por cierto que Trapasso estaba persuadida de que tenía una indisposición y fue sorprendida por el parto, no parece sostenible que hubiera tomado semejante decisión de dejar al bebé entre las bolsas de residuos, cuando nada le costaba recurrir a los médicos del mismo lugar en el que había parido a efectos de despejar cualquier duda acerca del estado de la recién nacida.

Por otra parte, aunque la defensa no lo solicitó expresamente, analizó la posibilidad de un error de tipo psíquicamente condicionado, que también descartó, pues consideró que la prueba colectada permitía afirmar que la mujer fue consciente de que había parido a la niña.

308. En concreto, se presentaron una pericia psiquiátrica y una psicológica elaboradas por el Cuerpo de Peritos de la Defensoría General de la Nación y un informe social elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN, a partir de una entrevista semiestructurada realizada con la imputada, y entrevistas con su progenitora y dos de sus hermanos.

En este punto, distinguió la alteración en la sensopercepción (que podría haber impactado en un error de tipo) de la imposibilidad de comprensión en el plano de lo simbólico y valorativo. Al respecto, concluyó que Trapasso “sabía que había alumbrado a una beba en la soledad de un baño al que acudió como refugio y que esa misma beba era la que colocó dentro de unas bolsas para finalmente arrojarla a la basura; su yerro operó a nivel de lo simbólico, en el plano de lo valorativo dentro de una terribilísima situación de vulnerabilidad que redujo tan significativamente su ámbito de autodeterminación que, como se verá, no resulta posible efectuarle un reproche de culpabilidad”.

Es decir, el tribunal consideró que el cuadro psíquico de Trapasso había afectado la culpabilidad por el hecho. “Es por todo ello que, sin duda alguna, tampoco cabe afirmar la existencia de un error de tipo psíquicamente condicionado, sino que, en el subexamine, la estructura psíquica de la imputada sumada al estado puerperal, a aquel proceso histórico de subjetividad traumática y a la extrema vulnerabilidad psicosocial y psicopenal, me convencen acerca de su ínfima libertad de actuación por una notoria reducción para autodeterminarse; todo lo cual impacta en el terreno de la culpabilidad penal, en el modo en que habré de abordarlo oportunamente”.

Al analizar las pericias psiquiátricas, la sentencia realizó una crítica a la realizada por el perito oficial, que contenía una clara discrepancia con las conclusiones presentadas por los peritos de la defensa, con relación a la capacidad de la acusada. En este sentido, señaló que “no deja de sorprenderme la pobreza franciscana que ha de caracterizar (más bien aquejar) al dictamen presentado por el aludido médico forense, en el que se procuró zanjar una situación de dramática complejidad en prácticamente una hoja, en la que aspectos trascendentales en la vida de cualquier persona en general —y de toda mujer en particular— brillan por su ausencia”. En este sentido, indicó que omitió pronunciarse sobre los antecedentes de vulnerabilidad, el estado puerperal y las situaciones de violencia de género, entre otros episodios vividos.

Sobre el punto, señaló que “lo que he de apreciar es que semejante drama existencial ha contrastado con el burocrático informe que solo parece obedecer a un intento de armonización entre los resultados y una postura desfavorable preconcebida”, y afirmó en consecuencia que “corresponde tomar seriamente los dictámenes elaborados por los peritos de la defensa, cuyo resultado encuentra, a mi juicio, mayor apoyatura en las constancias del proceso”.

Seguidamente, el tribunal valoró las conclusiones de las especialistas aportadas por la defensa, que “sostuvieron que Rosana Verónica Trapasso, al momento del parto, padeció de un ‘brote micropsicótico’ que le ocasionó la pérdida temporal de la conciencia y de la realidad, indicando que la negación del embarazo fue provocada tanto por el primer acontecimiento traumático vivido con su primer hijo como por el rechazo de su madre y del padre de la niña víctima en estas actuaciones. Agregaron que el estado puerperal vuelve vulnerable a cualquier mujer, y más aún a una con las características

de Rosana; destacando que la falta de registro de la realidad es provocada por el estado micropsicótico de disociación de la conciencia, típico en las personalidades esquizoides, como la de la enjuiciada”.

“A partir de tal caracterización de una personalidad psicopática, es dable advertir la cantidad de puntos de encuentro entre dicha patología y los rasgos exteriorizados por la imputada al momento del hecho. En efecto, la despreocupación que exhibió inmediatamente luego del parto no solo por la vida de la niña sino por su propia salud llegó al extremo de intentar seguir trabajando como si nada hubiera ocurrido; como si la precariedad que rodeó a aquel sensible momento no pudiera afectarla en ningún grado. En cuanto a la motivación vindicativa y al mecanismo de sustitución de una figura parental frustradora de su niñez, resulta evidente la concreta posibilidad de que dicha figura esté configurada por una imagen paterna traumática para ella, como consecuencia del abuso sufrido por parte de su padre. Con relación a la esfera intelectual y al déficit de simbolización, han sido muy claras en este sentido las peritos de parte y la psicóloga personal de la imputada”.

“Por último, la ausencia de temor a la muerte surge clara del hecho de haber atravesado un parto complicado (en avalancha) sin asistencia médica, en el que decidió desgarrar ella misma el cordón umbilical, para luego deshacerse de la criatura e intentar continuar con sus labores. Por lo demás, la despersonalización del otro y su reducción a mero ente del que se vale, su yo, resulta también una lectura posible a la luz de lo expresado por Rudman, Damiano³⁰⁹ y Cañizares³¹⁰, quienes afirmaron que la nena fue vista por Verónica Rosana Trapasso como un objeto de desperdicio”.

En síntesis, el tribunal concluyó que la acusada padeció un brote psicótico que, por tal, originó una perturbación en su psiquis que le produjo una alteración morbosa de sus facultades mentales (art. 34, inciso 1.º CP), la cual le impidió comprender la criminalidad de la tentativa de homicidio ejecutada contra su hija recién nacida.

3. Imputaciones a mujeres por delitos contra sus parejas o exparejas

3.1. Bóveda, Rosana Elizabeth (causa n.º CCC 48296/2015/TO1, Tribunal Oral en lo Criminal de la Capital Federal n.º 13, rta.: 08/09/2016 y Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, sala 3, rta.: 22/08/2018)

Rosana E. Bóveda fue acusada de intentar dar muerte a Favio Adrián Garabento, con quien había mantenido una relación de convivencia. Según la acusación fiscal inicial, el 19 de agosto de 2015 la mujer fue a la casa de su expareja para llevarse sus pertenencias,

309. Las dos especialistas intervinieron en calidad de peritos de parte, integrantes del Cuerpo de Peritos de la DGN.

310. Encargada de brindar atención psicológica a Rosana Verónica Trapasso durante más de un año, por disposición del juzgado donde tramita la medida de protección dictada en favor del bebé M.

pero como el hombre le impidió el ingreso, ella comenzó a golpearlo con un objeto pesado. Bóveda se habría marchado, pero inmediatamente después le habría mandado un mensaje de texto al hombre en el que le pidió que bajase del edificio y amenazó con prenderle fuego a él y a su hija. La acusación afirmó que cuando Garabento bajó se encontró con Rosana y con Ricardo (un hombre que estaba con ella), que la mujer lo roció con alcohol e intentó prenderle fuego con un mechero, pero pudo escaparse y consiguió el auxilio de la fuerza pública.

Durante el juicio, la mujer dio una versión diferente. Relató que el día de los hechos investigados ella fue al piso a entregar la llave, que él quiso que ella entrara a la vivienda pero se negó a hacerlo, y entonces él la golpeó. Afirmó que cuando subió al coche de Ricardo Basualdo, quien era su pareja, este notó que estaba dolorida y entonces volvió para buscar a Garabento y tuvieron una pelea. Con el propósito de defender a Ricardo, roció con alcohol a Garabento, para amedrentarlo y lograr que cesara la riña. Aclaró que tuvo miedo por Ricardo Basualdo, ya que Garabento es profesor de kung-fu, y negó que hubiera tenido intención ni elementos para encender el fuego, que tampoco fueron secuestrados. Además, refirió que la relación con Garabento se había caracterizado por el dominio y control que él ejercía sobre ella, y que intentó denunciarlo en dos ocasiones, pero no obtuvo una respuesta adecuada.

En el debate se presentó un informe social preparado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN, en el que se refirieron las características de la relación sentimental que unió a las partes, que incluían acoso por parte de Garabento sobre Bóveda, celos y control constantes y excesivos, manipulación afectiva, restricción a sus ingresos económicos, fuertes limitaciones al ejercicio de su autonomía y amenazas cuando esta puso fin al vínculo. El informe, además, incluyó información sobre su historia vital y advirtió sobre la presencia de numerosos indicadores de vulnerabilidad en la mujer³¹¹.

Después de la prueba del debate, el fiscal general modificó la acusación y pidió que se condenara a Rosana E. Bóveda a un año de prisión por el delito de amenazas simples, pues no se pudo acreditar el dolo de matar. Por otra parte, el fiscal tuvo por probado “que la relación que existió entre Bóveda y Garabento se construyó en un ciclo de hechos violentos, enmarcado en una problemática interna de violencia psicológica, económica y física”, aunque no le asignó ninguna consideración jurídica a ese estado de cosas³¹².

311. Como la pobreza en su familia de origen y la consecuente necesidad de migrar para generar ingresos para la subsistencia de su hijo y de su madre, así como la condición de migrante e inserción laboral precaria.

312. En el debate, presenciado por integrantes de la Comisión sobre Temáticas de Género, Garabento declaró profusamente sobre el vínculo con la acusada y mostró aspectos de su personalidad que evidenciaban una relación marcada por el deseo de ejercer dominio constante sobre la mujer. El contenido de esa declaración no quedó reflejada en la sentencia, pero es muy probable que haya sido decisiva en la valoración de la prueba y de la calificación jurídica. Es probablemente, por la impresión personal que dio el acusado, que el tribunal afirmara que no resultaba extraña la conducta de la víctima.

Por su parte, haciendo alusión al principio acusatorio, la defensa oficial se refirió solo a la imputación de las amenazas y solicitó la absolución de su asistida. Alegó al respecto que no se había acreditado que las amenazas hubieran tenido entidad para generar temor en Garabento y, en forma subsidiaria, planteó una causal de justificación o bien de exculpación. Afirmó en este sentido que Bóveda habría actuado en legítima defensa de un tercero, ante la amenaza de Garabento contra su actual pareja que es de mayor edad, tenía otro estado físico y podría haber sido herido. Reparó en el carácter violento de la supuesta víctima, e invocó la necesidad de considerar instrumentos internacionales de derechos humanos que exigen incluir una perspectiva de género.

A su turno, el Tribunal Oral estimó acreditada la acusación fiscal. En alusión a un vínculo signado por el control y los celos, sostuvo la sentencia que “Dada la historia de la pareja Garabento-Bóveda, narrada por ambos intervinientes, no resulta extraño que la acusada haya tenido la actitud que se le reprocha. No han quedado dudas de que roció con alcohol a Garabento cuando previamente le había enviado un premonitorio mensaje de texto que rezaba ‘bajá a Jonte cagón, salí que te estoy comprando algo, cuidate vos y tu hija que los voy a prender fuego’. El contenido del mismo coincide exactamente con lo que sucedió después; Garabento bajó a la vereda y la damnificada lo roció con alcohol”.

El tribunal consideró que esa conducta es susceptible de generar temor y afectar negativamente el estado psíquico de la víctima, por lo que descartó el primer planteo defensivo. Entendió que no cabía sostener que Bóveda hubiera actuado de ese modo como producto del maltrato que dijo haber padecido por parte de Garabento, pues mantuvo una conducta reflexiva y que demandó el tiempo suficiente para que pudiera recapacitar ante un actuar explosivo (pues todo el proceso le llevó varios minutos), lo que acredita el dolo.

También rechazó que se haya configurado una causa de justificación o exculpación, en primer término, “porque su defensa lo planteó en el alegato final pero Bóveda nunca lo mencionó en sus declaraciones. Ella fue clara cuando dijo que lo quiso asustar. Nunca dijo que actuó para defender a Basualdo”. Además, consideró que no había constancias que acreditaran una agresión ilegítima, actual o inminente por parte de Garabento hacia Basualdo que autoricen a justificar la conducta de Bóveda.

Por último, justificó una pena de seis meses de prisión en ejecución condicional. Valoró como agravante las características del mal amenazado y el elemento utilizado para ello; y como atenuantes la falta de condenas previas, “los antecedentes de la relación conflictiva entre ambos”, y variables que daban cuenta de la vulnerabilidad de la imputada. En ese sentido, mencionó que dejó su provincia de origen, alejándose de su familia y su hijo, en busca de una mejora económica y social. Valoró informes sociales que avalaban esas características, y reparó en el hecho de “que la acusada resulta ser una persona de nivel socioeconómico de clase media trabajadora, con estudios secundarios completos y sin inconvenientes de salud”.

La Cámara Nacional de Casación Penal —habilitada por el recurso de la defensa— confirmó la sentencia condenatoria. Descartó que existiera una afectación al principio de congruencia por la variación en la acusación final. Descartó la concurrencia de la legítima defensa en similares términos que el Tribunal Oral y también que la imputada hubiera obrado bajo un error inevitable acerca de la concurrencia de una “agresión ilegítima”.

Rosana Elizabeth Bóveda estuvo detenida ocho días al inicio de las actuaciones.

3.2. Calle Vilca, Ninfa (Tribunal Oral en lo Criminal n.º 6 de Capital Federal, causa n.º 14/2016, rta.: 09/05/2016)

Ninfa Calle Vilca fue acusada de haberle clavado un cuchillo de mesa en el tórax a Álvaro Rojas Aguayo, su pareja. El hombre tuvo que ser trasladado a un hospital e intervenido quirúrgicamente de urgencia para reparar los vasos sanguíneos afectados. Su vida estuvo en riesgo pero se recuperó. Este hecho ocurrió en la madrugada del 1 de enero de 2016, en el marco de los festejos por el año nuevo, en el interior de la vivienda que compartía la pareja y en un contexto de violencia de género. Un amigo en común, presente en la casa en el momento del hecho, confirmó ese extremo, relató que la mujer tenía el brazo “mordisqueado” y que Rojas Aguayo estuvo toda la noche enfadado con ella.

La médica de emergencias que atendió al hombre en un primer momento refirió que Ninfa le dijo que él le había querido pegar y ella reaccionó dándole la puñalada. Además, el informe médico legal de la imputada describió la presencia de lesiones de una fecha inferior a 5-7 días.

Por su parte, la hermana de la imputada testificó que Ninfa era agredida por la víctima, situación que se agravaba por la falta de trabajo y el consumo de alcohol en ocasiones sociales. La testigo comentó episodios previos y afirmó que su hermana no había hecho denuncias por estos hechos y siempre le pedía que no se involucrara en estos conflictos. Dio cuenta también de las distintas lesiones físicas que fue presentando la imputada mientras era pareja de la víctima.

Una vez recuperado, el damnificado atestiguó que el día de los hechos estaba discutiendo con Ninfa Calle Vilca mientras ella cocinaba cuando esta, sorpresivamente, le clavó el cuchillo. Tras esta declaración, y aún estando la causa en trámite, el hombre se suicidó.

En su declaración indagatoria, Calle Vilca afirmó que su pareja era muy violenta con ella, que la agredía desde antes de llegar a Argentina (ambos eran migrantes). Manifestó también que en la época de los hechos sentía mucho miedo, “que no quería que la golpeará más”, y además sospechaba estar embarazada. Sobre el hecho en concreto, dijo que la víctima había aprovechado un momento en que se quedaron a solas para zarandearla y golpearla, por lo que ella intentó defenderse, sin querer causarle daño.

Explicó que la sospecha de estar embarazada (confirmada en la atención médica posterior) la llevó a tener más miedo y reaccionar de esa manera.

La defensa oficial de la mujer y la Fiscalía General acordaron un juicio abreviado en el que se aceptaron los hechos tal cual fueron referenciados, recalificándolos como lesiones graves agravadas por mediar una relación de pareja entre las partes, y dejando de lado la acusación inicial de homicidio calificado en grado de tentativa. En atención al comprobado contexto de violencia de género que afectaba a Calle Vilca, se entendió que la acción estaba justificada por el ejercicio de la legítima defensa, pero se consideró que existió un exceso debido a la magnitud del daño causado para repeler el ataque.

El fiscal general justificó el cambio de la calificación legal porque consideró acreditado que la acusada tuvo intención de lesionar, pero descartó el dolo de matar. Para desecher el dolo homicida, valoró que “dada la escasa duración del episodio, no resulta posible tácticamente que la imputada haya podido calcular la zona del cuerpo de Rojas Aguayo donde ingresaría el cuchillo que ella esgrimía en su mano, sin perjuicio de que no hay dudas de que su obrar estaba movido por el conocimiento y la voluntad de causar una lesión a su pareja”.

Para tener por probado el historial de victimización y las agresiones que la víctima habría provocado a Calle Vilca en el momento de los hechos objeto de investigación, valoró los relatos de ambos integrantes de la pareja, los testimonios de la hermana de Calle Vilca y del amigo en común, la certificación de las lesiones que presentaba la mujer y un informe social elaborado por el Proyecto Piloto de Asistencia y Patrocinio Jurídico Gratuito a Víctimas de Violencia de Género y por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN³¹³.

En este informe, realizado a partir de una entrevista con la imputada durante su detención, una conversación mantenida con su hermana y la lectura del expediente, se dio cuenta de las múltiples vulnerabilidades que la afectaban. Se describió su historia vital atravesada por la precariedad socioeconómica de una familia boliviana en la que siendo niña tuvo que comenzar a trabajar en condiciones de explotación y violencia; en su adolescencia se desplazó hacia la zona urbana y continuó con labores precarias, consolidándose el abandono de los estudios. En ese contexto inició una relación afectiva con Rojas Aguayo, que al poco tiempo devino en convivencia, y que mostró tempranamente rasgos de control, celos y obstaculización de los vínculos sociales. Sin embargo, a partir de una propuesta de su hermana, la mujer se fue a vivir a Buenos Aires en busca de mejores oportunidades. A esta invitación se sumó Rojas Aguayo con la excusa de no querer

313. Según el fallo, en el informe “se dejan constancias de la referencia hecha por Calle Vilca a diversas situaciones en las que había sido objeto de golpes y fuertes agresiones físicas de parte de Aguayo Rojas, y consta que se tomó contacto con la hermana, Rossmery Calle, quien dio cuenta de haber visto a su hermana lesionada y con visibles marcas de tales agresiones, y que incluso llegó a intervenir pidiéndole a Aguayo Rojas que frenara con los golpes o que se fuera de la casa, de todo lo cual se dejó constancia”.

dejarla sola. Aquí en Buenos Aires se manifestó con toda gravedad la violencia de género que venía padeciendo Calle Vilca, con palizas a las que se sucedían promesas de cambio o la renovada confianza de ella de poder manejar la cuestión. En lo que respecta al trabajo, la joven tuvo que preferir tareas que pudiera compartir con su pareja porque “él decía que no podíamos trabajar separados, porque yo le iba a meter los cuernos, él pensaba todo el tiempo que yo lo iba a engañar con alguien”, llegando a cambiar varias veces de empleador por las situaciones de violencia en la pareja. El informe social concluyó que la acusada desarrolló toda su existencia vital en un escenario de pobreza crónica, con un recorrido laboral marcado por la explotación y la informalidad y alcanzando un proyecto de oportunidades de progreso que se vio truncado por la violencia de género que sufría a manos de su pareja y que tanto ella como su propia hermana pudieron relatar, lo que incrementó su intensidad a partir de su radicación en esta ciudad.

Por último, el fiscal tuvo por cierto que Calle Vilca actuó en legítima defensa. Entendió que el medio empleado (un cuchillo Tramontina) era razonable, teniendo en cuenta “la diferencia física de ambos, que ella ya había sido sometida a violencia en otras ocasiones, y sumando en esta ocasión su sospecha de hallarse embarazada”. Sin embargo, consideró que en un momento la conducta de la acusada se volvió injusta, pues excedió la fuerza necesaria para repeler la agresión.

El voto que lideró la sentencia coincidió “con que debe descartarse el dolo de homicidio, y sí considerarse que hubo un dolo de producir una lesión que ha sido considerada de carácter grave en los informes médicos”, sin ampliar los motivos que justifican esa afirmación³¹⁴. También consideró adecuado concluir que en el caso “obró una causa de justificación vinculada con la legítima defensa ejercida por la víctima frente a una agresión de su pareja, que fue repelida por un medio razonable, que no fue provocada, pero que, debido a la forma en que se produjo, excedió la producción del daño indispensable para repelerla”.

El tribunal aplicó la pena consensuada de dos años y diez meses de prisión en suspenso, valorando especialmente los antecedentes de violencia de género, el embarazo que cursaba Calle Vilca y la admisión de los hechos.

3.3. Escobar, Daniela (Tribunal Oral en lo Criminal n.º 25 de Capital Federal, causa n.º 38194/2013, rta.: 04/12/2014; Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, sala 2, reg. 168/2018, rta.: 18/06/2015; Tribunal Oral en lo Criminal n.º 25 de Capital Federal, causa n.º 38194/2013, rta.: 18/04/2016)

Daniela Escobar fue acusada de homicidio calificado por haber causado la muerte de Enrique Dellacasa, con quien tenía una relación de pareja. El hecho ocurrió el 25 de

314. Tampoco ofreció argumentos el voto del juez Guillermo Jorge Yacobucci, quien, si bien adhirió al voto del juez Rojas, sostuvo que reservaba su opinión sobre el título de imputación escogido en el acuerdo de juicio abreviado, en particular el objeto del dolo exteriorizado.

julio de 2013 en el domicilio de la imputada, que compartía con su hija, su yerno y sus nietos. Según la declaración de la mujer imputada, el hecho ocurrió en un contexto de agresividad en el que la víctima le exigía dinero para comprar drogas, pero ella se negaba a entregárselo, por lo que Dellacasa la agarró del pecho, la tiró al suelo y la pegó. Ella se defendió propinándole unas puñaladas con un cuchillo de mesa. Tras ello, ella lo ayudó a curarse y vendarse las heridas producidas en mano, brazo y abdomen. Superada esa primera situación, según la versión de la mujer, hubo una nueva insistencia por parte de la víctima para acceder al dinero, pero la mujer volvió a negárselo. Tras ello, el hombre volvió a agredirla golpeándole la cabeza contra la pared, y fue entonces cuando refirió que tomó un cuchillo y se lo clavó en el cuello. Después de este segundo ataque salieron de la vivienda, tomaron el ascensor y al salir del edificio, el hombre cayó desplomado en la calle mientras la mujer pedía auxilio.

El hombre falleció inmediatamente, lo que fue constatado por la médica de emergencias que acudió al lugar. Escobar fue detenida en ese momento, pero antes tuvo posibilidad de volver al domicilio, en donde presuntamente intentó disimular la escena, lavando el cuchillo con el que se produjo la agresión, tirando ropa con sangre al cubo de la basura e intentando lavar algunos rastros de sangre.

La defensa planteó que Escobar se había defendido de las agresiones del hombre por lo que había mediado legítima defensa en su accionar o, en todo caso, un exceso en la legítima defensa. Subsidiariamente, apeló a la ocurrencia de circunstancias especiales de atenuación previstas en el artículo 80 del Código Penal y a la inconstitucionalidad de la pena perpetua. También requirió la aplicación del homicidio simple, por no corresponder el agravante relativo a la relación sentimental, contemplado en el artículo 80, inciso 1.º del Código Penal. La defensa no ofreció prueba adicional al relato de la imputada para comprobar el contexto de violencia en el que ocurrieron los hechos ni sobre la dinámica del vínculo entre las partes.

Si bien la acusada manifestó que Dellacasa y ella no eran pareja, un importante número de testigos dio cuenta de hechos que permitían concluir la existencia de una relación afectiva, que fue caracterizada como conflictiva o disfuncional debido a que ambos consumían estupefacientes. Asimismo, varios testimonios fueron coincidentes en afirmar, por un lado, el carácter violento, agresivo y conflictivo de Escobar, así como el consumo de drogas y, por el otro, el carácter pacífico y sumiso de la víctima. Algunos testigos mencionaron episodios de agresiones previas que habían generado en el hombre lesiones en su rostro, propinadas por la mujer, así como la falta de reacción de Dellacasa para defenderse. Por su parte, en el momento de la detención, Escobar no presentaba lesiones y su estado era normal.

La mujer fue condenada a prisión perpetua en virtud del delito de homicidio agravado por la relación de pareja. A criterio del tribunal, "Conforme la evaluación precedente de toda la prueba considerada no ha existido defensa por parte de la procesada, toda vez

que el ataque ha provenido de la misma”, descartando de este modo los argumentos de la defensa en torno al ejercicio de la acción en legítima defensa. Valoró especialmente que la mujer no presentaba lesiones, que la víctima tenía lesiones defensivas en manos y brazos, el carácter violento de la mujer y tranquilo del hombre, probado por los diversos y contestes testimonios brindados por vecinos y familiares de las partes. También tuvo en cuenta la intencionalidad de la mujer en el hecho, producto de su intento por hacer desaparecer los rastros incriminatorios.

El tribunal descartó los planteos subsidiarios esgrimidos por la defensa, en particular, se detuvo en el planteo sobre las circunstancias extraordinarias de atenuación. Dijo que la defensa “no ha dado fundamentos que permitan considerar la misma, dado que, simplemente se ha referido la relación de su pupila con las drogas y la relación que tenía esta con la víctima, indicando que la misma habría cometido el hecho impulsado por una causa motora de carácter excepcional. En tal sentido, no se advierten estas circunstancias excepcionales, tan genéricamente expresadas, sin dar razones precisas, respecto al momento que ocurrieron los hechos”.

La defensa oficial de Escobar presentó recurso de casación, en el que se agravió por una valoración arbitraria de la prueba y porque no se explicó cómo, dónde ni por qué ocurrió el suceso. Alegó que la versión de la víctima daba explicación a lo ocurrido y debía aplicarse, en consecuencia, la figura de la legítima defensa o, en su defecto, de exceso en la legítima defensa. De forma subsidiaria, cuestionó la imputación de la figura agravada, ya que no se configuraba una relación de pareja³¹⁵; solicitó la aplicación de las circunstancias extraordinarias de atenuación de la figura de homicidio calificado; y la inconstitucionalidad de la prisión perpetua.

La Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, tras repasar la prueba que motivó la sentencia, desechó los planteos vinculados a la valoración arbitraria de la prueba y la procedencia de la legítima defensa. Estimó al respecto que no se había acreditado un ataque de la víctima. Consideró que, si los hechos hubieran ocurrido según el relato de la acusada, necesariamente Escobar debió presentar alguna lesión. Por otra parte, valoró la presencia de heridas defensivas en Dellacasa, las primeras expresiones de Escobar posteriores al suceso (en las que había afirmado a quienes acudieron en un primer momento que las heridas habían sido producto de un juego, lo que resultaba ilógico) y la conducta que le siguió (consistente en subir al piso, desprenderse de la ropa ensangrentada y lavar todos los cuchillos). En consecuencia, descartó el agravio defensorista vinculado a la arbitrariedad de la sentencia condenatoria por falta de consideración de una legítima defensa, o de un exceso en ella. Alegó al respecto que el tribunal de mérito había descartado un ataque previo por parte de la víctima, por lo que correctamente desechó la procedencia de una legítima defensa. En

315. El defensor oficial ante el Tribunal de Casación manifestó que, si no se aplicaba la duda para afirmar que en el caso no existió una relación de pareja, correspondía declarar la inconstitucionalidad del art. 80, inciso 1.º CP, por su afectación al principio de legalidad, en virtud de la incertidumbre que genera el concepto.

cambio, la sentencia de casación hizo lugar al planteo relativo a la falta de acreditación de la relación de pareja. Entendió al respecto que el vínculo entre Escobar y Dellacasa no configuraba una relación de pareja, en los términos del artículo 80, inciso 1.º del Código Penal, y la conducta debía ser subsumida, en consecuencia, en la figura del homicidio simple.

Devueltas las actuaciones al tribunal de origen, con una nueva composición se condenó a Escobar a la pena de ocho años de prisión, el mínimo de la escala penal. El tribunal valoró para ello la falta de antecedentes penales; la adicción a las drogas y el alcohol; que después del ataque acompañó y buscó asistencia para la víctima; su precaria situación socioeconómica y que, pese a ello, contribuya al sostenimiento económico de su hija y sus nietos; y que haya retomado los estudios secundarios y manifestado interés en seguir una carrera universitaria (lo que evidencia sus deseos de superarse).

3.4. Gerez, Magalí Andrea (Tribunal Oral en lo Criminal n.º 13 de la Capital Federal, causa CCC n.º 56480/2014, rta.: 08/03/2016; Cámara Nacional de Casación Penal, sala I, rta.: 13/06/2018)

Magalí Andrea Gerez fue imputada y se requirió la elevación a juicio por el delito de homicidio en grado de tentativa en perjuicio de Carlos Alberto Leoni. En el requerimiento fiscal se le atribuyó que el 9 de septiembre de 2014 colaboró, junto con su pareja, Alejandro De Francesco, en la acción que pretendía dar muerte a Carlos Alberto Leoni —expareja de Magalí y padre de su hija M.—. La acusación fiscal tuvo por cierto que Alejandro De Francesco le causó a la víctima, en distintos lugares del cuerpo, heridas cortopunzantes asestándole una serie de puñaladas con un arma blanca mientras fue ayudado en la acción por Magalí Gerez, quien había sujetado por detrás a Leoni.

Según la versión de la víctima, Gerez fue a su casa a llevar una documentación, como habían acordado previamente, pero cuando él salió a la vereda, Alejandro De Francesco bajó de su vehículo y, “sin mediar palabra”, lo atacó con un arma blanca. Aclaró que hubo un forcejeo y logró tirar al suelo al atacante, entonces Magalí Gerez le gritó “Lo vas a matar”, y lo agarró por detrás, “como queriéndome separar”. Ese momento fue aprovechado por De Francesco para reincorporarse y apuñalar en el pecho a Leoni y, cuando intentó escapar, le asestó dos puñaladas más por la espalda. Pese a su declaración, afirmó creer que hubo intencionalidad de Gerez de facilitar el ataque, porque en otro caso hubiera separado a De Francesco y no a él, y además dijo que él desconocía que ese día De Francesco iba a acompañar a Magalí hasta su casa. Con el auxilio de su madre y hermano, el Sr. Leoni fue trasladado a un hospital, donde estuvo internado con riesgo de vida.

En su declaración testimonial, Magalí Gerez negó la comisión de los hechos que se le imputaban. Durante el debate, se expidió respecto de la contextura física de De Francesco (con un peso aproximado de 50 kg y una estatura de 1,50 m) y Leoni (de alrededor

de 70 kg y una estatura de 1,70 m). Además, agregó que este último practicaba vale todo (al que describió “como un deporte como el boxeo pero con todo el cuerpo”). En cuanto a los hechos, indicó que ese día acudió al domicilio de Leoni para llevar una documentación de su hija, y en ese momento su expareja la empujó, la pateó y se dirigió hacia la camioneta donde se encontraba Alejandro De Francesco y lo atacó. Agregó que ella intentó intervenir para detener a Carlos Leoni, que estaba encima de su pareja. Remarcó que De Francesco tenía tuberculosis, por lo cual estaba débil. En ese contexto, negó tener conocimiento de que De Francesco había herido a Leoni, y hasta que no estuvo en la camioneta no se enteró de esa circunstancia; fue entonces cuando decidió llamar y acudir al hospital para conocer la evolución de salud de Leoni.

En cuanto a la relación afectiva con Leoni, indicó que se inició cuando ella tenía 14 años y él 21, que después de dos meses de relación se quedó embarazada e iniciaron la convivencia. Aludió que Carlos Leoni era una persona violenta y controladora y que por ese motivo decidió concluir el vínculo, decisión que no era aceptada por Leoni. Contó que presentó denuncias previas contra Leoni por violencia, y que poco antes del hecho que desencadenó el proceso penal lo denunció por haberle impedido mantener contacto con su hija, con la excusa de que quería evitar que la niña se contagiara de tuberculosis.

Entre la prueba producida se encuentra la declaración testimonial de la víctima; dos actuaciones ante la Oficina de Violencia Doméstica (donde presentó las denuncias por violencia contra Leoni); un informe social practicado a Magalí Gerez; y copia de diversos expedientes civiles y correccionales en los que Gerez denunció a Leoni por diversos hechos de violencia. También se incorporaron al juicio mensajes de texto que Leoni intercambió con un amigo, de los que surge que la víctima sabía que De Francesco estaba camino a su casa, y que su amigo le dijo “Ponelo de una”.

El informe social, confeccionado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN, refirió, entre otras cosas, los antecedentes de violencia física y psicológica que registró el vínculo afectivo entre Gerez y Leoni. Reparó en la juventud de la mujer cuando inició la relación con Leoni y su maternidad a los 14 años, y en los maltratos que sufrió la joven y su decisión de poner fin a la relación, aunque ello no fue suficiente para que cesara la violencia. En ese contexto, Gerez denunció la violencia sufrida por parte de Leoni en más de una ocasión ante la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema.

El fiscal general solicitó que se condenara a Gerez por resultar partícipe secundaria del delito de homicidio en grado de tentativa, a la pena de dos años y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento. Afirmó que la situación previa vinculada a los malos tratos “nada tiene que ver con el suceso, habida cuenta que hablamos de la colaboración de la imputada en el accionar de De Francesco”. En su alegato incluyó afirmaciones que podrían dar cuenta de la presencia de estereotipos de género; así, criticó que la

mujer “colaboró en la empresa de un tercero que podría haber matado al padre de su hija”, lo que habría sido fulminante para el desarrollo de la niña, y afirmó que, si realmente tuvo intención de hacer cesar el ataque, se tendría que haber interpuesto entre ambos. Caracterizó a De Francesco como “un agresor enclenque, pequeño y de respuesta lenta porque estaba enfermo” y a Leoni como una persona mucho más grande y entrenada, y de ello concluyó que era necesaria la colaboración de Gerez para llevar adelante el ataque con éxito.

El fiscal descartó la posibilidad de legítima defensa por no encontrar elementos de justificación ya que, según expresó, nadie agredió a Magalí Gerez. Con relación a la culpabilidad, refirió que no había elementos que pudieran justificar su colaboración, por más mala relación que pudiera existir entre ella y Leoni, porque en ese momento el conflicto no fue con ella. Específicamente indicó: “Una cosa es una situación vinculada a un cuadro de violencia de género y otra es [...] colaborar para que su compañero le propine las puñaladas en cuestión”.

La defensa oficial de la mujer puso de manifiesto las denuncias efectuadas por su defendida y el “perfil particular y arbitrario” de Carlos Leoni que demuestra la violencia, y señaló las numerosas contradicciones de Leoni. Realizó diversos planteos vinculados con la atipicidad de la conducta de su defendida con eje en las reglas de la participación, señaló la falta de acreditación del elemento subjetivo (pues el propio Leoni había afirmado que actuó para detener la pelea), apuntó que, en todo caso, le cabría una conducta culposa, e invocó, en forma subsidiaria, la causa de justificación de legítima defensa por intentar detener el conflicto.

Por su parte, el tribunal entendió que quedó debidamente acreditada la materialidad del suceso delictivo, tal como lo presentó el fiscal, y la responsabilidad de Magalí Gerez como partícipe secundaria del delito de homicidio simple en grado de tentativa, y le impuso una pena de dos años de prisión, cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso. Para ello, se limitó a afirmar dogmáticamente que el testimonio de la víctima fue convincente y concordante y que la prueba producida no corroboraba el relato de Gerez (sin pronunciarse sobre los cuestionamientos de la defensa).

Sobre los antecedentes de malos tratos, la sentencia se limitó a afirmar que “entre ambos —víctima y victimario— venía de larga data una relación conflictiva y litigiosa con derivaciones judiciales y acciones cruzadas al respecto, motivadas en la tenencia y el cuidado de la hija que ambos tienen en común”.

Además, descartó la participación culposa y la legítima defensa puesto que “por un lado hubo un contundente actuar homicida que desecha por completo la posibilidad de ceñir el hecho a un delito contra la integridad física y, por otra parte, tampoco puede sostenerse con seriedad que existió una agresión ilegítima del aquí damnificado que motivara a actuar a Gerez bajo el amparo de la norma eximente de responsabilidad”.

En la graduación de la pena, se consideró como atenuantes la juventud de Gerez, su condición de madre temprana, fruto de una relación no consolidada y hartamente compleja en la actualidad, la buena impresión causada, su bajo nivel de instrucción y escasos recursos educacionales, sociales y económicos, que la sumergen en un alto grado de vulnerabilidad, y su ánimo por superarse, traducido en las circunstancias de haber abandonado las sustancias tóxicas y su deseo de continuar sus estudios secundarios.

Contra la sentencia condenatoria la defensa interpuso recurso de casación, en el que se agravó por la valoración arbitraria de la prueba y porque en el juicio el tribunal no le permitió acreditar el contexto de violencia de género porque “escapaba al objeto procesal de autos”. Subsidiariamente, cuestionó que, aun aceptándose esa base fáctica, correspondía la absolución de su asistida por resultar atípica.

A su turno, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional hizo lugar al recurso y entendió que se acreditó la arbitrariedad en la valoración de la prueba, por lo que dictó la absolución de Gerez y declaró abstractos los demás planteos defensoristas. Manifestó al respecto que “en la medida en que la sentencia condenatoria se motivó exclusivamente en la declaración del damnificado —Carlos Alberto Leoni—, sin que exista ninguna otra prueba que permita corroborar su versión y desvirtuar el descargo de la imputada, la conclusión a la que se llegó dependió en este caso tan solo de la confianza que en los señores jueces sentenciadores generaron las declaraciones de una única persona, pese a existir elementos aptos para desdibujar su narración en punto al rol cubierto en la emergencia por su expareja y madre de su hijo”. El voto que lidera el acuerdo señaló en tal sentido numerosas inconsistencias, como contradicciones en las declaraciones de Leoni, variaciones en su interpretación sobre el rol de la mujer en el hecho y la falta de explicación sobre las afirmaciones de Gerez, que él mismo reconoció, y que indicaban que estaba actuando en defensa de su pareja. En tanto, valoró que la acusada mantuvo siempre sus declaraciones en distintas instancias y organismos, y que sus manifestaciones encontraban corroboración en otros elementos del juicio. Gerez estuvo detenida en prisión preventiva diez meses.

ANEXO 2. Jurisprudencia sobre criminalización de mujeres por delitos de drogas

1. Acuña, Roxana Noelia (causa n.º 12326/2013, Cámara Federal de Salta, sala I, rta.: 09/05/2017)

La investigación que dio origen a esta causa fue realizada por la sección Antinarcoóticos de la Gendarmería Nacional. Intervenciones telefónicas, tareas de inteligencia y allanamientos condujeron a un grupo de personas que fueron señaladas como dedicadas a adquirir droga en Bolivia, y hacerla ingresar al país para distribuirla en distintas provincias. Cuando se allanó la vivienda de la pareja Roxana Noelia Acuña y Raúl Marcos Moreno, se hallaron en el cajón de la ropa de la habitación que compartían 1,516 kilos de cocaína, una granada y una escopeta.

Acuña fue procesada por el Juzgado Federal de San Ramón de la Nueva Orán, como partícipe secundaria del delito de tenencia de drogas agravado por el número de intervinientes.

El procesamiento fue apelado por la defensa oficial, quien sostuvo que no había pruebas que evidenciaran que Acuña hubiera tenido conocimiento de que su marido poseyera estupefacientes. Además, cuestionó la aplicación del agravante previsto en el art. 11, inc. c de la Ley 23737³¹⁶, toda vez que Acuña no había participado en el acuerdo delictivo que requiere la figura.

La Cámara Federal de Salta, por unanimidad, revocó el procesamiento de Acuña y dictó la falta de mérito para procesar o para sobreseer, pues consideró que no estaba probado ni el conocimiento de la mujer sobre la existencia de la droga ni su colaboración.

De la sentencia de la cámara, surge que el fundamento central del Juzgado Federal para dictar el procesamiento consistió en afirmar que no resultaba creíble que la esposa

316. Las penas se agravan en el supuesto "si en los hechos intervinieron tres o más personas organizadas para cometerlos".

desconociera que Raúl Marcos Moreno (junto a B.) utilizara el domicilio familiar para guardar los estupefacientes, pues ella misma había reconocido que los B. son parientes de su marido, y que en Salvador Mazza se comentaba que trabajaban con drogas. En cambio, para la cámara, “las sospechas que aquella podía albergar sobre las actividades de los familiares de su marido no resultan suficientes para desechar su versión sobre su ajenidad y desconocimiento sobre la guarda que B. le encargó a M., más aún cuando este último enfatizó que el paquete con 1.516,7 gramos de pasta base de cocaína lo ‘guardó en su casa en el ropero y detrás de un cajón cuando su madre y esposa no veían”.

La Cámara también advirtió el doble estándar aplicado por el juzgado interviniente, pues mientras la procesó por la tenencia de estupefacientes, dictó su falta de mérito respecto a armas encontradas en el mismo allanamiento, “en razón de que los dichos coincidentes del matrimonio llevaban a ‘inferir que la encartada desconocía que su marido tuviera material explosivo (granada) o una escopeta entre sus pertenencias”.

También desvirtuó el análisis de conversaciones a las que se habría hecho referencia de forma genérica por parte del fiscal para sostener la acusación. Los intercambios telefónicos habían tenido lugar dos años antes de los hechos investigados y la acusación no había explicado por qué motivo su contenido permitía suponer que Roxana Noelia Acuña tuvo alguna participación en los hechos. La cámara concluyó que “a más de la circunstancia objetiva de que Acuña residía en el lugar en el que su pareja tenía el estupefaciente, ninguna evidencia señala que conocía de ello”, y agregó “y, menos aún, surge en qué consistió su aporte en la comisión de ese hecho”.

La Cámara explicó a continuación que, “para que exista cooperación en los términos del artículo 46 del Código Penal, es menester que resulte de una actividad decidida y tomada con el propósito de reforzar la resolución adoptada o facilitar la realización de sus fines. De modo que, para atribuirle colaboración en el almacenamiento de drogas, el juez debió —cuanto menos— acreditar un comportamiento distinto al de mero conocer (lo que como se dijo tampoco se acreditó), y a partir de allí analizar si esa conducta puede traducirse en alguna ayuda a Moreno para la guarda o tenencia de drogas. Es que aun cuando la doctrina mayoritaria admita que el acuerdo entre cooperadores y autores pueda ser tácito, ello no equivale a construir la complicidad (ya sea de primer o segundo grado) sin respetar los mínimos recaudos de prueba para afirmar sobre la existencia de un comportamiento del partícipe que pueda ser identificado como una colaboración. Lo contrario importaría reconocer un derecho penal de autor y de responsabilidad objetiva, vedada por el orden constitucional”.

Tras la intervención de la Cámara, el juez de instrucción dictó el sobreseimiento de Roxana Acuña. En el momento de realizar este informe no se pudo acceder a los fundamentos de la resolución.

2. Altamirano, Jennifer Pamela (causa n.º 91001193/2012, Cámara Federal de Casación Penal, sala I, rta.: 22/11/2016)

Tres mujeres: Jessica Paola Machao, Mirta Antonia Coria y Jennifer Pamela Altamirano, y un hombre, David Noel Altamirano, fueron juzgados por la venta de estupefacientes en el domicilio que compartían en Puerto Madryn. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia condenó a Jessica Paola Machao a la pena de dos años por considerar que el delito estaba en grado de tentativa, y al resto a la pena de cuatro años de prisión.

La defensa oficial presentó recurso de casación en el que cuestionó la valoración de la prueba y dijo que no estaba probada la participación de todo el grupo familiar. En forma subsidiaria, solicitó la reducción del mínimo legal y la imposición de una pena en suspenso. Pidió que se considerase, conforme a los criterios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, la escasa cantidad de material estupefaciente secuestrado, el escaso porcentaje de THC, la modalidad desplegada, la pobreza absoluta en la que se encuentran sumergidos los imputados que tienen bajo su cuidado a cinco menores de edad, la precariedad y hacinamiento en la que convivían, sus bajos ingresos, la situación de falta de escolaridad y empleo y la enfermedad de una de las imputadas (Mirta Antonia Coria).

La Cámara Federal de Casación Penal, en votos concurrentes, rechazó ambos agravios³¹⁷. En relación con la imposición de la pena, manifestó que es potestad del legislativo fijar la escala penal, resaltó la excepcionalidad de la declaración de inconstitucionalidad y entendió que en el caso no estaba probada la violación a los principios de culpabilidad y proporcionalidad. En esa dirección, afirmó que “respecto a dicho argumento [refiere a la culpabilidad y proporcionalidad de la pena] entiendo que las circunstancias mencionadas fueron meritadas por el *a quo* al momento de determinar el monto de la pena. Es que, el tribunal optó por imponer el mínimo de la pena correspondiente al delito por el que deben responder penalmente, y en el caso de Jennifer Altamirano, una pena en suspenso que se condice con su accionar delictivo y situación particular. Ello, analizado conforme a los parámetros establecidos en los párrafos precedentes —imposibilidad de perforar el mínimo establecido por el legislador— me convence de que los fundamentos expuestos por la defensa resultan insuficientes para conmovir a esta instancia” (del voto del juez Hornos).

317. La sentencia rechaza el argumento vinculado con la carencia probatoria, y señala distinta prueba que involucra a todos ellos. Pero, del recuento que hace no parece que sea suficiente para determinar el involucramiento de, al menos, dos de las mujeres en los hechos. Según los términos del fallo, una de ellas (Mirta Antonia Coria) solo fue vista en una ocasión haciendo un “pasamanos”, y respecto de otra (Jennifer Pamela Altamirano), solo surge que “atendió” a una persona (“logró hacerse del dinero que le dio un tercero —por parte del sujeto de campera amarilla— a las 13:38 del día 8 de septiembre de 2010, y, cuando se disponía a buscar el material estupefaciente para entregárselo al comprador, fue interrumpido el *iter criminis* por la intervención de la fuerza policial que realizaba el allanamiento”).

3. Asturayme Mauricio, Paulita Verónica (causa n.º 1150/2017, Juzgado Nacional en lo Penal Económico n.º 6, Secretaría n.º 11, rta.: 10/08/2017; Tribunal Oral Penal Económico n.º 2, rta.: 05/04/2018)

Paulita Verónica Asturayme Mauricio fue detenida al intentar ingresar al país con 11,060 gramos de clorhidrato de cocaína³¹⁸ en un vuelo proveniente de Lima, República de Perú. Los estupefacientes se encontraban ocultos en el interior de unas chaquetas y chalecos, en los respectivos forros y como doble fondo, y en el interior de un bote de champú y un bote de crema. La mujer fue procesada por el delito de tentativa de contrabando de importación por ocultamiento, agravado por tratarse de estupefacientes y, además, por estar aquellos inequívocamente destinados a la comercialización.

Del fallo de primera instancia surge que Asturayme Mauricio declaró en su indagatoria que “Yo no quería viajar, no quería venir, me obligó alguien que conocía mi casa, me estaba amenazando una persona que se llama Jaime [...]”. Sin embargo, el tribunal interviniente consideró que actuó con conocimiento y voluntad. En el auto de procesamiento sostuvo que “el descargo de la imputada pretende hacer recaer la responsabilidad penal en el hecho investigado en una tercera persona (de quien hizo saber que se llamaría Jaime), pero que, más allá de los datos aportados en aquella declaración, se desconocen más datos filiatorios de Jaime, quien residiría en la República del Perú, y toda vez que aquel argumento no se encuentra corroborado por ningún otro elemento incorporado hasta el presente a las actuaciones”.

El juzgado dio por probado el dolo por el lugar donde se encontraban acondicionados los estupefacientes y por las declaraciones de la imputada, pero omitió valorar si las amenazas que refirió configuraban una causal de inimputabilidad o reducción de la culpabilidad por coacción. Sobre esos estratos de análisis en la teoría del delito concluyó que “de las diversas constancias incorporadas al expediente no surge la concurrencia de causales de justificación o exculpación que lleven a eliminar la responsabilidad de la imputada en el ilícito que se le reprocha”.

Después del procesamiento, la defensa oficial solicitó al Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN la realización de un informe social. El informe recorrió aspectos relevantes de la historia vital de la acusada, recuperando la trayectoria familiar y personal de trabajo en condiciones de precariedad e informalidad. En este contexto, se rescató su esfuerzo por iniciar una formación universitaria y se indicó la necesidad de incorporar al análisis un enfoque de género que promoviera la lectura del encarcelamiento de mujeres por delitos vinculados al tráfico de drogas desde la lógica de las desventajas sociales estructurales y sistemáticas que confluyen en desigualdades en el acceso a la salud, a la educación y al trabajo, entre otros.

318. Posteriormente, se determinó mediante pericia química un peso total de 6.524,5 gramos.

En abril de 2018, Paulita Verónica Asturayme Mauricio fue condenada a la pena de cuatro años y ocho meses de prisión efectiva, mediante procedimiento de juicio abreviado. La sentencia contiene una fundamentación bastante mínima y ninguna valoración a la trayectoria de vida de la condenada.

4. Caballero Flores, Plácida (causa n.º 5857/2014, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, rta.: 30/11/2015)

Dos mujeres bolivianas, Plácida Caballero Flores y Angélica Durán Martínez, fueron contactadas en su país de origen por un hombre (don Antonio), que les ofreció 600 dólares a cada una por transportar droga hacia la ciudad de Mendoza, Argentina, con la compañía de Juana Guzmán Contreras, quien era su pareja. En una inspección vehicular de Gendarmería en la provincia de Catamarca, los agentes observaron cierto nerviosismo en las tres mujeres que viajaban en el colectivo, lo que despertó sospechas y generó que fueran trasladadas a un hospital para ser revisadas. Allí se realizaron placas radiográficas que constataron la presencia de cuerpos extraños en la zona abdominal de Plácida Caballero Flores y Angélica Durán Martínez. En distintas deposiciones (en un lapso de poco más de 24 horas), eliminaron 89 y 80 cápsulas con cocaína (con un total de 2,34 kg)³¹⁹.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca condenó a las tres mujeres por transporte de estupefacientes agravado por el número de personas en calidad de coautoras. En cuanto a Plácida Caballero Flores y Angélica Durán Martínez, declaró la inconstitucionalidad del mínimo legal previsto para la conjunción de los tipos penales atribuidos (artículos 5 y 11 de la Ley 23737³²⁰) y les impuso la pena de cuatro años de prisión. A Juana Guzmán Contreras, que tuvo un papel de control durante el transporte, le impuso siete años de prisión.

En el juicio, Flores Contreras declaró que antes de la detención trabajaba en su taller de costura, que vino por necesidad porque tenía que operar a su padre, que no le alcanzaba el dinero, que es madre soltera, que su hija está a cargo de su hermana y que no tiene estudios. Durán Martínez dijo que es soltera, ama de casa, que tiene cinco hijos, que vende comidas y refrescos, que estudió hasta segundo de básico, que ella aceptó el ofrecimiento para mantener a sus hijos, que tiene dos hijos discapacitados y que en esa debilidad aceptó, pues necesitaba dinero para un especialista para su hija, y que su hermano también es discapacitado. Afirmó que si hubiera tenido un trabajo fijo no

319. Según los términos de la sentencia, Plácida Caballero Flores realizó cinco deposiciones en 24 horas y Angélica Durán Martínez tres en 16 horas. Aunque no hay mayor detalle sobre cómo fue ese procedimiento (si medió orden judicial previa que justificara la detención, si fueron inducidas a evacuar con algún medicamento, si la evacuación se hizo con alguna reserva de intimidad, si había personal de salud, etc.), en algunos pasajes se dice que la evacuación fue en presencia de testigos y en otras solo se dice sin mayor detalle que los testigos estuvieron presentes sobre todo el acto procesal. En algunos casos se aclara que fueron "testigos civiles", sin aclarar si eran personal de salud, y en algunas ocasiones son hombres.

320. De la conjunción de estos dos artículos el mínimo legal es de seis años.

hubiera aceptado, que se arrepiente y aclara que lo hizo por necesidad. Por su parte, Guzmán Contreras dijo que el hombre era su novio, que él contrató a las otras, que era su primera vez y que no obligó a las otras imputadas.

La defensa invocó que Plácida Caballero Flores y Angélica Durán Martínez eran víctimas de trata, que hubo un aprovechamiento de su estado de vulnerabilidad y, por ello, correspondía su absolución³²¹ en aplicación del artículo 5 de la Ley 26364³²². El tribunal no hizo lugar al planteo porque entendió que no se daba la condición de explotación. Concretamente, afirmó que “la finalidad del delito de trata es la explotación del ser humano, lo cual no se configura en la presente causa, tampoco ha habido una captación como lo refirió la defensora, ya que las imputadas manifestaron que aceptaron llevar adelante dicho trabajo, ni tampoco medió fuerza alguna sobre su persona, toda vez que lo realizaron espontáneamente, ni engaño, ya que claramente refirieron que hicieron un trato conocían los términos del mismo y que a cambio supuestamente le pagarían una suma de dinero en moneda extranjera, no encuadrando las circunstancias de la causa en ninguno de los supuestos que consagra nuestra legislación argentina”.

El fallo señaló que la legislación boliviana prevé la trata con fines de explotación para el empleo en actividades delictivas, pero que nuestra ley no tiene disposición similar y “que de ninguna manera se puede pretender hacer una interpretación amplia ni analógica, so pena de violación del principio de legalidad que exige por parte del legislador la descripción expresa y precisa del tipo delictivo y su sanción penal, de manera de evitar ambigüedades en perjuicio de los procesados”.

Por otra parte, al momento de determinar el monto de la pena, las circunstancias de vulnerabilidad de Plácida Caballero Flores y Angélica Durán Martínez sí fueron tenidas en cuenta. El tribunal consideró que eran madres solteras, de condiciones socioeconómicas extremadamente bajas, que tenían a su cargo familiares con discapacidad, que tenían una inserción laboral extremadamente precaria, que poseían bajo nivel educativo y cultural (ninguna terminó los estudios primarios ni secundarios) y que no poseían antecedentes penales. También valoró “los motivos por los cuales aceptaron emprender la comisión del delito que se les acusa precisamente para propender a la ayuda de sus hijos, padre enfermo y familiares que padecen discapacidad, ya que la oferta realizada por los verdaderos responsables les resultó ser un gran medio de ayuda para propender a su situación socioeconómico y familiar”. También consideró “la forma y modo en que fueron contactadas por don Antonio, el traslado, la forma en cómo consumieron las cápsulas de cocaína y el lugar, la forma en cómo se fueron trasladando interjurisdiccionalmente, quienes las acompañaban y cuál era su destino final”.

321. Ley 26364, artículo 5.º: no punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

322. Por su parte, la defensa de Juana Guzmán Contreras dijo que querían endosarle ser cabecilla de una organización criminal pero que ella era explotada por su pareja, y pidió aplicación de la figura del arrepentido. Se negó el pedido por extemporáneo, pero se valoró positivamente al contemplar la pena, que durante la audiencia de juicio identificó quién era don Antonio.

El TOCF entendió que las circunstancias que las rodeaban en aquel momento “sin duda alguna las determinaron a delinquir” y que “razones elementales de justicia también nos lleva a considerarlas en parte como víctimas del perverso sistema y fenómeno delictual del narcotráfico, ya que resultan ser el último eslabón de la cadena del tráfico, que según la experiencia —y que a nadie escapa y pueden pretender ignorar— el estado de vulnerabilidad³²³ que se vislumbra en las procesadas resulta ser aprovechado por los verdaderos responsables de este tipo de crímenes organizados”, quienes sacan provecho “de su desinformación, de su situación familiar, socioeconómica, y de que ponen en peligro su propia salud y vida personal”. Por ello concluyó que la culpabilidad “se ve reducida por el estado de vulnerabilidad de las encartadas que las determinó a delinquir, atentando, en consecuencia, en contra de principios de raigambre constitucional: proporcionalidad, culpabilidad y humanidad”.

5. Cuba, Lidia Paola (causa n.º 573/2013, Cámara Federal de Casación Penal, sala III, rta.: 24/06/2015; Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 2, rta.: 11/06/2014)

Lidia Paola Cuba llegó al Aeropuerto Internacional de Ezeiza y se dirigió a hacer el *check in* en la empresa Alitalia para tomar un vuelo con destino a Roma. Mientras esperaba su turno para ser atendida, se desmayó y cayó al suelo. Gente que se encontraba en el lugar y personal de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA) la asistieron. Mientras estaba en el suelo, comenzó a convulsionar hasta que fue atendida por personal médico. Luego fue trasladada al Hospital de Ezeiza en ambulancia, acompañada por médicos, testigos y un vehículo con agentes femeninos de la PSA.

Cuba fue asistida en la sala de reanimación y llevada a radiología donde le tomaron placas de su abdomen. Posteriormente, volvió a convulsionar y la médica de terapia intensiva, tras analizar las radiografías, dispuso el traslado de urgencia de la mujer al quirófano y convocó a la cirujana de guardia para una intervención quirúrgica. Concomitantemente, llegaron funcionarios especializados de la PSA con una cámara de filmación para registrar la cirugía. Allí, una médica le entregó al preventor una cápsula grande que había sido hallada en poder de Cuba³²⁴. De la intervención se retiraron un total de 155 cápsulas del estómago e intestino grueso, con un total de 995,09 gramos de cocaína.

323. Para el análisis de la vulnerabilidad, se citaron fuentes de derechos humanos como las *Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad*, el principio *pro homine* previsto en los artículos 29 CADH y 5 PDGP, datos sobre la desigualdad económica que sufren las mujeres con fuente en Gender Equality Observatory of Latin America and the Caribbean y el informe de la CIDH *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*.

324. El voto del juez Borinsky —en línea con lo sostenido por el tribunal de juicio— dice que en el hospital, antes de que se tuviera certeza de las causas que motivaron el estado de salud de la pasajera, los médicos constataron que tenía una cápsula en uno de los bolsillos del abrigo; y concomitantemente las placas del tórax confirmaron la presencia de cuerpos extraños. Frente a dicha situación, los funcionarios de la PSA le comunicaron todo lo actuado al juez instructor, quien autorizó seguir con el procedimiento. En cambio, el voto de la jueza Liliana Elena Catucci refiere que la extracción quirúrgica de la droga dio lugar a la denuncia. El relato del fiscal general señala que la cápsula entregada por la médica fue hallada durante la cirugía en la vagina de la mujer.

El Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 2 condenó a Cuba a la pena de cinco años de prisión, por ser autora del delito de contrabando de exportación agravado por tratarse de estupefacientes inequívocamente destinados a su comercialización, en grado de tentativa.

La defensa oficial interpuso recurso de casación. Sostuvo que las diligencias cumplidas al inicio por la PSA y durante el traslado reflejaban irregularidades que conducían a una detención ilegítima. Además, sostuvo que se había violado la garantía de prohibición de la autoincriminación. En forma subsidiaria, la defensa invocó que la conducta de Lidia Paola Cuba era atípica por ausencia de lesividad, ya que al desvanecerse no había pasado aún el control aduanero y, por tanto, su acción solo podía ser calificada como un acto preparatorio³²⁵. Asimismo, sostuvo que no se acreditó el aspecto subjetivo del tipo, en virtud de que en su indagatoria la acusada dijo que había ido a una discoteca situada en la ciudad de Posadas (Misiones), donde ingirió bebidas alcohólicas y, desde ese momento, no pudo recordar nada más, y que luego despertó en una habitación que creía que estaba en la Ciudad de Buenos Aires, con tres hombres de piel oscura y una mujer que hablaban con acento centroamericano. Afirmó que la amenazaron diciéndole que si no hacía lo que le decían iban a llevarla a un prostíbulo en la zona de Constitución. Señaló que no recordaba cuánto tiempo había permanecido en estado de inconsciencia, dado que cada vez que se despertaba la volvían a drogar. Expresó que tampoco recordaba haberse trasladado en un taxi hasta el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, ni cómo había ingerido las cápsulas que le fueron extraídas en el hospital. Por último, la defensa se agravió por la arbitrariedad de la pena de cinco años de prisión impuesta, pues no se brindaron razones que justifiquen la aplicación de un monto que supera el mínimo legal³²⁶.

El fiscal general coincidió con la nulidad de todo lo actuado con relación a Cuba, por aplicación de la doctrina *Baldivieso* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostuvo que, en el momento del desvanecimiento de la mujer en el aeropuerto, no existió sospecha razonable o causa probable de la comisión de un delito para intervenir en los derechos de Cuba. La sospecha surgió al ser atendida por los profesionales en el hospital. En ese contexto, la entrega de los estupefacientes por los médicos al personal de la PSA fue una clara intromisión en la esfera de privacidad de la relación médico-paciente. Paralelamente, consideró que no hubo violación a la cláusula contra la autoincriminación porque no intervino la voluntad de Cuba, debido a las convulsiones sufridas que derivaron en su internación e intervención quirúrgica; en consecuencia, a criterio del fiscal, la mujer fue tratada como "objeto de prueba", casos en que la doctrina jurídica prescinde del consentimiento del afectado.

La sala III de casación convalidó las actuaciones previas y confirmó la condena. En cuanto al planteo de nulidad, el voto que lideró el acuerdo indicó que el procedimiento

325. El bien jurídico protegido por el delito de contrabando es el buen funcionamiento del control del servicio aduanero.

326. El mínimo legal para el delito imputado es cuatro años y seis meses.

de la PSA se implementó por “cuestiones de sanidad” que no requieren autorización judicial conforme al Código Aduanero³²⁷. También consideró que el personal de la PSA adoptó inmediatamente “las medidas que consideraron necesarias a los fines de preservar el estado de salud” de Cuba. Además, los tres jueces que integraron el acuerdo señalaron que el antecedente Baldivieso no se aplica al caso porque allí el imputado fue quien acudió voluntariamente al hospital a solicitar atención médica, y en el caso de Cuba los médicos fueron convocados por los funcionarios de la PSA. En ese entendimiento, se sostuvo que ninguno de los médicos estuvo compelido a denunciar porque ya se encontraba actuando la autoridad policial³²⁸.

La Cámara de Casación también consideró probado el aspecto subjetivo del delito “en la medida que la causante voluntariamente ingirió una considerable cantidad de cápsulas con cocaína”. Señaló que la médica que declaró en el juicio dijo que “resulta imposible que una persona en estado de inconsciencia pudiera ingerir semejante cantidad de cápsulas por el tubo digestivo”, y que “por consiguiente [...] la forma de ocultamiento, la finalidad de que ni pudiera ser detectado determina que la imputada conocía cuál era la intención y voluntariamente accedió a perpetrar el delito”³²⁹.

En cuanto al cuestionamiento al monto de la pena, el fiscal general acompañó el razonamiento de la defensa y señaló que debía tenerse en cuenta que la imputada “no había siquiera hecho los trámites de la compañía aérea [y] si a ello se suma [...] el hecho de que actuó como una mera empleada, de ‘mula’ en la cadena de transporte de estupefacientes hacia el extranjero, y que es la que puso en riesgo su vida para el negocio de otros [...], se advertirá que su culpabilidad por el hecho es bajísima y, en consecuencia, que la pena impuesta es demasiado elevada (art. 41 CP)”. Con referencia específica al impacto desproporcionado de las políticas de drogas en la criminalización de sectores vulnerables, dijo que “son precisamente estos casos de personas de baja condición social que trabajan de ‘mulas’ por unos pocos pesos o dólares poniendo en riesgo cierto sus vidas los que han producido un quiebre en la política indiscriminada de represión del tráfico de estupefacientes, ya que se termina castigando con una pena severísima al eslabón más débil de la cadena”.

Sin embargo, la Cámara Federal de Casación Penal no hizo lugar al planteo. Al respecto, expresó que el tribunal evaluó fundadamente como agravante el tipo y pureza del estupefaciente y el modo en que fue ocultado; además, consideró que Cuba no atravesaba una situación de miseria o dificultad para ganarse el sustento propio. Como atenuantes, se consideró la ausencia de antecedentes, la favorable impresión personal, la edad, la educación, la situación familiar y la conducta posterior.

327. Citó los arts. 121, 122 y ss. del Código Aduanero.

328. El fallo se encuentra firme, ninguna de las partes presentó recurso extraordinario federal ante la CSJN.

329. En rigor, Cuba declaró que no recordaba la ingesta, no se afirmó que estuvo en estado de inconsciencia cuando las ingirió.

6. Delgado Acevedo, Analía Verónica (causa n.º 12060000/2013, Cámara Federal de Casación Penal, sala I, rta.: 23/11/2017)

Analía Verónica Delgado Acevedo fue condenada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de Mendoza, a la pena de cuatro años de prisión, por tener acreditado que había vendido tres envoltorios de papel glasé metalizado conteniendo cocaína a M. C.

La defensa oficial presentó recurso de casación. Entre otros planteos de fondo, se agravio por la escala penal prevista para el delito de comercialización de estupefaciente, y solicitó la declaración de inconstitucionalidad por vulnerar los principios de proporcionalidad y humanidad de las penas. Subsidiariamente, argumentó que la sanción impuesta no debía superar los tres años de prisión en suspenso, por cuanto las circunstancias personales de su defendida revelaban su estado de vulnerabilidad reflejado en la grave situación socioeconómica y familiar de la que daban cuenta los informes respectivos, las que, argumentó, no fueron evaluadas al fijarle la pena. En estos informes (dos en total, efectuados en el año 2014 y 2016) se relevó que la señora Delgado Acevedo asumía las tareas de cuidado y contención de todo su grupo familiar (constituido por seis hijos/as y tres nietos), las cuales se vieron gravemente afectadas por su detención. Entre otros impactos, se señaló que desde la detención de Delgado Acevedo se profundizaron los problemas de salud de su hija mayor, se refirió el impacto que sufrieron sus hijos más pequeños y la situación atravesada por una de sus hijas, quien estuvo detenida por un delito grave, y de otro de sus hijos que se encontraba detenido.

El fiscal general no acompañó este agravio³³⁰ y solicitó que se confirmara la sentencia anterior.

La sala I, por mayoría, confirmó la sentencia del Tribunal Oral. En relación con la declaración de inconstitucionalidad de la pena, rechazó el agravio por considerar la excepcionalidad de esa decisión y la falta de acreditación de la afectación de principios constitucionales y convencionales en el caso concreto. En cuanto al monto de la pena, entendió que al imponer el mínimo de la pena prevista para el delito, el tribunal había contemplado correctamente la sanción. Así, ponderó “el grado de vulnerabilidad de Delgado Acevedo, en función de su situación socioeconómica expuesta en el informe social agregado al incidente de prisión domiciliaria; el hecho de tener seis hijos, una con discapacidad, a la vez su nivel de instrucción, lo que pudo haberla llevado a delinquir” (del voto de la jueza María Figueroa).

330. La referencia es comparable, dado que en otro caso donde se identificó que la acusada estaba en una situación de vulnerabilidad, el fiscal De Luca cuestionó la imposición de lo elevado de la pena (Cuba, Lidia Paola, causa n.º 573/2013). La diferencia sustancial entre un caso y otro es la seria exposición para la vida que implica la ingesta de drogas. Mientras que Analía Verónica Delgado fue acusada por comercialización de 2,5 gramos de cocaína contenidos en tres envoltorios, Lidia Paola Cuba fue acusada por tráfico de 995,09 gramos de cocaína mediante la ingesta de 155 cápsulas. Otra diferencia que pudo justificar la postura del fiscal en uno y otro caso es que a Delgado la condenaron por el mínimo legal, y a Cuba por una pena superior al mínimo.

7. F. J. L. (causa n.º 9536, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, rta.: 16/08/2016)

F. J. L., proveniente de la República Plurinacional de Bolivia, fue detenida en la provincia de Salta por el personal del Escuadrón n.º 20 Orán, cuando se encontraban patrullando por el sector denominado El Bananal³³¹. A raíz de la detención, se secuestraron más de 900 gramos de cocaína entre sus pertenencias y se detectó el uso de un documento falso.

En el marco de su declaración indagatoria, F. J. L. manifestó que había sido amenazada y coaccionada para transportar la droga. Relató que, al contarle los problemas de su hijo a su novio, quien es de San Pedro de Jujuy, este le propuso ir a Tarija por trabajo; que al llegar a Tarija pasaron por Bermejo, donde su novio le mostró que en su mochila “tenía todas esas cosas, las cápsulas, las drogas”, y le propuso que lo acompañase hacia Orán, ofreciéndole a cambio un pago de 500 dólares. Continuó el relato señalando que ella se negó a hacerlo, y que entonces le sacó su teléfono móvil y empezó a amenazarla “que si no pasaba con esas cosas iba matar a mi hija; que él llevaba en el estómago pero tenía que pasar todo, que ya le dolía el estómago, que tenía como 1 kg”. Agregó que, por miedo a que le pasase algo a su hija, aceptó trasladar la droga bajo amenaza. En la misma declaración indagatoria la imputada individualizó a varias de las personas involucradas en la maniobra, y a partir de los datos aportados, se dispusieron varias medidas de investigación.

La imputada asumió la responsabilidad por los hechos, calificados como tentativa de contrabando de importación de estupefacientes calificado por su destino comercial, en concurso real con el delito de uso de documento público destinado a acreditar la identidad de las personas. En esos términos, suscribió un acuerdo de juicio abreviado con el Ministerio Público Fiscal, y aceptó una pena de cuatro años y seis meses de prisión.

Al realizarse la audiencia *de visu* ante el Tribunal Oral, la defensa oficial solicitó que se contemplase aplicar una reducción de pena por aplicación del artículo 29 ter de la Ley 23737, que preveía la figura del arrepentido³³². Además, presentó un escrito donde puso de manifiesto que, al prestar declaración indagatoria, su defendida aportó a la

331. Dice la sentencia que El Bananal es el camino secundario que evade el control migratorio y aduanero en el paso fronterizo Puerto Chalanas, de la localidad de Agua Blancas, y que “personal interviniente pudo observar a una ciudadana femenina que circulaba por el mencionado camino con intenciones de ingresar a territorio argentino”.

332. El artículo se encuentra actualmente derogado por la Ley 27304, que reguló específicamente los supuestos de la figura del “arrepentido”. El art. 29 ter de la Ley 23737 disponía “A la persona incurso en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el artículo 866 del Código Aduanero, el tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirlo de ellas cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación: a) revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación; b) aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley. A los fines de la exención de pena se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización dedicada a la producción, comercialización o tráfico de estupefacientes. La reducción o eximición de pena no procederá respecto de la pena de inhabilitación”.

causa información útil y específica respecto de la persona que la habría coaccionado y obligado a concretar el delito que originó la causa penal, razón por la cual correspondía la reducción prevista en la norma. Concretamente, estimó que la pena justa era de tres años y tres meses de prisión. En este sentido, aclaró que el mínimo de la pena para los delitos imputados a su defendida era de cuatro años y seis meses, que la figura del arrepentido permite reducir la pena a la mitad del mínimo y del máximo (lo que habilitaría una escala penal con un mínimo de dos años y tres meses), y, por lo tanto, la pena estimada se presentaba como viable.

El Tribunal Oral Federal de Salta consideró aplicable al caso el “beneficio del arrepentido”, previsto en el art. 29 ter de la Ley 23737, y condenó a la imputada a la pena de cuatro años de prisión. Aunque una reducción aritmética de la norma arrojaba una escala penal con un mínimo de dos años y tres meses y un máximo de ocho años de prisión, el tribunal determinó una condena apenas por debajo de lo solicitado por el fiscal y que —por su monto— debía ser de cumplimiento efectivo. Para llegar a esa pena valoró como aspectos atenuantes que la imputada tenía tres hijos, y que el vínculo familiar facilitaría la reinserción social en el momento de salir en libertad; y, como agravantes, algunas cuestiones vinculadas con el hecho (los medios empleados, la extensión del daño, la modalidad) y otros aspectos personales que, a su criterio, justificaban un agravamiento de la pena. En este sentido, argumentó que “debemos tener presente que la incusa es profesional, pues ella declaró ser médica (tanto al prestar declaración indagatoria como al ser interrogada acerca de sus datos personales en la audiencia *de visu*). Aquello deja en evidencia dos aspectos: su nivel social superior, lo que le permitió comprender mejor la criminalidad de su acto, y el hecho de que contaba con una profesión para obtener recursos económicos de manera lícita sin necesidad de inclinarse a la comisión del delito que se ha comprobado”.

8. Gallardo, Jéscica Lucía Elizabeth (causa n.º 19/2014, Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, rta.: 24/06/2015)

En un allanamiento practicado en la casa de Jéscica Lucía Elizabeth Gallardo se hallaron un total de 45,0698 gramos de cocaína y 47,6013 gramos de marihuana. Una parte de estos estupefacientes estaban en una lata encima del frigorífico, y otra parte dentro de un cajón de prendas de vestir. Además, se encontraron elementos que se consideraron que eran utilizables para el fraccionamiento (recortes de nylon y un cuchillo con vestigios de marihuana). El Tribunal Oral Federal de Santa Rosa, provincia de La Pampa, condenó a Gallardo a la pena de cuatro años y cuatro meses de prisión por tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

Al determinar la pena sostuvo que “el grave riesgo al que sometió a sus tres hijos, quienes residían en el domicilio donde la droga era mantenida con fines de comercio ilegal [...], me convencen a afirmar el alto grado de vulnerabilidad en que se encontraban

los menores al cuidado de su progenitora y por lo tanto corresponderá —además de justificar el incremento punitivo por la extensión del daño causado— dar intervención al magistrado competente para resguardar el interés superior de los niños”.

La defensa oficial presentó recurso de casación. Después de enunciar los agravios principales, cuestionó la sanción por ser manifiestamente excesiva con relación al grado de culpabilidad³³³, y cuestionó la valoración del rol de madre y el hallazgo de la droga en el hogar, sin que se valorase el estado de vulnerabilidad en el que se encontraba Gallardo. Asimismo, planteó la inconstitucionalidad de la obligación de estar al mínimo de la escala penal, por ser manifiestamente desproporcionado con el grado de lesividad y culpabilidad del hecho.

La sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó la inconstitucionalidad del mínimo previsto en el Código Penal y consideró que la contemplación de la pena realizada por el Tribunal Oral era razonable³³⁴. El voto del juez Hornos convalidó expresamente la valoración realizada por el Tribunal Oral. Así, afirmó que “tampoco se presenta inadecuada a las pautas legalmente impuestas para individualizar la pena, la consideración del riesgo al que sometió la encausada a sus tres hijos menores de edad al haber tenido la sustancia en el domicilio donde vivía con los mismos. Al respecto, la defensa planteó que la encausada no puede ser reprochada en virtud del estado de vulnerabilidad en que se encontraba, tanto por su situación económica como social. De todas formas, en su rol de madre y garante de la protección de sus hijos, Jesica Lucía Elizabeth Gallardo debió actuar con un deber mayor de cuidado. Es que la consideración de la gravedad del hecho, al igual que el contacto cercano a las conductas delictivas realizadas por su madre al que se vieron sometidos los menores de edad, tenidas en cuenta por el *a quo* como una pauta agravante a los fines de mensurar la pena, no se presenta como arbitraria”. Los jueces Borinsky y Geminiani también consideraron razonable la determinación de la pena, sin realizar apreciación alguna en particular sobre el cuestionamiento introducido por la defensa respecto de la vulnerabilidad o la posición de garante adjudicada a Gallardo, para agravar la pena por encima del mínimo legal.

Contra esa sentencia, la defensa oficial interpuso recurso extraordinario federal. La Comisión sobre Temáticas de Género colaboró con la elaboración de los agravios. Entre otras cuestiones, se planteó la arbitrariedad en la determinación de la pena sustentada en prejuicios de género vedados por los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres y con directa afectación al derecho a un juicio justo, imparcial y sin discriminación. El recurso fue denegado y el 24 de mayo de 2016 la Corte Suprema desestimó la queja por recurso extraordinario federal denegado.

333. La defensa instó la declaración de nulidad del allanamiento por falta de fundamentación de la orden judicial, y cuestionó la falta de prueba respecto de la intención de comercialización, por lo que solicitó la recalificación al delito de tenencia con fines de consumo personal. Subsidiariamente, además del cuestionamiento de la pena, planteó la inconstitucionalidad de la inhabilitación prevista en el art. 12 CP para las penas superiores a tres años de prisión. La sala IV solo hizo lugar a este último planteo.

334. La pena mínima para el delito de tenencia con fines de comercialización es de cuatro años.

9. Godoy, María Noelia (causa n.º 9277/2014, Cámara Federal de Casación Penal, sala II, rta.: 05/04/2017)

Cuando María Noelia Godoy fue a visitar a su pareja a un establecimiento carcelario de Tucumán, el personal del servicio penitenciario la sometió a una inspección vaginal en la que se detectó un envoltorio de plástico que contenía pastillas y marihuana triturada. Por ese hecho se le imputó la tenencia de estupefacientes y el ingreso al establecimiento penitenciario con fines de suministrarlos gratuitamente, en grado de tentativa.

Elevada la causa a juicio, la defensa planteó la nulidad del procedimiento por considerar que la requisita fue arbitraria, degradante y contraria a los derechos de la intimidad y dignidad. Aunque el fiscal general adhirió a la impugnación, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán no hizo lugar al planteo. Contra esa decisión, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso un recurso de casación y queja por casación denegada³³⁵. Sostuvo que no se había respetado el principio acusatorio, que la revisión vaginal no podía ser efectuada por el servicio penitenciario, sino por personal médico con orden judicial, que se afectó el derecho a la intimidad corporal, a la dignidad y a la vinculación familiar en contexto de encierro y que el procedimiento de requisita afectó principios de mínima intervención, proporcionalidad, razonabilidad y subsidiaridad.

La sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, hizo lugar al recurso, declaró la nulidad de la requisita practicada a Godoy y de todo lo actuado en consecuencia, y dictó el sobreseimiento de la imputada³³⁶. El voto de la mayoría sostuvo, en primer término, que la resolución del Tribunal Oral se había apartado de la pretensión del acusador público y por tanto afectó el modelo del proceso acusatorio. Asimismo, invalidó la requisita vaginal por no adecuarse a los lineamientos fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la realización de requisas intrusivas³³⁷. Citó las Reglas de Bangkok (regla 20) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas (principio XX), en cuanto fomentan el uso de medios tecnológicos que reemplacen los registros corporales intrusivos. Además, destacó que también se afectaron los derechos de la persona que se encuentra privada de libertad.

335. La defensa no apeló.

336. Además, el voto mayoritario dispuso que toda vez que el defensor público oficial no impugnó la decisión examinada, correspondía poner en conocimiento de esta circunstancia a la Defensoría General de la Nación, a sus efectos. El 30 de agosto de 2017, mediante Res DGN 1366/17, la defensora general recomendó a los defensores públicos oficiales con competencia en materia penal que utilizaran las herramientas técnico-jurídicas que consideren pertinentes a fin de que no se sustenten procesos penales como consecuencia de requisas intrusivas. Asimismo, estableció que deberán informar a la Unidad de Registro, Sistematización y Seguimiento de Hechos de Tortura y Otras Formas de Violencia Institucional, aquellas requisas intrusivas de las que tomaran conocimiento y fueran practicadas a personas visitantes o detenidas en unidades de detención.

337. Caso X e Y, informe n.º 38/96, caso 10506, Argentina, 15 de octubre de 1996.

10. Gómez, Analía Verónica (causa n.º FMZ 55018152/2012/CA1, Cámara Federal de Casación Penal, sala IV, rta.: 23/12/2015)

Analía Verónica Gómez acudió el 7 de octubre de 2012 a la sede del Servicio Penitenciario de la Provincia de San Juan para visitar a su pareja, que se encontraba alojada en ese penal. En el control del ingreso, le practicaron una requisita vaginal en la que hallaron un envoltorio con 28 cigarrillos de marihuana con un peso total de 20 gramos. El juez federal dictó auto de procesamiento por el delito de suministro gratuito de estupefacientes agravado por cometerse en el interior de un lugar de detención, en grado de tentativa.

La fiscal federal interpuso recurso de apelación contra esa resolución. Sostuvo que se trataba de una participación en un injusto ajeno que era atípico —la tenencia de estupefacientes para consumo personal— y que, por lo tanto, también sería atípica la conducta que se le imputaba a Gómez. En consecuencia, solicitó el sobreseimiento de la imputada por atipicidad. A su turno, la sala A de la Cámara Federal de Mendoza hizo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto, y recalificó la conducta de Gómez como constitutiva del delito de tenencia simple de estupefacientes. Contra esa resolución interpuso recurso de casación el fiscal general, pues como la cámara se había pronunciado más allá de la pretensión fiscal, consideró afectado el principio acusatorio.

Llamado a dictaminar ante la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, el fiscal general solicitó que se hiciera lugar al recurso, aunque con otros argumentos. Entendió que, aun cuando se considerarse acreditado el tipo objetivo del delito de tenencia de estupefacientes, las circunstancias del caso imponían extremar los recaudos en el análisis de otros estratos de la teoría del delito. Concretamente, consideró que se verificaba un supuesto de culpabilidad por vulnerabilidad.

Sostuvo al respecto que era preciso verificar en el caso cuál era el ámbito de autodeterminación de Gómez en el momento del hecho para conocer “cuál era el abanico de conductas disponibles y cuál era el esfuerzo que debió realizar para optar por aquella adecuada a derecho (culpabilidad por el acto)”. Tras advertir que la razón que llevó a Gómez a llevar los estupefacientes es su relación afectiva con el interno, consideró que “el esfuerzo que hubiera requerido rehusarse a realizar el suministro y a rechazar satisfacer las necesidades de su concubino supera lo jurídicamente reprochable”. En este sentido, argumentó que “[...] es inhumano exigir una conducta diferente al cónyuge del adicto que intenta ingresar estupefacientes para su pareja. Como se dijo, se la pone en la disyuntiva de acceder al pedido del adicto o poner en peligro la relación, lo cual muchas veces significará perder la principal fuente de ingresos en el medio libre. Esto cobra especial relevancia si tomamos en cuenta que al momento del hecho tenía un embarazo de siete meses. Si bien la conducta adecuada a derecho se encontraba entre las conductas disponibles, el esfuerzo que debería haber realizado la imputada es tan grande que no resulta jurídicamente reprochable. Ello es así pues el ordenamiento jurídico

no exige de las personas comportamientos sobrehumanos". El fiscal general aclaró, incluso, que suponiendo que el suministro del estupefaciente no tuviese como fin satisfacer la adicción de su cónyuge sino facilitarle objetos para utilizar como moneda de cambio, se llegaría a la misma conclusión.

Finalmente, dijo que "para evaluar el estado de vulnerabilidad o de inexigibilidad de otra conducta de una persona podemos considerar varios aspectos de su biografía. Resulta evidente que nos hallamos frente a una obra sumamente tosca cometida por quien no ha recibido entrenamiento alguno en el delito, pues es sabido que las visitas son sometidas a requisas profundas. Por la descripción de los hechos podemos inferir que el material estupefaciente no se encontraba bien disimulado. También resulta claro que la imputada es una persona alejada del 'poder'. El hecho de que se trate de la concubina de una persona privada de la libertad también debe ser tomado en consideración para evaluar su situación. A ello debe sumarse que su ocupación era 'ama de casa y empleada doméstica' [...]. Por otro lado, el esfuerzo realizado por Gómez para ser seleccionada por el sistema penal era muy leve. La tenencia de 20 gramos de marihuana coloca su conducta en el límite de la insignificancia. Ello significa que su criminalización ha respondido en gran medida a sus características personales y no al esfuerzo por colocarse en esa situación".

La sala IV de la Cámara Federal de Casación resolvió por mayoría declarar inadmisibile el recurso, porque la resolución impugnada no era definitiva ni equiparable a tal. Además, los votos mayoritarios consideraron que no había cuestión federal que habilitara el recurso de casación. En minoría, el juez Hornos votó por hacer lugar al recurso, por considerar que se había afectado el principio acusatorio en la instancia recursiva, en tanto el Ministerio Público Fiscal —único sujeto activo— no había ejercido en ningún momento desde el inicio del proceso una pretensión requirente³³⁸.

11. Gómez, Gladis Fabiana (causa n.º 17362/2014, Cámara Federal de Casación Penal, sala II, rta.: 08/09/2016)

En el trámite de un juicio abreviado, Gladis Fabiana Gómez acordó una pena de cuatro años de prisión por el delito de transporte de estupefacientes, en calidad de autora.

338. El juez Geminiani recogió el argumento del principio acusatorio, pero sostuvo que "ese principio procede en los casos en el que el accionar del fiscal se ajusta a los parámetros legales, lo que en el particular no se ha verificado, por cuanto el acusador público ha realizado una petición muy por debajo del estándar legal, al punto de dejar al proceso sin impulso". Esta argumentación supone que la acusación fiscal tiene la obligación de impulsar la acción, aun cuando bajo su criterio el hecho es atípico o inculpable, de modo que pone en cuestionamiento la vigencia del principio de autonomía (art. 120 CN) y el de objetividad que rige la actuación del Ministerio Público (art. 9, inc. d, Ley 27148). En su voto, el juez no contraargumenta los puntos expuestos por la Fiscalía en el sentido de que la conducta sería inculpable. Por el contrario, hace referencia de manera abstracta y sin aplicación al caso en concreto, a que existe un derecho de todos los argentinos a vivir en libertad dentro de un modelo previsto por la ley, con la garantía de que si un conciudadano afecta esa organización mediante un delito, el mismo habrá de ser pertinentemente sancionado (argumentos del funcionalismo sistémico).

Con posterioridad, en la audiencia *de visu*³³⁹, la defensa pidió que se apartase del mínimo legal y se impusiera una pena de tres años en suspenso. El fiscal general dio conformidad al pedido, tras evaluar que Gómez tenía tres hijos adolescentes que vivían con ella, que era una madre “casi soltera” y que su ausencia en el hogar provocaba un contratiempo importante en la dinámica familiar. Sin embargo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta se apartó del acuerdo de partes y condenó a Gómez a la pena de cuatro años de prisión.

La defensa impugnó la resolución, por contener una pena más gravosa que la requerida por el Ministerio Público Fiscal. La sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, anuló la condena y ordenó que se fijase una nueva sanción.

El juez Slokar fundó su voto en la aplicación del mandato acusatorio que rige el proceso. La jueza Ledesma adhirió al voto de Slokar, pero agregó consideraciones de género al análisis del caso. En este sentido, señaló el impacto discriminatorio de reglas supuestamente neutrales, la necesidad de priorizar medidas alternativas al encarcelamiento (con invocación de las Reglas de Bangkok) y de incluir una perspectiva de género en casos de delitos de drogas (con cita de la Declaración de Antigua), y concluyó que “La posición del representante del Ministerio resulta, a mi criterio, acertada pues es acorde a una política pública internacional encaminada a tratar de una manera diferenciada a los procesos penales en los que las personas imputadas son mujeres. Es que, con criterios aparentemente objetivos, se diseñaron leyes y procedimientos que se aplican indistintamente a hombres y mujeres. Sin embargo, la paridad de los sexos en estas disposiciones no implica la igualdad material de ellos ante el derecho, más aún cuando se trata de un grupo humano que padece profundas desigualdades y que ingresan a un sistema penal plagado de prácticas jurisdiccionales e institucionales patriarcales, sufriendo así una mayor discriminación y marginación”³⁴⁰.

12. González, Adriana Litz (causa n.º 2579, Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 2 de la Capital Federal, rta.: 23/03/2017)

Originalmente se imputó a Adriana Litz González la tenencia de estupefacientes con fines de comercialización por haber tenido en su poder 1.921,5 kilogramos de clorhidrato de cocaína en la Villa Zabaleta, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En el marco del proceso en juicio abreviado, el fiscal de juicio discrepó de la calificación legal escogida por su similar de la anterior instancia, pues consideró que del cuadro

339. La audiencia *de visu* es una instancia obligatoria previa para determinar el monto de la pena, que supone un contacto directo entre el/la magistrado/a y la persona acusada. El Código Penal establece que “el juez deberá tomar conocimiento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso” (art. 41 CP).

340. El juez Pedro David votó en disidencia.

probatorio reunido no surgía circunstancia objetiva alguna que permitiera sostener fundamentalmente la finalidad de comercialización, y propuso que debía ser calificado como tenencia simple. Consecuentemente, requirió que se condenase a la mujer a la pena de tres años y seis meses de prisión.

El juez del tribunal, al revisar el acuerdo, se apartó de la pena pactada entre las partes y de la modalidad de cumplimiento. Sostuvo al respecto: “Advierto que en la especie no se presentan circunstancias agravantes —a excepción de la cantidad de estupefacientes incautada— que permitan apartarse en demasía del mínimo legal establecido para la figura achacada y, menos aún, que conduzcan a imponer una sanción superior a los tres años que inexorablemente deba ser de efectivo cumplimiento. De adverso, teniendo en cuenta las condiciones personales de la imputada conforme se hallan plasmadas en el informe socioambiental respectivo y su carencia de antecedentes condenatorios, corresponderá imponerle la pena de dos años de prisión que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 del CP, deberá ser dejada en suspenso”.

El informe social al que hizo referencia fue elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales de la DGN. En este, se puso de manifiesto su maternidad adolescente, fruto de un matrimonio enmarcado en una relación de gran asimetría; su rol de sostén exclusivo del hogar (en lo económico-material, en lo afectivo-relacional y en lo simbólico-cultural) y la carencia de lazos estables de apoyo y sostén, familiares y/o institucionales como contexto de su vida. Se indicó su temprano ingreso, y permanencia a lo largo de los años, en el ejercicio de la prostitución, su compromiso con el consumo problemático de sustancias psicoactivas y la aparición recurrente de tumores en varias partes de su cuerpo. Por último, se advirtió que su trayectoria vital estuvo atravesada por condiciones de fragilidad afectiva y relacional que cogestionaron un proceso de desimplicación subjetiva a fin de resistir (sobrevivir) a sus condiciones de existencia.

13. González, Patricia Noemí (causa n.º 990000245/2011, Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 1, rta.: 17/11/2016)

Patricia Noemí González envió dos encomiendas con destino internacional. Al realizar el control sobre los envíos, el personal aduanero detectó una sustancia estupefaciente oculta en su interior. En total se secuestraron treinta y una bolsas de nylon que contenían cocaína (con un total de 288,72 gramos). Por tal razón, la mujer fue imputada por el delito de contrabando de exportación agravado por tratarse de estupefacientes con fines de comercialización, en grado de tentativa.

Durante la instrucción, González prestó declaración indagatoria en diversas ocasiones y explicó que quien había sido su pareja en aquel momento le había presentado a dos individuos de nacionalidad nigeriana; como dichas personas carecían de documentación, le habían requerido como favor la remisión de las encomiendas. Aclaró que

desconocía que los paquetes contenían droga en su interior, que no recibió pago alguno, y aportó datos y fotografías de su expareja. A partir de la información aportada, se realizaron una serie de medidas de investigación. De las tareas de inteligencia e intervenciones telefónicas practicadas se concluyó que quien había sido la pareja de González tenía pleno conocimiento del contenido de la encomienda y que se relacionaba con otros sujetos que ejercían actividades ilícitas vinculadas al comercio de drogas³⁴¹.

En los alegatos de juicio, la defensa solicitó la absolución por falta de dolo. Además, pidió que, en caso de imponérsele una pena, se evaluara su colaboración en los términos del artículo 29 ter de la Ley 23737 —que facultaba al juez a reducir la pena o eximir de ella al/la imputado/a que aporta datos para la identificación de otros autores del hecho investigado³⁴²—.

El fiscal de juicio consideró que había dolo, cuanto menos, dolo eventual, “ya que impuso ambas encomiendas por pedido de una persona que prácticamente desconocía sin tomar ningún tipo de recaudo”, y valoró para ello que “la imputada no indagó demasiado sobre los motivos o razones por las cuales decían que no podían practicar los envíos”. Asimismo, rechazó la aplicación de la figura del arrepentido, pues en ese momento no existían resultados concretos que avalaran la credibilidad de las afirmaciones de la imputada.

El Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 1 absolvió a la imputada. Para resolver de ese modo, sostuvo que “en su oportunidad la imputada expuso todas las circunstancias en relación a [su] falta de conocimiento, dichos que aparecen como verosímiles, por el tenor de las escuchas telefónicas y sus conclusiones”. En este sentido, valoró que “de las escuchas en su contexto, a juicio de la prevención surge claro que T. estaría en conocimiento del contenido de la encomienda, pues nunca se mostró sorprendido por la convocatoria policial de Patricia Noemí González e, independientemente de ello, podría aportar el paradero y nombre de las personas que dice que lo perjudicaron y no lo hace, sino que responde con evasivas, e incluso sugiere a Patricia Noemí González que se calle y que diga que no sabe nada de nada”. También “se valora la colaboración de la imputada suministrando datos para identificar a [la otra persona] y su amigo que le diera los elementos para los envíos. A partir de sus dichos se pudo adelantar en las actuaciones por separado, a punto tal que la señora fiscal de instrucción solicitó en dos oportunidades se le tome declaración indagatoria [a la otra persona]. Es de destacar que el accionar de este personaje se corresponde con un *modus operandi* regular para este tipo de casos en que se busca anonimato e impunidad, pero de los dichos de la imputada que se apuntalan en la prueba documental y testimonial obrante en los

341. Según surge de la sentencia, las actuaciones se realizaron por separado en el trámite contra Patricia Noemí González. El fiscal de instrucción pidió en dos ocasiones la indagatoria del exnovio de la imputada, pero el juez dispuso el archivo de las actuaciones. A instancias de la defensa de González, se desarchivó y se insistió en la producción de las medidas de prueba.

342. El artículo se encuentra actualmente derogado por la Ley 27304, que reguló específicamente los supuestos de la figura del “arrepentido”. Véase *supra*, nota 332.

autos se advierte que no es ajena la posibilidad de que [la imputada], persona influenciable y simple, lo que se advierte por el tribunal en el contacto directo con ella en la audiencia de juicio, pudiere haber actuado como lo hizo sin advertir que estaba colaborando con el ilícito. Esta posibilidad, no carente de sustento, determina que debe adoptarse la duda ya mencionada. En concordancia con lo expuesto es necesario concluir que aquella conducta reprochada a [la imputada] no puede ser objeto de reproche penal en este juicio, por existir una real duda acerca de su participación voluntaria en el hecho, con conocimiento de su significado toda vez que dentro del contexto probatorio reunido en autos, mencionado precedentemente, no se ha podido acreditar [su] intervención dolosa”.

14. Gutiérrez Hurtado, Rosa Esther (causa n.º 457/2014, Cámara Federal de Casación Penal, sala I, rta.: 20/05/2015)

Rosa Esther Gutiérrez Hurtado llegó al Aeropuerto Internacional de Ezeiza en un vuelo proveniente del Estado Plurinacional de Bolivia. Mientras estaba en el Sector Arribos, comenzó a sentir dolores hipogástricos muy fuertes y pidió auxilio al personal de vigilancia privada. A instancias de dicho personal, se presentó un médico del Servicio de Sanidad del Aeropuerto, a quien Gutiérrez Hurtado le contó que “estaba introducida con un cuerpo extraño”. A efectos de proceder al traslado al hospital, el médico solicitó la presencia de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA), y contó al personal policial lo dicho por la mujer.

En el cuerpo de Gutiérrez Hurtado se encontró una cápsula con 513 g de cocaína, por lo que se inició una causa penal. La defensa solicitó la nulidad del procedimiento por violación al secreto profesional y a la garantía que prohíbe la autoincriminación. La sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico rechazó el planteo, hecho que motivó la interposición de un recurso de casación. El fiscal general adhirió a la postura de la defensa e hizo extensivo el argumento a la coimputada (T. F.)³⁴³. Aclaró que la investigación debía continuar con el fin de identificar a quienes habían entregado el material estupefaciente, y sostuvo que la declaración de nulidad de ningún modo beneficiaba a aquellos autores. La Cámara Federal de Casación Penal, con tres votos concurrentes, hizo lugar al recurso, revocó la resolución impugnada y declaró la nulidad del procedimiento que dio origen a la causa y de todo lo obrado en consecuencia.

Los votos de Ana María Figueroa y Luis María Cabral resolvieron la cuestión por aplicación del precedente *Baldivieso* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se estableció que los hechos conocidos por el médico se encontraban bajo amparo profesional y que no se había dado ninguna causal que justificara su revelación, por lo que al

343. De la lectura del fallo no queda explícito cuál fue la conducta que se le reprochó a T. F. ni qué rol desempeñó en los hechos.

dar noticia a los agentes de seguridad se violó el secreto médico. En relación con la garantía que prohíbe la autoincriminación, con citas al fallo plenario Natividad Frías, se resaltó la “grave situación dilemática” o “el inhumano dilema” entre “la muerte y la cárcel”.

La jueza Ana María Figueroa precisó que para la aplicación de esta doctrina no era necesario determinar la existencia de un peligro real para la vida, sino que bastaba con la percepción del sujeto que había concurrido a solicitar atención médica. De acuerdo con su voto: “lo determinante, a los fines de analizar la operatividad de la garantía contra la autoincriminación, es ponderar la situación concreta del sujeto al momento de manifestar —en este caso frente a un médico— los hechos que lo inculpan en la comisión de un delito, en la creencia de que se trata del mal menor que puede sufrir, sin influir en lo más mínimo a tales fines la acreditación de la entidad de ese mal. Es por ello que lo argumentado por la cámara *a quo*, en punto a la determinación mediante un control médico de la ausencia de peligro para la vida de la imputada, o que Gutiérrez Hurtado ‘estuvo solo unas horas en el hospital’ y que ‘no se necesitó intervención quirúrgica alguna para solucionar su dolencia’, o que ‘tampoco quedaron consecuencias físicas’ no resulta un elemento dirimente a los fines de la nulidad que se plantea, en tanto la inexistencia de peligro de vida de Gutiérrez Hurtado fue corroborada con posterioridad a los hechos bajo análisis”.

El mismo voto señaló que el estado de dolencia y salud en que se encontraba Gutiérrez Hurtado evidenciaban que se había encontrado en un “estado de necesidad”. Al considerar que estaba en riesgo su vida, vivió una “ausencia de opción” y “un vicio de su voluntad” a la hora de solicitar asistencia médica. “Debido a los fuertes dolores abdominales que padecía [...] no tuvo más remedio que solicitar asistencia médica aun en conocimiento que sus manifestaciones podían provocar el inicio de actuaciones penales en su contra, lo que denota que se encontraba en estado de necesidad”. Por su parte, el juez Gustavo M. Hornos resolvió hacer lugar al planteo de nulidad por aplicación del principio de bilateralidad, pues el fiscal general —titular de la acción— había declinado la pretensión acusatoria y había adherido al recurso de la defensa. Hornos también reconoció que, por ser las circunstancias fácticas análogas, era aplicable el precedente *Baldivieso* de la Corte Suprema, aunque dejó claro que en otro caso similar, *Zambrana Daza*³⁴⁴, había sostenido una postura contraria.

344. En el año 1997 la CSJN revocó la decisión de la Cámara Criminal y Correccional Federal que había declarado la nulidad de un procedimiento iniciado a partir del hallazgo de cápsulas de cocaína en el cuerpo de Zambrana Daza mediante un tratamiento médico recibido en el hospital. Los hechos del caso se habían originado a partir de la atención sanitaria solicitada por la acusada. El fallo de corte fue un retroceso en el reconocimiento de derechos, ya que entendió que no se había producido violación a la prohibición de autoincriminación porque la imputada no había sido objeto de medios engañosos ni coactivos para obtener las cápsulas. En relación con el secreto médico, también fue una decisión restrictiva, porque la Corte entendió que la denuncia había sido realizada por una funcionaria del hospital público, obligada a notificar a las autoridades de los delitos de acción pública que llegasen a su conocimiento. El fallo *Baldivieso*, reseñado en la nota anterior, implicó, por tanto, un cambio muy significativo de postura del Alto Tribunal.

15. Hernández Zuluaga, María Fernanda (causa n.º 982/2011, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B, rta.: 27/05/2016)

María Fernanda Hernández Zuluaga fue procesada junto a su pareja, Jaime Eduardo García Rivera, por el Juzgado Nacional en lo Penal Económico n.º 6, por el delito de contrabando de estupefacientes, en una causa en la que se investigaba el envío de Argentina a España de seis encomiendas en cuyo interior se ocultaba cocaína. Para acreditar la participación de Hernández Zuluaga se valoró el peritaje caligráfico que daba cuenta de su intervención para completar los formularios necesarios para el envío; que a la época de los hechos ambos imputados convivían en el mismo inmueble; la interceptación de las comunicaciones del servicio de Internet por el que se pudo establecer que desde ese domicilio se había consultado el estado de algunas de las encomiendas; y un mensaje de texto recibido por García Rivera que decía “Amor, mandame el cod a ver si hoy apareció”, a lo que se respondió con el número de uno de los envíos ilícitos.

Hernández Zuluaga manifestó haber llenado alguno de los formularios de encomienda a instancias de su pareja, padre de su hija de un año, que la amenazaba con quitarle a la niña, y en ocasiones utilizaba la violencia física. También afirmó que desconocía el contenido de los paquetes.

El juzgado argumentó que estaba probado que la acusada sabía que las encomiendas contenían droga, porque ella reconoció que su pareja le pidió que retirara giros de dinero procedentes de Europa a nombre de ella, que eran para otra persona, “lo que demuestra al menos que la nombrada notó cierta irregularidad y que nada hizo para cambiar dicha circunstancia”, y que la habitualidad y regularidad de los envíos “pudieron ser indicios de una situación irregular”.

Paralelamente, el magistrado desestimó el descargo de la asistida vinculado a la coacción, porque “no existen elementos probatorios, como podrían ser testigos o la interposición de alguna denuncia que permitan inferir la verosimilitud de tal argumento”.

La defensa pública impugnó el temperamento sobre la base de los siguientes agravios: a) atipicidad objetiva por falta de participación, pues no pudo acreditarse que Hernández Zuluaga fue quien se presentó en las oficinas postales a enviar los paquetes y llenar los formularios requeridos para el envío, ni quien consultó desde el ordenador del hogar común el estado de los envíos; b) ausencia de elementos objetivos que acrediten que la acusada haya tenido conocimiento de que en las encomiendas se encontraba oculta la sustancia estupefaciente; c) Hernández Zuluaga era víctima de situaciones de violencia de género que provocaron una amenaza constante de un mal mayor, las cuales implican que su conducta encuadre en la causal de justificación prevista en el artículo 34, inciso 3.º CP; d) subsidiariamente fue víctima de coacción (*vis compulsiva*) que le impidió autodeterminarse en la norma (art. 34, inciso 2.º CP).

Además, la defensa produjo prueba que la cámara tuvo a la vista al revisar el procesamiento. Concretamente, aportó un informe social elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, y otro informe psicológico producido por el Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos, ambos de la DGN. El primero desarrolló aspectos de su historia vital, resaltando las vulneraciones padecidas a partir de la fragilidad de los lazos afectivos y la violencia de género. Hizo especial énfasis en cómo la violencia de género estuvo presente desde su infancia, primero a partir de los abusos sexuales de su padrastro y luego en la relación con su expareja y padre de su hija, vínculo en el que las agresiones psicológicas comenzaron en fases tempranas de la relación de pareja y se convirtieron en algo crónico, generándole un escenario de aislamiento sociofamiliar y extrema subordinación, con progresiva pérdida de la autoestima. Por otra parte, el informe del Cuerpo de Peritos encontró indicadores de “indefensión aprehendida”, que explicaban las dificultades que había tenido Hernández Zuluaga para salir del vínculo violento.

La defensa también presentó un informe técnico elaborado por la Comisión sobre Temáticas de Género de la DGN, donde se hizo referencia a los obstáculos que encuentran las mujeres para denunciar la violencia de género y salir de relaciones violentas, y los factores de vulnerabilidad que habitualmente inciden en el involucramiento de las mujeres en delitos de drogas. En este sentido, el informe destacó que la violencia de género pasada y actual detectada en el caso en concreto debía tener efectos jurídicos en la causa, acompañando los planteos de la defensa.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico confirmó el procesamiento. Con relación a la intervención dolosa de Hernández Zuluaga, mantuvo el razonamiento de primera instancia. Por un lado, valoró la declaración de la imputada —que sostuvo que ella le había preguntado a su pareja qué contenían las encomiendas, y como las explicaciones que le daba no la convencían, se había negado en un principio a llevarlas— para tener por acreditada su representación sobre el carácter ilícito del contenido de las encomiendas. En segundo lugar, sustentó esa conclusión en la existencia de esta causa contra su pareja, y en otra en trámite, también por el delito de drogas, lo que daba cuenta de que él “habría realizado conductas como las que conforman el objeto procesal *sub examine* con cierta habitualidad, precisamente en la época en la que aquel convivía con María Fernanda Hernández Zuluaga”.

Con respecto a la causal de exculpación, la Cámara también descartó la violencia alegada por la defensa. En este sentido, sostuvo que “si bien el mismo Eduardo García Rivera manifestó haber proferido amenazas a María Fernanda Hernández Zuluaga para que complete los formularios de las encomiendas, lo cierto es que aquella circunstancia no se encuentra debidamente corroborada en autos. En este sentido, no se descarta la posibilidad de que el nombrado haya decidido atribuirse hechos que podrían no haber sucedido, con el fin de desligar de responsabilidad penal a la madre de la hija de aquel. Además, no se halla en las actuaciones principales algún elemento de prueba

que corrobore aquellas manifestaciones. Por otro lado (y al margen de la clasificación dogmática que se efectúe con relación a las amenazas mencionadas), tampoco se encuentran acreditadas la gravedad, la inminencia y la actualidad de los males supuestamente anunciados [...]. Por lo tanto, el argumento mencionado no tiene la entidad suficiente para revertir la resolución apelada”.

En el momento de realizar este informe la causa está en etapa de juicio y las partes llamadas a ofrecer prueba para el debate oral.

16. Larrea Lesme, Sonia Ramona (causa n.º 112/17, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala 2, rta.: 15/09/2017; Juzgado Criminal y Correccional Federal n.º 4, rta.: 27/07/2017)

Durante el curso de la investigación, se dio por probado que un grupo de cuatro personas estaban organizadas para la venta de estupefacientes en una modalidad de menudeo. En estas condiciones, el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n.º 4 procesó, en calidad de coautora, a Sonia Ramona Larrea Lesme por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización agravado por haberse cometido con la intervención de tres o más personas organizadas. La prueba que involucró a la mujer en el proceso fue el hallazgo de sustancias ilícitas en el domicilio que compartía con su pareja, Rubén García Álvarez, y escuchas telefónicas en las que aparecía como transmisora de mensajes o ejecutora de acciones a petición de él.

El juez consideró que existía una “comunidad probatoria” para el rol de los cuatro imputados en la causa, y analizó la situación de cada uno de ellos de manera conjunta. Sin realizar un esfuerzo de fundamentación en la apreciación de la prueba que alcanzaba a Larrea Lesme, concluyó que ella “fraccionó y suministró” o “entregó” sustancias estupefacientes, y que “tuvo drogas en su poder”. A su vez, el magistrado afirmó que Larrea Lesme y García Álvarez “tenían un papel preponderante” en la supuesta organización para la comercialización de estupefacientes. Sin embargo, este rol jerarquizado que jugaría la pareja en la organización se sustentó principalmente en la valoración de prueba que involucraba a García Álvarez, y no a Larrea Lesme.

Después del procesamiento, y previo a la instancia de revisión, Larrea Lesme amplió su declaración ante la instrucción y relató distintos episodios de violencia de género que vivió durante la relación de pareja con García Álvarez. Explicó que, pese a haber hecho la denuncia y a contar con medidas de restricción ordenadas por la justicia, él insistía en acercarse a ella, hasta que volvieron a vivir juntos; la violencia continuó y se repitieron las amenazas. Concretamente, en relación con los hechos por los que se la acusó, Sonia Ramona Larrea Lesme explicó que “cuando sonaba el teléfono él me hacía decir cosas que él quería, tales como ‘decile a ese que no le voy a dar nada porque me debe

plata' o 'decile que pase por casa que estoy enfermo', sin aportarme ninguna explicación para saber el contexto de lo que estaban hablando, excusándose con 'no te metas en mis asuntos'; esta situación transcurría en un contexto coactivo por las amenazas y golpes recurrentes.

La defensoría oficial aportó prueba testimonial y documental que corroboraba el relato de la asistida³⁴⁵. A petición de la defensa, la Comisión sobre Temáticas de Género elaboró un informe técnico-jurídico para que fuera considerado por la Cámara³⁴⁶. En el recurso de apelación, la defensa introdujo distintos agravios subsidiarios. Entre los que interesan a los fines de este informe, se destacan: a) la ausencia de elementos concretos que permitan relacionarla con los hechos pesquisados; b) la existencia de una causa de exculpación por la imposibilidad de determinarse de otro modo; c) el cambio del grado de participación atribuido a partícipe secundaria, como consecuencia de la ausencia de una aportación esencial al hecho investigado.

El agravio mencionado en último término fue el recogido por la sala 2 de la Cámara Criminal y Correccional Federal, pues confirmó el procesamiento modificando su participación a un grado secundario; en consecuencia, el juzgado ordenó su inmediata libertad. Sobre el punto, la cámara indicó que "las transcripciones de las intervenciones telefónicas no permiten descartar su intervención en el caso, pues el tenor de conversaciones como las citadas revela que conocía la actividad que se llevaba adelante en el domicilio que compartía con García Álvarez y colaboraba con aquello, en la atención de los clientes. Sin embargo, esos mismos indicios dan cuenta que el aporte que tuvo no fue esencial, sino secundario, en tanto sujeto a directivas ocasionales del nombrado [...]. Cabe, por ende, modificar el grado de participación asignado en tales términos (art. 46 CP). Dicho eso, el tribunal no receptorá favorablemente el pedido de sobreseimiento que, por los motivos explicados en el memorial y en la audiencia personal ante los suscriptos introdujo la defensa. Ello, pues los elementos hasta ahora reunidos y acompañados por la parte no alcanzan a demostrar el cuadro de inculpabilidad alegado, en particular al ser contrastados con las evidencias desarrolladas al procesar a la imputada. Lo anterior, sin perjuicio de lo que corresponda a raíz de lo que surja de las investigaciones invocadas o del eventual debate oral".

En el momento de realizar este informe la causa está en etapa de juicio.

345. Declaró su hermana, que fue testigo directa de hechos de violencia; su empleadora, que la vio con moretones en varias ocasiones; y una amiga, que la alojó en su casa en varias ocasiones cuando Larrea Lesme temía que ocurriera una nueva agresión. La Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM) realizó una investigación preliminar, donde se obtuvieron datos sobre intervenciones policiales por denuncias de violencia ocurridos en San Martín, provincia de Buenos Aires.

346. El informe realizó una crítica al procesamiento en tanto evidenciaba en sus razonamientos el uso de estereotipos de género implícitos. Asimismo, instó al deber de juzgar con perspectiva de género, que obliga al tribunal a apreciar la prueba vinculada con el contexto de violencia en el que se desarrolló la constelación de las acciones atribuidas a la asistida. En este sentido, consideró que se imponía en el caso la resolución mediante la determinación de un estado de necesidad justificante o, en su defecto, exculpante.

17. Leiva Cabana, Norma (causa n.º 1306/2014, Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 3, rta.: 08/11/2017; Juzgado en lo Penal Económico n.º 3, rta.: 26/04/2016)

Norma Leiva Cabana envió una encomienda a Reino Unido con diversos objetos de higiene personal, entre ellos, un bote de crema con cocaína oculta en su interior. Por este hecho fue procesada por el Juzgado en lo Penal Económico n.º 3, en calidad de autora del delito de contrabando de estupefacientes.

En su declaración indagatoria contó que, en el momento de los hechos, trabajaba como vendedora ambulante de ropa (“mantera”) para Miguel. Según su relato, él le pidió como favor que le enviara a su primo un paquete al extranjero, ya que él no podía hacerlo por no tener regularizada su situación migratoria.

Antes del dictado del procesamiento, la defensa oficial presentó al juzgado consideraciones de distinto tipo. En primer lugar, planteó la falta de tipicidad objetiva, porque su asistida no había realizado ninguna conducta tendiente a burlar la actividad de control aduanero. Afirmó al respecto que su asistida no había acondicionado el estupefaciente oculto en el paquete, y al llevar la encomienda al correo, había explicado que era para hacerle un favor a otra persona. Como segundo planteo, la defensa alegó la falta de tipicidad subjetiva, porque Leiva Cabana desconocía el contenido oculto en el bote de crema. En este sentido, brindó argumentos para entender que la vulnerabilidad ponía a las mujeres en una situación pasible de engaño y solicitó, en consecuencia, el sobreseimiento de la asistida.

Conjuntamente, la defensa acompañó el informe elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN, que dio cuenta de las múltiples vulnerabilidades que afectaban a la mujer. Sobre su historial vital se destacaron las carencias materiales y simbólicas padecidas en su infancia (el abandono de su padre y el posterior alejamiento de su madre para insertarse en el mercado laboral en CABA, mientras que ella y su hermano quedaron bajo el cuidado de sus abuelos maternos); el trabajo infantil y el bajo nivel educativo alcanzado (la mujer interrumpió su escolaridad formal después de migrar e insertarse laboralmente en su temprana adolescencia); el historial laboral en empleos precarios e inestables; y la violencia de género ejercida en toda la relación por su expareja y padre de sus nueve hijos e hijas. Asimismo, el informe mostró el contexto socioeconómico que ella y su grupo familiar vivenciaban, caracterizado por la violencia que motivó el abandono de su vivienda (situación que dio cuenta de la ausencia de soportes sociofamiliares e institucionales); la extrema precariedad habitacional (el grupo vivía en un barrio del conurbano bonaerense caracterizado por déficits de infraestructura y de acceso a servicios básicos); la insatisfacción de las necesidades básicas de reproducción; y las

deficientes condiciones sociosanitarias del grupo (que discontinuó el tratamiento para la tuberculosis).

En el momento de dictar el procesamiento, el Juzgado en lo Penal Económico n.º 3 desechó los planteos de la defensa. Con relación a la tipicidad objetiva, consideró que la circunstancia de que ella había enviado la encomienda (las declaraciones de contenido habían sido confeccionadas y firmadas por ella) permitía inferir que contaba con el dominio del hecho. Si bien no había indicios de que ella hubiera acondicionado la sustancia, el juez consideró que el envío formó parte del accionar ilícito, pues implicó el último paso indispensable para extraer la sustancia del país.

En cuanto al aspecto subjetivo, el juzgado entendió que el hecho de que la sustancia se encontrara oculta en el interior de la encomienda permitía presumir que Leiva Cabana conocía el contenido. Consideró además que Leiva Cabana “previó que el contenido del envío podía ser irregular”, pues realizó la encomienda por pedido de una persona de la cual no tenía ninguna referencia. “Si Cabana era empleada de Miguel, bien podría haberse dado la división de funciones en un sentido inverso al sucedido, esto es, Miguel podría haber impuesto la encomienda y Cabana haber cuidado los puestos de venta callejera. Por otra parte, la irregular situación migratoria de Martín no tendría por qué haber sido un impedimento para que, como hipótesis de mínima, aquel acompañara a Cabana al interior de la oficina de correos para llevar a cabo el acto de imposición. Por otra parte, tampoco es objetivamente verosímil el desarrollo de toda aquella serie de delegaciones (Martín le habría pedido a Miguel que le pida a Cabana que realice la imposición) para el envío de un simple regalo de cumpleaños”. Por otra parte, como la mujer consignó la dirección y número de teléfono de su pareja, entendió que podía ser demostrativo de una intención de ocultamiento, compatible con la conducta de quien conoce el carácter ilícito de su conducta. Como hipótesis de mínima, el juzgado entendió que había actuado con dolo eventual porque sospechó que el envío podía ser ilícito y no tomó ningún recaudo.

El juzgado mencionó expresamente el informe social aportado por la defensa, que daba cuenta de la grave situación de exclusión social; sin embargo, consideró que “no se encuentra acreditado que aquella situación haya tenido la entidad suficiente para afectar las posibilidades de conocimiento del contenido y los efectos de los actos que Cabana habría llevado a cabo, máxime cuando la inverosimilitud del carácter lícito del contenido de la encomienda, en razón de los motivos y anomalías detalladas [...], se refieren a situaciones de la vida cotidiana que no exigen una especial estructura formativa de la cual por aquella vulnerabilidad Cabana podría carecer”.

Finalmente, señaló que la situación de vulnerabilidad social no la convertía en inimputable, y que las conclusiones del informe tenían que ser evaluadas en el momento de

determinar la pena. Sostuvo al respecto que “la idea que aquella vulnerabilidad haya implicado un caso de estado de necesidad justificante o disculpante [...] podrá tener incidencia en la eventual graduación de la pena”^{347, 348}.

Al ser elevada la causa a etapa de juicio, la defensa presentó una solicitud de suspensión de juicio a prueba. El Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 3, a petición de la defensa, declaró la inconstitucionalidad del último párrafo del art. 76 bis del Código Penal, en tanto prohíbe la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos en el Código Aduanero. En consecuencia, concedió la suspensión del proceso.

El Tribunal Oral consideró el informe elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN, entre otros, y entendió que Leiva Cabana se encontraba en un “grado extremo de vulnerabilidad social”, que condicionaba el encuadre legal de los hechos, la razonabilidad de la reparación de daño ofrecida y las reglas de conducta a imponer. Afirmó en tal sentido que “cabe reiterar que el grupo familiar de la imputada es numeroso (siete personas, dos menores de edad), que habita en una vivienda sumamente precaria (casa pequeña con suelos de tierra), en pésimas condiciones de habitabilidad y sanitarias (carecen de red de agua, cuentan con luz sin medidor, gas de bombona y baño en el exterior tipo letrina), sin ingresos estables y suficientes (trabajos informales, “changas”) y con algunos integrantes con problemas de salud crónicos sin cobertura social (tuberculosis, asma bronquial, mal de Chagas)”. Según surge de la sentencia, el fiscal general consideró las circunstancias personales de la nombrada y recalificó la conducta sin los agravantes, de manera que el mínimo legal de pena fuera de tres años³⁴⁹.

El juez del tribunal consideró razonable la reparación simbólica del daño ofrecida de 50 dólares, en función de la nula capacidad económica de la imputada. En cuanto a las reglas de conducta, argumentó que, dado el caso particular de la acusada y su situación social, “la imposición de tales reglas también conforman cuestiones abstractas por lo cual solo se dispondrá un compromiso genérico que abarque evitar situaciones de riesgo que posibiliten conductas delictivas, cualesquiera sean estas”. También fijó como plazo de suspensión el mínimo legal de un año.

347. El 8 de noviembre de 2017 el Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 3 suspendió el juicio a prueba, considerando principalmente las condiciones de vulnerabilidad de Leiva Cabana. Los factores valorados y los fundamentos de derecho se analizan en el apartado III del informe.

348. Este caso guarda gran similitud con el caso González, Patricia Noemí, referido en el apartado anterior. En aquel caso la mujer también declaró que envió una encomienda a petición de otra persona (quien entonces era su pareja), como un favor a dos migrantes que no tenían la documentación en orden, y que desconocía la presencia de la droga. Como fue relatado, en ese caso se absolvió a la acusada por el beneficio de la duda, ya que se evaluó que su relato presentaba una posibilidad no carente de sustento, y tuvo en cuenta la impresión personal que tuvo el tribunal de la mujer. En cambio, en el caso analizado el juzgado interviniente no consideró seriamente esa posibilidad, e incluso la información sobre la realidad de vida de la imputada fue dejada de lado a la hora de evaluar qué impacto pudo haber tenido en su responsabilidad penal.

349. Si bien el fiscal no acompañó el pedido de suspensión del juicio a prueba, recalificó la imputación de manera que el monto de la pena fuera compatible con las exigencias que el Código Penal establece para su procedencia. Además, el fiscal señaló que, en caso de recaer condena, prestaba conformidad para que fuera dejada en suspenso. Esta postura puede tratarse de una conformidad tácita con la suspensión del juicio, mediante una estrategia que no permita dejarla explicitada en la sentencia.

Finalmente, ordenó librar oficios a distintos organismos estatales a fin de garantizar derechos básicos de Leiva Cabana y su grupo familiar que se encontraban insatisfechos: “El tribunal no puede desconocer la preocupante situación social de la imputada sin tratar al menos de influir positivamente en una mínima mejora de su calidad de vida y la de su grupo familiar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene establecido que todo funcionario público tiene la obligación de tutelar, en su medida, los derechos humanos reconocidos por el Pacto de San José de Costa Rica, obligación que también impone la Convención de los Derechos del Niño respecto a menores de edad. En el caso, resultan muchos los derechos de los que carece la imputada y su grupo familiar (vivienda digna, acceso a servicios elementales, trabajo, niñez equilibrada, protección a la familia). Por ello, el tribunal interesará a los distintos programas sociales del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación [...] a fin de que, con carácter de urgente dada la vulnerabilidad extrema de la imputada Cabana y su grupo familiar, arbitren los medios que se entiendan disponibles para atender sus carentes y más elementales derechos. En el mismo sentido, se libraré oficio al Ministerio de Desarrollo Humano y Trabajo de la provincia de Buenos Aires [...]. También se dará intervención al defensor del pueblo de la provincia de Buenos Aires —Infancia y Adolescencia y Discapacidad y Adultos Mayores— y a la Subsecretaría de Promoción y Protección de los Derechos de la citada provincia de Buenos Aires. Todos los oficios correrán en sus diligenciamientos a cargo de la defensa de la imputada”.

Asimismo, libró oficio a la defensora general de la Nación a fin de destacar “el alto grado de compromiso ético de la Sra. defensora oficial interviniente [...] en el cual no solo se circunscribió a la debida asistencia legal sino que abarcó aspectos humanitarios vinculados a la situación social de la imputada Cabana”.

18. Machuca, Graciela Beatriz (causa n.º 33021172/2011, Cámara Federal de Casación Penal, sala I, rta.: 10/02/2017)

A partir de la investigación iniciada por la Gendarmería Nacional de Paso de los Libres, se identificó una vivienda ubicada en el barrio Santa Rosa, donde habría personas dedicadas a la venta de estupefacientes. En el allanamiento, se encontró cocaína en un cajón del dormitorio, dentro de unos recipientes ubicados en el garaje, y en las prendas de vestir que portaba Graciela Beatriz Machuca en el momento de realizarle la requisa. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes condenó al hombre, Julio César Martínez de la Paz, como autor del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a la pena de cuatro años de prisión, y a la mujer, Graciela Beatriz Machuca, por el mismo delito en calidad de partícipe necesaria, a la pena de tres años de prisión.

El abogado particular en ejercicio de la defensa conjunta de la pareja interpuso recurso de casación, donde planteó la nulidad de todo lo actuado por falta de impulso fiscal en el inicio de las actuaciones; e indicó “que no se ha podido acreditar la participación de Julio César Martínez de la Paz en el hecho juzgado”. De lo que surge de la lectura de la

sentencia, vinculado al tema sustantivo de la acusación, que el planteo del recurso se limitó a presentar defensas que favorecían en forma exclusiva al hombre, es más, su teoría del caso perjudicaba directamente a la mujer. Concretamente, el hombre manifestó que él ya no vivía en ese hogar, que en el momento del allanamiento estaba viviendo en la ciudad de Corrientes, que Machuca era su expareja y no sabía lo que ocurría allí. En el recurso, entonces, se agravio por la valoración efectuada por el Tribunal Oral de los testimonios que él aportó para acreditar la separación de hecho de la pareja.

El fallo de la sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, en votos concurrentes, confirmó la valoración realizada por el tribunal y destacó —quizás, limitándose a los agravios de la parte— los aspectos vinculados a la responsabilidad del hombre. Citó que “el tribunal concluyó en la participación de Julio César Martínez de la Paz y Graciela Machuca en el hecho acaecido en su condición de moradores del inmueble allanado; y en las circunstancias de modo, tiempo y lugar referenciados” (del voto del Dr. Gustavo Hornos). Junto con tal referencia genérica, la sentencia no contiene ningún análisis particularizado en relación con la participación de la mujer. Por el contrario, de los fundamentos solo surge que ella vivía en el domicilio con sus hijos, y no hay ninguna información sobre alguna variable de vulnerabilidad.

19. Mañapira, Patricia (causa n.º 5200000/2016, Cámara Federal de Casación Penal, sala II, rta.: 29/09/2017; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta, rta.: 07/11/2016)

En la ruta nacional 34, durante el trayecto de un viaje de autobús entre Salvador Mazza y Orán, tuvo lugar un operativo público de control. La prevención policial hizo descender a la totalidad de los pasajeros del colectivo, quienes fueron dirigidos al control de aduana. Al examinar el maletero se hallaron tres bolsos, que en un primer momento no fueron reclamados por ninguno de los pasajeros. Perteneían a Patricia Mañapira, quien viajaba en compañía de sus dos hijos menores de edad y de su sobrina³⁵⁰. Al efectuarse la requisa de los bolsos, se hallaron seis pares de zapatillas que contenían en su interior doce paquetes de cocaína (con un peso total de 2.138,3 gramos).

En el transcurso del proceso, Mañapira declaró que no conocía la existencia de la droga oculta en las zapatillas. Además, contó que sus hijos no iban a la escuela, que estaba atravesando una grave situación económica y que era el único sostén del hogar. Explicó que realizaba pequeños negocios de “bagayera”, que consistían en pasar mercancía desde Salvador Mazza a Aguaray o Tartagal. En esa ocasión, le habían dado seis pares de zapatillas para trasladar, tarea que sería retribuida con 200 dólares que le pagarían al llegar al destino.

350. De la sentencia de casación surge que Patricia Mañapira explicó que un gendarme la autorizó a no descender del vehículo, debido a que se encontraba con tres niños y hacía mucho calor, y que por ese motivo había permanecido en su asiento.

El Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN elaboró un informe social que dio cuenta del estado de vulnerabilidad social y de género que atravesaba Mañapira y su grupo familiar³⁵¹. La Comisión sobre Temáticas de Género también elaboró un informe, que finalmente fue formalmente presentado en una instancia posterior del proceso.

Sin embargo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta consideró acreditado el dolo de la imputada y la condenó por el transporte de estupefacientes a la pena de cuatro años y accesorias. Alegó en este sentido que “se trata de una persona familiarizada con el paso de mercancías y conocedora de los avatares de tal ocupación. No resulta creíble que no haya sabido de casos de transporte de drogas [...]. Varias personas de su familia se dedicaban a esta actividad y ella misma declaró haberse dedicado desde muy joven a realizarla”. Además, dijo que “son prueba del dolo de la encartada el hecho de que por este transporte de cosas le pagaron casi el triple de lo que cobró en otros envíos. Asimismo, algunos de los pares de zapatillas eran usados, lo que debió despertar la sospecha de una pasadora con holgada experiencia como la imputada. Por otro lado, por la cantidad y tipo de droga incluida en las zapatillas, y tratarse en consecuencia de un cargamento de alto valor, es de suponer que conocía lo que transportaba, ya que quienes encargan el transporte no se arriesgan a realizar un transporte ciego”.

Contra dicha sentencia, se presentó recurso de casación en el que la defensa cuestionó la valoración arbitraria realizada por el tribunal para afirmar que la acusada conocía la existencia de la droga. También, sostuvo que el tribunal no consideró las condiciones personales de Mañapira, su condición socioeconómica, la desigualdad estructural, ni los informes sociales realizados. Invocó que Mañapira incurrió en un error de tipo invencible como consecuencia de la vulnerabilidad estructural que padece, y, subsidiariamente, alegó un error de tipo vencible. Asimismo, planteó el estado de necesidad exculpante de la imputada, en atención a los factores estructurales e individuales que condicionaron su ámbito de autodeterminación y configuraron dicha eximente³⁵².

351. El documento fue presentado por la defensa, una vez abierto el debate, lo que dio lugar a la oposición del Ministerio Público Fiscal. El Tribunal Oral, por mayoría, desestimó el pedido de desglose “sin perjuicio de la valoración al momento de dictar sentencia”.

352. El Tribunal Oral descartó el estado de necesidad exculpante alegado por la defensa porque “ha de repararse que este estado ha de provenir de una situación apremiante que se le presenta o está por presentarsele prontamente al sujeto, y no ante males cotidianos o de extensión permanente en el tiempo, como ser la vivencia a diario de una situación económica precaria o acuciante, pues lo contrario importaría que el sujeto pueda encontrarse amparado indefinidamente y hasta lograr un cambio de mejor fortuna para delinquir”. Señaló que no se encontraba limitado su ámbito de autodeterminación porque la propia Patricia Mañapira refirió al tribunal que se desempeñaba en distintas actividades laborales (limpiando casas, como niñera, en trabajos en el campo y labores de cosecha, etc.). “La propia imputada ha reseñado las actividades lícitas que ejerció en otro momento y que le proporcionaron la oportunidad de ganarse el sustento en forma digna y honesta, por lo que ha de descartarse la existencia de un mal grave e inminente que la haya motivado a actuar, cuando en realidad pudo buscar otras alternativas de vida con apego a la ley. Incluso la misma actividad de pasera, sin necesidad de incurrir en actividades ilícitas”.

Por último, y para el caso en que no prosperen las defensas antes planteadas, solicitó el apartamiento del tope mínimo legal previsto para el delito³⁵³.

La Cámara Federal de Casación Penal entendió, por mayoría, que no se había comprobado que Mañapira hubiese tenido conocimiento del traslado de material estupefaciente, lo que impedía tener por configurado el delito.

El voto que lideró el acuerdo³⁵⁴ descartó uno a uno los elementos en los que se basó el Tribunal Oral para tener por probado que Mañapira había actuado con dolo. En este sentido, señaló la arbitrariedad en el argumento del tribunal porque de la prueba producida no era factible inferir que la acusada hubiera sido remisa a reconocer su equipaje. Asimismo, señaló que “tampoco resulta convincente lo argumentado en punto a que la mujer debió notar el excesivo peso del calzado entregado [...]. Mañapira recibió seis pares de zapatillas, esto es, doce piezas que contenían 2,125 gramos de cocaína repartidos [...] cada zapatilla contenía un excedente de 177 gramos, por lo que no se aprecia razonable colegir que la acusada no pudiera ignorar la diferencia de peso entre una zapatilla normal con otra que contenía estupefacientes ocultos. Más aún cuando el calzado deportivo no reúne un peso estándar que permita percibir un excedente de las dimensiones señaladas”.

“Por lo demás, la consideración en orden a que la mujer recibió una promesa de pago que superaba grandemente lo que aquella percibía por ese tipo de actividad resulta, a todas luces, irracional. En ese orden, el tribunal señaló que Mañapira declaró cobrar la suma de 70 dólares por transportar mercaderías y que, en este caso, le habían ofrecido 200 dólares por llevar los seis pares de zapatillas desde Salvador Mazza hasta Pichanal. Cabe sindicar que asiste razón a la defensa en que la diferencia de 130 dólares no resulta exorbitante ni permite forzosamente colegir que respondería a la realización de una actividad ilícita. Es importante destacar que el dinero que percibiría por transportar la mercadería resulta ser menos que la suma de dinero que se le impuso como multa por la comisión del ilícito (225 dólares más las costas del proceso)”.

“Asimismo, cabe relevar que el mismo tribunal tuvo en cuenta que Mañapira percibía entre 200 y 300 dólares por día de trabajo. Pues bien, resulta propio inferir que aquella consideró adecuada la suma, en atención al tiempo que insumiría el trabajo [...], no aparece extraordinario el cobro de la suma correspondiente a un día de trabajo”.

“También resulta infundada la consideración en orden a que Patricia Mañapira ‘no podría desconocer’ que existe esta modalidad de ‘microtráfico’. Al respecto, cabe señalar

353. En cuanto a este planteo realizado por la defensa en los alegatos finales, el tribunal consideró que “el estado de vulnerabilidad de la encartada no es motivo suficiente ni plausible para declarar tal inconstitucionalidad. No se advierte que la norma atacada (mínimo de la escala penal del delito de transporte de estupefacientes) sea inconstitucional en lo que se refiere a este caso en concreto”.

354. La jueza Ángela Ledesma lideró esa posición, el juez Alejandro Slokar adhirió y el juez Carlos Mahiques votó en disidencia.

que la encartada declaró haberse dedicado durante muchos años a la actividad sindicada como 'bagayera', no habiendo tenido problema alguno en cuanto al contenido de lo que portaba. Por el contrario, parece plausible que la mujer no tuviera conocimiento acerca de ese tipo de maniobras, si aquella nunca había estado involucrada en un episodio de ese estilo".

En esa dirección, concluyó que los elementos colectados resultaban insuficientes para descartar la presunción de inocencia, pues "los elementos cognitivos y volitivos exigibles por la figura en cuestión fueron reemplazados por una ficción idealista acerca de lo que la acusada debería haber conocido".

20. Martínez, Elena Raquel (causa n.º 52001365/2012, Cámara Federal de Casación Penal, sala III, rta.: 30/12/2015)

Elena Raquel Martínez fue retenida por el Escuadrón 52 de Tartagal (Salta) de la Gendarmería Nacional en un control de carretera, mientras conducía un automóvil que se desplazaba desde la localidad de Prof. Salvador Mazza hacia Ciudad Pichanal. Martínez viajaba junto a una amiga y a un policía que recogió en el camino cuando estaba haciendo autostop en la carretera, vestido con su uniforme. Durante el registro del maletero, el personal de gendarmería percibió un fuerte olor a pegamento y observó que el tapizado estaba recientemente pegado; al levantarlo detectó un compartimento soldado que no correspondía a las características originales del vehículo. Con conocimiento del juez competente se trasladó el automóvil al Escuadrón, donde se practicó una requisita exhaustiva, que resultó en el hallazgo de 200 kg de cocaína y 20 kg de marihuana escondida en distintas partes del vehículo. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta condenó a Martínez a la pena de seis años y seis meses de prisión por considerarla autora del delito de transporte de estupefacientes.

En el recurso de casación contra la sentencia condenatoria, la defensa oficial señaló que no se había acreditado que la mujer tuviera conocimiento de la existencia de la droga en el vehículo. Resaltó que Martínez, al realizarse el procedimiento, manifestó que desconocía que la camioneta que conducía transportara droga, y declaró espontáneamente a los preventores que su novio estaba pasando por allí y que él le había entregado el vehículo. Como prueba de corroboración de la declaración de Martínez, la defensa señaló que uno de los gendarmes declaró en el juicio que escuchó a una de las mujeres decir que "seguro fue su marido". Además, indicó que si Martínez sabía de la existencia de la droga, no era lógico que hubiera subido al vehículo a un policía que estaba haciendo autostop en la carretera. También reparó en el hecho de que el policía que viajaba en la camioneta dijo no haber sentido olor a pegamento. Por otra parte, cuestionó por parcial la investigación, pues nunca se tomó en cuenta la línea de investigación que surgía del relato de la imputada, que manifestó que su novio le había dado la camioneta después de haberla llevado a un taller mecánico por un

desperfecto³⁵⁵. En forma subsidiaria, alegó que el monto de la pena no estaba debidamente justificado. En ese sentido, afirmó que no se tuvo en cuenta que en el momento de la detención la mujer manifestara que su novio le había dado la camioneta que contenía la droga oculta y que indicó a los agentes que él estaba pasando por ahí; sin embargo, no se tomaron medidas para lograr la aprehensión.

La sala III de la Cámara Federal de Casación Penal confirmó la sentencia, con votos concurrentes. En cuanto al aspecto subjetivo del tipo, consideró que el Tribunal Oral había valorado correctamente los elementos que comprobaban el conocimiento sobre la existencia de la droga y la voluntad de transportarla. Para llegar a esa conclusión se limitó a identificar distintos elementos probatorios, sin explicar de qué modo se derivó de ellos ese conocimiento y voluntad en el caso puntual. En este sentido, la cámara dijo que “el *a quo* tuvo particularmente en cuenta para atribuirle responsabilidad de Elena Raquel Martínez la cantidad de material estupefaciente secuestrado en el vehículo, el modo en que el mismo se encontraba acondicionado y los lugares en donde se hallaba escondido dentro del rodado. Asimismo, consideró que ella era quien conducía el vehículo y que el mismo era de su propiedad”.

En la sentencia también se valoró que “el olor que caracteriza al tipo de estupefaciente secuestrado [...] no pudo pasar inadvertido a la conductora. Esta valoración encuentra sustento en los diversos testimonios [...] que fueron contestes al señalar el fuerte olor a pegamento que desprendía la parte trasera del vehículo”. Sin embargo, ese razonamiento resulta inconsistente, en tanto pretende igualar el olor del estupefaciente con el olor del pegamento.

También, recordó que la sentencia del Tribunal Oral descartó el descargo formulado por Martínez, porque las explicaciones que había dado la mujer eran contradictorias e inverosímiles, como lo manifestado respecto a que una persona que había conocido hacía cuatro meses le había regalado la camioneta. Asimismo, se tuvo por probado el aspecto subjetivo acudiendo a un *modus operandi* generalizado, al decir que “es de público conocimiento que en la modalidad de transporte de estupefacientes con la utilización de vehículos con doble fondo para ello, los mismos normalmente se encuentran a nombre del conductor o con un permiso ante escribano público para su manejo, a los fines de no despertar ningún tipo de sospecha por parte del personal de la fuerza de seguridad”.

355. Los argumentos de la defensa fueron tomados del escrito de interposición del recurso de casación, al que se tuvo acceso, pues la sentencia de la Cámara de Casación presenta un relato parcial de los planteos defensoristas. En el recurso de casación, la referencia al rol que pudo desempeñar la pareja de Elena Raquel Martínez fue realizada a los efectos de impugnar el monto de la pena, en el entendimiento que debió valorarse favorablemente la información aportada por la imputada para que la pesquisa condujera a la aprehensión de otro autor del hecho. En este sentido, destacamos que en la instancia de casación la defensa de cámara amplió los fundamentos, introduciendo en ese momento los agravios relacionados con la falta de acreditación del aspecto subjetivo, entre otros planteos de fondo.

La sentencia en ningún momento se pronunció sobre la posible línea de investigación dirigida a la pareja de Martínez que, según el recurso de casación, había sido dejada totalmente de lado; tampoco sobre la presencia de un policía uniformado en el vehículo, al que voluntariamente la mujer invitó a subir al vehículo en la carretera, quien además manifestó que no se percibía olor a pegamento.

La descalificación de las afirmaciones de la acusada puede obedecer a la presencia de preconceptos de género, acerca de qué clase de mujeres pueden ser “engañadas” por su pareja. En este sentido, la cámara consideró fundada la sentencia de condena, en cuanto afirmó que, durante el debate, Martínez demostró “una actitud que condice con una persona con cierta determinación y carácter, lo cual refleja una personalidad con temperamento que la aleja, y mucho, de ser alguien sumiso y dócil que pueda ser fácilmente influenciado o que pueda caer sin oposición alguna en un engaño y sin advertir la maniobra ilícita pergeñada en apariencia en su contra”.

En cuanto al monto de la condena, expresó que “la nombrada tenía medios de vida suficientes para su sustento, no reflejándose una angustia económica que justifique la inclinación a una actividad delictiva con la que involucra en autos, observando un grado de educación media-alta (cursó un terciario en seguridad e higiene conforme a lo relatado por la encartada)”.

21. Martínez Hassan, Lourdes Silvana (causa n.º 7158/2016, Cámara Federal de Casación Penal, sala I, rta.: 18/10/2018; Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, rta.: 01/12/2017)

El día 5 de mayo de 2016, Lourdes Silvana Martínez Hassan entró en Argentina por paso no habilitado y fue interceptada a escasos metros del límite internacional con la vecina localidad de Villazón, Bolivia. El personal perteneciente a la Sección Puente Internacional La Quiaca de la Gendarmería Nacional que se encontraba realizando un operativo público de prevención realizó una requisita sobre su mochila, de la que se secuestró 5,965 g de cocaína.

En su descargo, Lourdes Silvana Martínez Hassan contó que era de La Paz, Bolivia, que tenía dos bebés y que al más pequeño le habían diagnosticado un lipoma debajo de uno de sus brazos, por lo que debía someterse a una cirugía. Relató que en su trabajo una compañera supo que quería conseguir dinero para el procedimiento médico y le ofreció trabajar como dama de compañía y, ante la desesperación, lo aceptó. Aprovechó la licencia que tenía por vacaciones en su trabajo y viajó hasta Villazón. Al llegar a la terminal se le acercó un hombre, le preguntó su nombre y le dijo que subiera al taxi, ya que la iba a llevar a la casa donde trabajaría. Al llegar a la casa, que era de adobe, la hicieron entrar en una habitación. Al atardecer entró otro hombre y le indicó que se vistiera con poca ropa, en el transcurso de una hora entró otro hombre que olía a

alcohol y con el que “debía estar”, pero tenía mucho miedo y no pudo hacerlo, lo que provocó el enfado del hombre. Contó que por la mañana un chico de unos quince años le llevó un té con pan y le dijo que se vistiera porque irían a verla. Contó que le dijo al joven que quería hablar por teléfono con su madre para saber de sus hijos, a lo que accedieron, por lo que se vistió y salió. Después de hablar por teléfono, estando cerca de la frontera, cruzó a Argentina a buscar otro trabajo porque estaba desesperada por la salud de su hijo. Al no conseguir trabajo volvió a pasar a Villazón, fue a la casa y les dijo que se quería ir. En ese momento el hombre la agarró fuerte del brazo, la tiró sobre la cama y le dijo que no se podía ir ya que habían gastado dinero en pasaje, comida y alojamiento. Le quitaron la ropa y le dijeron que se quedara en la habitación. Expresó que después de un rato el hombre volvió a la habitación y le dio un pantalón y una chaqueta, le dijo que se los pusiera y que le daría otro trabajo, la agarró del brazo y la sacó, momento en el que le dijo que la chica con la que había hablado sabía dónde estaba su familia y que si gritaba o hacía algo iría donde ellos estaban. La llevó caminando del brazo hasta la frontera, al llegar a un paso la hizo bajar, llegó el chico que le llevaba la comida y le entregó al hombre una mochila, ese hombre habló por teléfono con alguien y le dio la descripción de su ropa, le puso la mochila y le dijo que fuera directa, que la iban a reconocer y que no intentase escapar ni ir a otro lado, y que después de entregar la mochila debía regresar por el mismo camino. Fue entonces cuando intentó pasar la droga y fue interceptada.

En el juicio oral fue acusada por el delito de contrabando de importación de estupefacientes agravado por su inequívoco destino de comercialización, en grado de tentativa. Su defensa realizó cuatro planteos: a) solicitó la adecuada calificación del hecho y consideró que debía encuadrarse en la Ley de Trata de Personas (y por lo tanto aplicar el art. 5 de no punibilidad); b) como planteo subsidiario, entendió que la conducta podría tratarse de un estado de necesidad disculpante o exculpante previsto en el artículo 34, inc. 2.º del Código Penal; c) también de forma subsidiaria, entendió que existió atipicidad subjetiva, ya que su asistida no tuvo conocimiento de lo que tenía la mochila; d) por último, planteó la inconstitucionalidad de la tentativa de contrabando prevista en la Ley 22415.

Con relación al delito de trata, el tribunal lo descartó porque entendió que la mujer había obrado en libertad, es decir que “no es posible concebir una situación de trata ‘con el acuerdo del titular del bien jurídico protegido’”. También afirmó que “la trata solo puede ser ilegal en la medida en que se la lleve a cabo mediante la concurrencia de ciertos y determinados medios de los que resulta la anulación de la capacidad de autodeterminación de la persona para expresarse libremente en los actos de su vida [...]”. Una situación de trata presupone ausencia de libertad en el sujeto pasivo. No se puede hablar de trata ‘en libertad’. Los medios comisivos —aun cuando no estén expresamente previstos en la ley, como en nuestro caso el art. 145 bis— son de la esencia del concepto de trata, toda vez que solo con su empleo se puede llegar a generar la situación de dominio, control y sometimiento del sujeto pasivo. Dicho de otro modo, es

solo a través del empleo de tales medios —engañosos, violentos o abusivos— que se puede llegar a anular o limitar la voluntad —o libertad— de la persona humana”.

Concluyó al respecto que la defensa no había acreditado que la mujer hubiera estado actuando bajo el control o sometimiento de otra persona, ni que hubiera existido, por parte de terceros, el uso de medios engañosos, violentos o abusivos que a su vez hubieran disminuido o anulado su voluntad o su capacidad de discernimiento y la libre manifestación de su autodeterminación. En definitiva, consideró que la estrategia de defensa era “poco creíble y falaz”. Dicho de otro modo, valoró puntualmente como un dato de “suma relevancia en su contra” el hecho de que la mujer “durante el tiempo que salió sola para hablar por teléfono con su madre, pasar para Argentina y volver a su país no se haya escapado o haya solicitado ayuda a las autoridades de cualquiera de los dos países. No obstante ello, la imputada manifestó que no lo hizo debido a que necesitaba recuperar sus cosas personales, resultando dicha declaración nada creíble”.

En cuanto al alegato de supuestos de justificación o exculpación planteados por la defensa, el tribunal consideró que no existió amenaza de sufrir un mal inminente alguno. Al respecto, dijo que la mujer “realizó la acción antijurídica con bastante tiempo de antelación, casi de manera organizada, recordemos que ingresó a la Argentina por el puente internacional de La Quiaca y luego volvió a Bolivia un día antes de que se lleve a cabo el procedimiento que dio origen a la presente causa; así tuvo tiempo suficiente de estudiar y planear a fondo el tema de ingresar la sustancia al país. Todo este proceso —paulatino, organizado y previsible— es incompatible con el concepto de inminente, el cual debe entenderse como algo ‘que amenaza o está para suceder prontamente’ (*Diccionario de la Real Academia Española*, vigésima segunda edición)”. El tribunal agregó que resultaba “inverosímil su versión de haber obrado amenazada por otra persona, cuya existencia e identidad se desconoce”. Sobre la carga de la prueba, sostuvo que “ante la acusación suficiente sustentada correspondía a la defensa demostrar la excusa absoluta, de eso se trata el *onus probandi*”.

En consecuencia, Martínez Hassan fue condenada a la pena de seis años de prisión. La sentencia fue recurrida por la defensa y motivó la intervención de la sala I de la Cámara Federal de Casación Penal. Por mayoría, el Tribunal de Casación anuló el fallo condenatorio, por aplicación del principio *in dubio pro reo* y dispuso la absolución de la mujer. Sostuvo que el fallo presentaba una arbitraria valoración de la prueba y que no se habían investigado las citas ofrecidas por la acusada en su indagatoria. La sentencia destacó el deber del Estado de investigar hechos de violencia de género (con referencias a la CEDAW y al Protocolo de Palermo, entre otros instrumentos), a partir del descargo realizado por la imputada. Los votos de Mahiques y Figueroa hicieron mención a que la evacuación de las citas resultó determinante para el caso bajo estudio, pues impidió dar respuesta al pedido de absolución con base en la cláusula de no punibilidad (art. 5, Ley 26364), lo que se vincula con el ejercicio de la defensa y el debido proceso. Por su parte, el juez Hornos dijo que “el *a quo* invoca permanentemente que la imputada no

probó ser víctima de trata, cuando tal actividad corresponde a la parte acusadora". El mismo juez advirtió, además, "un salto en el razonamiento lógico seguido por los sentenciantes, por cuanto el tribunal otorgó veracidad a todo el relato de la imputada [en el momento de graduar la pena] pero descreyó de la existencia de los tratantes, sin motivar esta división en la credibilidad del relato de la víctima". Con relación a la valoración realizada por el Tribunal Oral, en cuanto a que le llamaba la atención que no hubiera denunciado a las autoridades cuando la mujer salió a hablar por teléfono, el magistrado señaló: "Este tipo de razonamientos parte de endilgar responsabilidad a la víctima de trata, desconociendo la problemática que sufren las mujeres víctimas de trata de personas, en el cual, muchas veces desconocen o no asumen su calidad de víctima. Ello así, o bien porque equivocadamente asumen parte de la culpa, o bien por temor a represalias, el cual es infringido intencionalmente por los sujetos activos o, también por miedo a perder su fuente de ingresos".

22. Montecino, Edith Elizabeth (causa n.º 83000820/2012, Cámara Federal de Casación Penal, sala I, rta.: 27/09/2016)

Un grupo grande de personas, formado por un grupo familiar y dirigido por hermanos (un hombre y una mujer), fue condenado por tráfico de estupefacientes en distintas modalidades. La defensa oficial, en representación de un grupo de esas personas, realizó numerosos planteos. Entre ellos, pidió la declaración de inconstitucionalidad de los montos mínimos de la pena, y se remitió a las conclusiones de los informes ambientales, de los cuales surgían, a su juicio, circunstancias demostrativas de la vulnerabilidad social de sus asistidos y asistidas.

El planteo fue rechazado por la Cámara Federal de Casación Penal, sin considerar siquiera las invocaciones sobre vulnerabilidad, las que ni siquiera fueron identificadas en la sentencia. El fallo argumentó en términos genéricos que las escalas penales son fijadas por el legislador, que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio*, y que no se acreditó en el caso por qué la pena mínima resultaba desproporcionada.

23. Suárez Eguez, Claudia (causa n.º 20356/2017, Juzgado Federal de Jujuy n.º 2, rta.: 28/11/2017 y 11/12/2018; Cámara Federal de Salta, sala 2, rta.: 10/10/2018)

Claudia Suárez fue detenida el 24 de octubre de 2017 cuando, en un control de carretera de la Gendarmería Nacional en la provincia de Jujuy, se detectó que llevaba cocaína escondida entre su equipaje. Desde el primer momento de su detención, Claudia Suárez manifestó que provenía de Bolivia, que había aceptado "el trabajo" en un estado de desesperación por la enfermedad de su hijo (padecía osteosarcoma de fémur derecho de alto grado de malignidad, un tipo de cáncer de hueso) y la necesidad de

contar con dinero para costear los gastos que demanda el tratamiento (y que su país de origen no cubría). La defensa invocó, entre otros planteos, que Suárez Eguez actuó bajo el supuesto de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, el Juzgado de Instrucción dictó su procesamiento por el delito de transporte de estupefacientes y la prisión preventiva, resolución que —un año después de la detención— fue convalidada por la sala II de la Cámara de Apelaciones Federal de Salta.

El tribunal sostuvo que no existían en la causa elementos objetivos suficientes que llevaran a pensar que la imputada obró en el estado que se alegó. Al respecto, dijo que “resulta ser un indicio en su contra, que Claudia Suárez Eguez tuvo la serenidad suficiente para concretar y coordinar un largo viaje con su hermano desde la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) hasta Buenos Aires, no obstante estar desplegando una actividad ilícita y riesgosa para su libertad como lo es transportar drogas [...]. En efecto, no resulta creíble que una persona que supuestamente se encuentra coaccionada por la situación económica y la necesidad de afrontar los gastos de la enfermedad de un hijo y que la llevaron a incurrir en un delito tenga sus condiciones mentales y espirituales para establecer y coordinar un viaje de esas características”. Además, el tribunal consideró que no estaba suficientemente acreditado que el actuar ilícito de Suárez Eguez fuera el único medio con el que contaba para costear el tratamiento de su hijo. Para así valorar, sostuvo que había otros familiares que estaban a cargo del cuidado del niño “y que su padre se encontraba al tanto del avance de la enfermedad, no habiéndose aportado constancia suficiente del comportamiento adoptado por estos en relación con el menor”.

Tras el fallecimiento de su hijo por la enfermedad que ella había indicado, la defensa volvió a instar el sobreseimiento por estado de necesidad. Para ello, sostuvo que el fallecimiento renovaba la situación probatoria de la causa y, además, aportó noticias periodísticas donde el presidente del Estado Plurinacional de Bolivia declaraba que se iban a tomar medidas para la atención gratuita de los enfermos oncológicos menores de edad —en un reconocimiento de que la atención gratuita estatal no existía hasta el momento—. A este fin, la Comisión sobre Temáticas de Género colaboró con la defensa en la elaboración de fundamentos jurídicos y, dada la trascendencia del caso, se presentaron *amicus curiae* por parte de la sociedad civil.

En esta ocasión, la posición fiscal cambió. En un dictamen firmado conjuntamente por la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), la Procuraduría de Narcocriminalidad, el fiscal de primera instancia y el fiscal ante la Cámara, el titular de la acción adhirió al planteo defensivo y pidió el sobreseimiento de Suárez Eguez. En sus fundamentos consideró que ante los nuevos hechos había quedado en evidencia la falta de alternativas de la imputada frente a la enfermedad terminal que atravesaba su hijo.

Finalmente, el Juzgado de Instrucción hizo lugar al pedido por aplicación del principio acusatorio, dejando a salvo que no acordaba con el criterio del Ministerio Público Fiscal.

24. Vera Romero, Ivana Raquel (causa n.º 1277/2016, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala A, rta.: 27/10/2016; Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 3, rta.: 10/04/2017)

Ivana Raquel Vera Romero y su marido, Antonio Ramón Cuevas Romero, venían de Paraguay cuando fueron detenidos al pasar el control aduanero durante una escala en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza, con el objetivo de coger un vuelo con destino a Roma. En sus maletas se hallaron 5,529 kg de clorhidrato de cocaína ocultos en un doble fondo. El Juzgado en lo Penal Económico n.º 7 procesó a ambos por el intento de extracción del estupefaciente burlando los controles aduaneros.

En su declaración indagatoria, la asistida afirmó que el motivo del viaje era una operación de su pareja, que le permitiría volver a caminar. Explicó que ella lo ayudaba en todo, a bañarse, a cambiarse los pañales y a ponerse la ropa. Expresó que, si hubiera sabido lo de las maletas, no habría dejado a sus dos hijos de 4 y 5 años en su país de origen —Paraguay—, porque era la única que trabajaba para darles de comer. Tal circunstancia fue corroborada por su marido, que negó que ella conociese el contenido de las maletas y contó que él le dijo que unos amigos le financiarían la operación.

En línea con ese descargo, la defensa oficial de Vera Romero interpuso recurso de apelación contra el auto de procesamiento, y alegó que no se encontraba comprobado el aspecto subjetivo del tipo. En este sentido, agregó que, al tiempo de procederse al secuestro de la sustancia estupefaciente, esta fue encontrada en el interior del equipaje enviado a nombre del marido y que de la existencia de un vínculo con él no podía derivarse automáticamente que conociera la actividad que desarrollaba su pareja. También criticó el razonamiento realizado por el juez de grado, en cuanto a que “tampoco resulta relevante señalar que mi asistida se hubiese encontrado llorando al momento del procedimiento, ya que no existe reacción natural y estandarizada, como en la resolución apelada se implica, de cómo actuar ante un procedimiento policial. Claramente el llanto de mi asistida indica angustia ante esa situación, pero no es indicativo de que aquella supiese del contenido que fue encontrado durante el procedimiento”. Además, la defensa presentó un informe elaborado por el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN, donde se resaltó “un escenario de profunda vulnerabilidad, en la que se destaca la escasa incidencia de redes sociofamiliares e institucionales que pudieran haber actuado como apoyo o sostén eficaz frente a la fragilidad que signó su trayectoria vital y en la que aparece presente un ‘ser para otros’, como un desplazamiento incesante por roles diversos aunque constantes en su anclaje en la subordinación de género”.

La sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico confirmó en un voto único y escueto el auto de procesamiento de la mujer. Sostuvo que había indicios suficientes como para considerar que la encartada tenía conocimiento del contenido

oculto de las maletas —sin perjuicio de las pruebas que pudieran aportarse luego—, y que “no resulta creíble, según el orden normal y natural de las cosas, que una persona que es el único sostén de la casa, según sus propios dichos, acepte de parte de su pareja que se encontraba desempleado, realizar el viaje sin mayores averiguaciones ni planificaciones para la intervención quirúrgica que, según manifestaran, pretendían realizar”.

En ningún momento se realizó una valoración expresa del informe social elaborado por el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN. Este documento recorrió aspectos de la trayectoria vital de la asistida y dio cuenta del desarrollo de su existencia en un escenario de profunda vulnerabilidad socioeconómica, destacando la escasa incidencia de redes sociofamiliares e institucionales que pudieran haber actuado como apoyo. Se resaltó que se presentaba un “ser para otros”, como un desplazamiento incesante por roles diversos, aunque constantes en su anclaje en la subordinación de género. También se puso de manifiesto cómo su encarcelamiento representaba un nuevo engranaje en el proceso de acumulación de desventajas y en las consecuencias para su hijo y su hija, de 5 y 4 años, que de manera abrupta habrían perdido las figuras centrales de su crianza y no contarían con una figura estable de cuidado.

Ya con una defensa particular, se firmó un juicio abreviado, donde Vera Romero fue condenada a la pena de tres años de prisión en suspenso. El Tribunal Oral en lo Penal Económico determinó —a instancias del acuerdo entre defensa y Fiscalía— que no se pudo tener por acreditado que la mujer “haya conocido la cantidad de sustancia involucrada y en consecuencia enrostrarle un destino de comercialización”. Ante la nueva calificación, se impuso una pena menor a la de su pareja.

25. Zarzoli, Rosalía Inés (causa n.º 2578/2014, Tribunal Oral en lo Penal Económico n.º 1, rta.: 02/10/2015)

Rosalía Inés Zarzoli fue detenida en el Aeropuerto de Ezeiza cuando se descubrió que la maleta que había enviado con destino a Francia contenía 1,033 gramos de cocaína oculta dentro del forro de tela que recubría su interior. Se imputó a la acusada por intentar sacar del país estupefacientes que, por su cantidad, estaban inequívocamente destinados a la comercialización. En el acto de indagatoria, la mujer manifestó que tenía un hostel en su casa que no estaba habilitado, y que un mes antes habían aparecido allí dos personas (Jean Pierre Axel Rey, de nacionalidad francesa, y Giovanni, de nacionalidad italiana). Contó que la maleta secuestrada se la había prestado Jean Pierre, con quien había entablado una relación sentimental. Refirió que pocas semanas después se presentó Giovanni y le dijo que Pierre se había ido y que quería volver a verla; Giovanni le dio unos papeles que le fueron secuestrados y, asimismo, aportó un número de teléfono para que pudiera comunicarse con Pierre en Francia.

Pese a los datos de las personas aportadas por Zarzoli, no se advierte de la sentencia condenatoria si se realizó alguna investigación paralela para corroborar su descargo. Por el contrario, en acuerdo de juicio abreviado entre la defensa y la Fiscalía, la acusada asumió su responsabilidad por hecho, y se acordó una pena de cuatro años y seis meses de prisión.

El Tribunal Oral convalidó el acuerdo con una sentencia que no tiene un desarrollo suficiente en cuanto al conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal. En cambio, sustenta el dolo por la circunstancia de que la droga había sido ocultada dentro de la maleta —que justamente podría probar también el engaño— y en el reconocimiento del hecho realizado por Zarzoli. Con relación a la pena, tuvo en cuenta “la condición de vida de la nombrada como así también el hecho de que el ilícito que se tiene por probado encuentra su génesis en la existencia de una organización de tráfico de estupefacientes en la cual la enjuiciada ocupó uno de los últimos eslabones”. Por ello consideró válida la pena acordada, que resulta ser el mínimo legal previsto para el delito imputado³⁵⁶.

356. Destacamos que en el caso, el Programa de Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la DGN había realizado un informe social, pero a los fines de acompañar un pedido de arresto domiciliario. En la sentencia condenatoria se hace mención genérica de la condición social de Zarzoli, pero sin hacer expresa cita en el informe.

EUROSOCIAL es un programa financiado por la Unión Europea que, a lo largo de sus 10 años de trayectoria, ha venido ofreciendo un espacio para el aprendizaje entre pares, así como el intercambio de experiencias entre instituciones homólogas de Europa y América Latina. EUROSOCIAL tiene como fin contribuir a la mejora de la cohesión social en los países latinoamericanos, mediante la transferencia del conocimiento de las mejores prácticas, que contribuya al fortalecimiento institucional y a la implementación de políticas públicas. Su acción parte desde la convicción de que la cohesión social debe ser considerada como fin en sí misma y, al mismo tiempo, como medio para reducir brechas porque la desigualdad (económica, territorial, social, de género) constituye un freno a la consecución de cualquier Objetivo de Desarrollo Sostenible. EUROSOCIAL cuenta con una innovadora metodología para implementar la cooperación internacional, partiendo de un diálogo institucional horizontal, flexible, complementario y recíproco, focalizando su acción en las áreas de políticas sociales, gobernanza democrática y equidad de género.

www.eurosocial.eu



EUROSociAL+ es un consorcio liderado por:



Publicación realizada con el apoyo de:

