

MUJERES QUE INGRESAN DROGAS A ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS: APUNTES PARA SU DEFENSA PENAL

Por Santinelli, Regina Soledad¹

Palabras clave: encarcelamiento de mujeres; defensa penal; igualdad y no discriminación; política de drogas; justicia

Resumen: En Argentina, las mujeres son mayoritariamente quienes visitan a las personas privadas de su libertad, alojadas en establecimientos penitenciarios. Ello se puede explicar en base a los roles de género y la división sexual del trabajo propio de nuestra sociedad hetero-cis-patriarcal. Dentro de aquellas mujeres que realizan visitas, se encuentran quienes terminan imputadas o condenadas por el delito de suministro de estupefacientes, es decir por ingresar con droga al establecimiento penitenciario o centro de detención. En el siguiente trabajo se presentan apuntes para la elaboración de diversas estrategias en la defensa penal de estas mujeres, contemplando los diferentes estamentos que componen la teoría del delito.

I. INTRODUCCIÓN

En Argentina, la mayoría de las personas que realizan visitas en establecimientos penitenciarios, tanto en complejos masculinos como femeninos, son mujeres: madres, esposas, novias, hijas, hermanas, abuelas (Mayer, 2023). Esta marcada diferencia responde a los roles de género y a las tareas de cuidado.

El presente trabajo se propone analizar la conducta –desde la teoría del delito– de aquellas mujeres que están acusadas de cometer, al momento de aquellas visitas, el delito de suministro de material estupefaciente en establecimientos penitenciarios, tipificado en la ley N° 23737.

Este análisis está pensado desde la defensa penal y tendrá una perspectiva de género que debe atravesar a la dogmática penal en su totalidad y por ende a la teoría del delito en cada uno de sus estamentos.

En primer lugar, y por un orden metódico, se analizarán los supuestos en que a estas mujeres le fue encontrado material estupefaciente al momento del control de visita en el establecimiento penitenciario, es decir previo al encuentro con su

¹ Abogada por la Universidad de Buenos Aires (UBA), profesora para la enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA), especialista en Derecho Penal (UBA-Posgrado). Trabajadora en Defensoría de primera instancia en lo penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Santinelliregina@gmail.com



familiar. Precisamente, se trabajará en torno a si dicha conducta configura la tentativa del delito o si es un acto preparatorio.

En segundo lugar, se observarán cuestionamientos al principio de lesividad por insignificancia en virtud de la escasa cantidad de material estupefaciente que mayoritariamente es secuestrado en este tipo de conflictos penales.

Luego, en un tercer orden, a nivel de la antijuridicidad, se explorará las posibles causales de justificación para aquellas mujeres que realizan este tipo de actividades por una necesidad económica.

Por último, en la dimensión de la culpabilidad se ahondará sobre los casos en que este universo de mujeres imputadas lo han hecho condicionadas por contextos de violencia de género ejercida precisamente por la persona privada de su libertad a quien iban a visitar. En este punto, se trabajará sobre la noción de autodeterminación.

II. HACIA UNA TEORÍA DEL DELITO CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Normalmente se considera que la teoría del delito es un sistema de filtros objetivo que permitirá determinar cuándo una conducta humana o acción (según la corriente que se siga) es delito. Se suele afirmar que siguiendo aquellos caminos de análisis, se podrá resolver el caso de la forma más racional, neutral y justa posible.

Sin embargo, la teoría del delito no escapa a la problemática que atraviesa al derecho en su conjunto: su androcentrismo. A saber, el derecho fue creado por masculinidades hegemónicas y para sus propias necesidades o bien problemáticas, teniendo esto como consecuencia que la voz de la mujer y personas LGBTTIQ+² no sean consideradas y mucho menos respetadas.

En ese orden de ideas y toda vez que la dogmática penal no es jerárquicamente superior al bloque constitucional y convencional, ésta debe obligatoriamente contemplar los principios de igualdad y no discriminación, establecidos tanto en nuestra Constitución Nacional [CN] en su artículo 16, como en la Convención Americana de Derechos Humanos [CADH] en sus artículos 1.1, y 24, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer [CEDAW] artículos 2.c y 15.1, entre otros, en función del artículo 75 inciso 22 CN. Todo ello, a fin de asegurar a las mujeres el acceso a la justicia libre de discriminación por motivos de género.

En la práctica, es tradicional que se desestime este tipo de perspectivas fundándose en una presunta idea de racionalidad y de -falsa- igualdad liberal ante la ley. Tal es así que se perpetúan categorías dogmáticas penales en el tiempo, sin posibilidad de revisión y cuya aplicación, en los casos concretos, produce aún más desigualdad para las mujeres.

²En el presente trabajo se profundizará únicamente en torno a las mujeres cis. Por una cuestión metodológica no se trabajará sobre personas del colectivo LGBTTIQ+, sin embargo ello no implica desconocer que el sistema policial y penal recae fuertemente sobre sus cuerpos y vidas.





Las defensas penales también están obligadas a trabajar conforme lo aquí estipulado, pues las mujeres tienen derecho a que su defensa sea de calidad. La garantía de defensa y el debido proceso deben también incorporar el estándar de debida diligencia reforzada aún en casos de mujeres imputadas que son víctimas de violencia de género.

En igual sentido, la recomendación N° 33 de la CEDAW recomendó a los Estados partes que aseguren asistencia jurídica y defensa pública competentes y sensibles a las cuestiones de género³.

“Para dotar de sentido a la elaboración de una estrategia de defensa con perspectiva de género se debe tener en cuenta la necesidad, en primer lugar, de realizar una relectura de las categorías dogmáticas difundidas por los más tradicionales tratados de derecho penal; en segundo término, de identificar y producir la prueba con una mirada atenta a las experiencias de las mujeres” (Carrera, Di Corleto, 2019:115).

III. LA CONDUCTA TÍPICA

La ley N° 23.737 de tenencia y tráfico de estupefacientes, sancionada en el año 1989 y modificada en 2005 mediante la ley N° 26.052, en su artículo quinto inciso “E” castiga, con pena de prisión de cuatro a quince años y multa, a quien entregue, suministre, aplique o facilite a otros estupefacientes a título oneroso.

Mientras que en el segundo párrafo de este inciso, se atenúa la escala penal y la multa, en supuestos en que dicha conducta sea a título gratuito.

Por otro lado, en el último párrafo del artículo quinto, agregado en la reforma del año 2005, se contempla “la entrega, suministro o facilitación ocasional y a título gratuito y por su escasa cantidad y demás circunstancias, sugiere inequívocamente que es para uso personal de quien lo recepta”. En dichos casos la escala penal tiene un mínimo de seis meses y un máximo de tres años.

Con este agregado se buscó diferenciar el suministro como parte de una cadena de tráfico de aquel que se realiza ocasionalmente, a saber fue “la incorporación de un nuevo tipo legal que se relaciona con el convite ocasional; y por esta razón, la conducta disvaliosa es pasible de una sanción sensiblemente menor, diferenciándose en cuanto a la penalidad que en abstracto le corresponde a los verdaderos traficantes y difusores de narcóticos” (Asturias, 2019:196).

Por último, este cuerpo normativo prevé en su artículo 11 distintos agravantes que aumentan las escalas penales en un tercio del máximo a la mitad del mínimo. Entre el catálogo de agravantes, el inciso “e” de dicho artículo, menciona la conducta que se cometiere en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, lugar de detención, institución deportiva, cultural o social o en sitios donde se realicen espectáculos o diversiones públicos o en otros

³Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) 2015. Recomendación general N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, punto E, inciso 37 apartado b.





lugares a los que escolares y estudiantes acudan para realizar actividades educativas, deportivas o sociales; Para el tipo de conductas que estamos analizando, interesa el tercer supuesto: lugar de detención.

Respecto del verbo típico escogido por nuestros legisladores, suministrar o entregar, debemos definir qué significa cada uno de ellos. Por un lado, la RAE define entregar como “dar algo a alguien, o hacer que pase a tenerlo”⁴. Mientras que suministrar lo define como “proveer a alguien de algo que necesita”⁵.

La definición de los verbos escogidos por los legisladores guardan especial relevancia a la hora de analizar su figura tentada siguiendo los estrictos parámetros del mandato de ley previa, cierta, estricta y escrita.

IV. ¿TENTATIVA O ACTO PREPARATORIO?

Para favorecer la explicación, expondré la redacción de los hechos que suelen presentarse en este tipo de casos: *Una mujer va a visitar a su pareja o a un familiar al lugar dónde éste se encuentre alojado –puede ser un establecimiento penitenciario u otro tipo de centro de detención– al momento de pasar por el sector de control, ya sea por body-scan o por revisión manual, le es encontrado material estupefaciente en alguna parte de su cuerpo: zapatilla, medias, corpiño, etc. Cuando personal penitenciario o policial advierte eso, la separan de la fila de visitas y luego de su requisa, se procede a su detención.*

En primer lugar, detendremos el análisis en determinar si la conducta que se desprende del cuadro fáctico relatado *ut supra* es la tentativa del delito de suministro (art. 5º inciso “e”, último párrafo, agravada por el art 11 inciso “e” ley 23.737, de forma tentada según artículo 42 Código Penal [CP]) o bien si es un acto preparatorio cuya punibilidad está prohibida en orden al artículo 19 CN.

Es necesario tener presente que el mero hecho de ingresar droga a un establecimiento de detención no constituye delito en sí mismo, pues en nuestro país no está regulada la tenencia con fines de suministro.

Ahora bien, el punto central de este debate en torno a la tentativa o al acto preparatorio, radica en que en este tipo de casos en dónde a las mujeres le fue hallada la droga al momento del control de ingreso al penal, ellas no estaban en la sala de visitas con la persona privada de su libertad, o en el lugar destinado a tal fin. Son diferentes los casos en que son sorprendidas intentando entregarle el material estupefaciente al detenido, es decir en estos supuestos el planteo aquí delineado no tiene vigencia.

¿En que influye conocer en qué zona del penal le encontraron la droga? Tener presente que a las mujeres le hallaron la droga al momento de ser revisadas en el ingreso del penal, nos permitirá ubicar en el *iter criminis* cuál fue el principio de ejecución de la conducta, independientemente del presunto plan de la autora, el cual quedará en sus pensamientos, protegidos del poder punitivo del Estado.

⁴ <https://dle.rae.es/entregar>

⁵ <https://dle.rae.es/suministrar?m=form>





El hecho de entrar al centro de detención, con material estupefaciente guardado no configura el comienzo de la ejecución del verbo típico que la ley reprime: suministrar/entregar.

Concretamente, no existe posibilidad material de realizar el acto inmediatamente previo a la consumación del tipo penal, ya que al momento de que estas mujeres son detenidas, se encuentran fuera del área de visitas del establecimiento penitenciario, por lo que no existen posibilidades reales de entregar el material estupefaciente.

Incluso, presumir que la mujer iba a necesariamente entregar la droga, es una conclusión contrafáctica. En esa línea, también se podría especular con su arrepentimiento entre el control y la sala de visitas y que frustre el suministro. Este margen de duda es consecuencia de adelantar, forzosamente, el comienzo de ejecución del *iter criminis* a la dimensión de la preparación del hecho típico- no punible-.

Entonces, a la luz de la estricta legalidad penal, que impera como principio constitucional, únicamente puede existir un comienzo de ejecución, si la autora se hubiera dispuesto a realizar inmediatamente el suministro de la droga.

En consecuencia, en este tipo de casos, no se verifica que haya existido proximidad al tipo penal ni puesta en peligro inmediata del bien jurídico (salud pública), como así tampoco hay una relación temporo-espacial entre la conducta desplegada y la producción del resultado.

En este norte, la titular del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 17, en la causa N° J-01-00141493-9/2021-0 "C.I.N SOBRE 11 E - AGRAVANTE DE ARTS. 5 A 10 DE LN 23.737 POR COMETERSE EL HECHO EN ESTABLECIMIENTO DE ENSEÑANZA / CENTRO ASISTENCIAL / ETC. Y OTROS, ha expuesto de forma muy clarificadora las posturas de Roxin y Otto respecto de los límites entre un acto preparatorio y la fase tentada del delito:

"La perspectiva decisiva, según Roxin, para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos que dan comienzo a la tentativa, es la de la proximidad al tipo. Ardorosas discusiones teóricas han girado en torno a establecer parámetros de valoración objetiva para determinar uniformemente ante qué formas objetivas de conducta debe

Se considera que se da el acto bisagra en el que el agente se "pone inmediatamente a realizar el tipo penal", momento que marcaría el inicio de la ejecución del injusto.

Entre los desarrollos más actuales, Harro Otto indica que la respuesta más razonable la brinda la teoría de la puesta en peligro inmediata, que presupone una relación espacial y temporal entre la conducta del agente y la producción del resultado esperado, así como la falta de una verdadera cesura entre la acción del hecho y el resultado esperado. Así señala que el estadio de la tentativa "...comienza con acciones que han de conducir inmediatamente a la realización del tipo si su curso permanece inalterado, o con las que se hallan en una tal relación temporal y espacial inmediata con respecto a la realización del tipo que ponen inmediatamente en peligro (concreto) el bien jurídico protegido".





En síntesis, más allá de cuál fue la intención de la mujer imputada o qué era lo que planeaba hacer, lo cierto es que su plan fue interrumpido previo a que comenzara la ejecución del verbo típico: suministrar/entregar. En razón de que nuestro derecho penal únicamente puede castigar los actos y no los pensamientos, se debe considerar la atipicidad de la conducta respecto del tipo penal del artículo 5to inc. “e”.

En caso de atipicidad, restará analizar si existe una calificación jurídica subsidiaria, es decir la tenencia simple, prevista en el artículo 14.1 o bien por su escasa cantidad la tenencia para consumo personal del artículo 14.2. Por último, se deberá analizar si son aplicables los criterios plasmados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] en los fallos “Arriola” y “Salvini”, determinando así su atipicidad.

V. FALTA DE LESIVIDAD

En este punto, se deberá analizar si las mujeres que ingresan droga en centros de detención están afectando con su conducta al bien jurídico protegido por la ley N° 23.737: la salud pública.

Un primer eje radica en que la propia CSJN tiene dicho en el precedente “Demarchi, A.”, del 8/11/2022, que detentar una escasa cantidad de material estupefacientes, incluso en el interior de un establecimiento carcelario, constituye una conducta que no posee entidad suficiente para afectar el bien jurídico salud pública y queda protegido del poder coercitivo estatal en función del principio de reserva del artículo 19 CN.

Resulta paradójico entonces que las personas, mayoritariamente mujeres, que les alcanzan dicho material estupefaciente al centro de detención, cuyo consumo está al resguardo del derecho a la intimidad, sean igualmente criminalizadas de forma desproporcionada considerando que la escala penal de la tenencia para consumo personal empieza en un mes, mientras que en el delito de suministro atenuado por ser ocasional y con fin de consumo personal comienza en los seis meses.

En ese horizonte, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia 857/2004, ha sido más determinante con sus posturas al establecer que la conducta consistente en llevar 0,044 gramos puros de heroína a un familiar privado de su libertad, no es ni típica ni antijurídica. Ello en función de considerarla como una *entrega altruista y compasiva de sustancias estupefacientes sin contraprestación económica*.

La exigencia que este tribunal estableció fue que no exista riesgo de transmisión del material estupefaciente a otras personas distintas del familiar al que iba destinada. En dicho caso, deviene inexistente el peligro al bien jurídico protegido: salud pública.





VI. ¿POR QUÉ LO HICIERON?: PLANTEOS A NIVEL DE LA ANTIJURICIDAD Y LA CULPABILIDAD.

En el supuesto de tratarse de un delito consumado, es decir habiendo descartado el planteo trabajado en el punto IV de este trabajo y no existiendo problemas en el dolo o en la atipicidad por falta de lesividad, atañe trabajar sobre los estamentos de la teoría del delito restantes: antijuricidad y culpabilidad.

En ese orden de ideas, las trayectorias sociales y personales de las personas imputadas permiten poner de relieve qué factores han sido determinantes a la hora de realizar la conducta penalmente reprochada. En el caso de mujeres imputadas, surge de forma sistemática vivencias atravesadas por la discriminación, desigualdad y las violencias de género.

Ello pone de manifiesto que, *preguntarse por las mujeres* es un método que nos permitirá litigar en cada nivel de la teoría del delito con una perspectiva contemplativa de la desigualdad de género y discriminación, dando batalla contra aquellas valoraciones legales que por más rigurosas que sean, no serán nunca neutrales ante el género (Bartlett: 6). Particularmente, a partir de las experiencias y características de las mujeres criminalizadas por este tipo de delitos, podremos analizar de forma crítica el hecho que da origen a la acusación penal (Asensio, Di Corleto, 2022: 25).

Respecto del cuadro fáctico descrito en el punto anterior, habrá entonces que analizarlo a la luz de las vivencias que llevaron a esas mujeres a cometer dicha conducta prohibida. Va de suyo que existen tantas vivencias como personas, por ello se trabajará sobre dos supuestos generalizados. Mujeres que ingresan drogas a establecimientos penitenciarios por (a) una necesidad económica y (b) por pedido de su pareja detenida.

a) Por una necesidad económica

Los contextos de desigualdad y vulnerabilidad generan que muchas mujeres encuentren en la oferta de ingresar una determinada cantidad de droga a un establecimiento penitenciario una forma de obtener dinero para su subsistencia. Particularmente, estos casos no son atenuados por el último párrafo del artículo 5°, ya que son título oneroso, por lo que su escala penal se mantiene entre 4 y 15 años de prisión.

En este tipo de supuestos, existe una gran similitud con las llamadas *mujeres mulas*, acusadas de transportar material estupefaciente en las fronteras de nuestro país. Más allá de la figura legal aplicable a cada grupo de casos y de los bienes jurídicos en juego, el trasfondo es el mismo: una mujer que tiene droga guardada o escondida en su cuerpo para traspasar un punto de control, sea dentro del servicio penitenciario o una frontera, a cambio de dinero sumergida en un contexto de vulnerabilidad y violencia.





“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 sumergida” (Copello, 2022:172).

Al momento de valorar la antijuricidad, se deberá determinar si la mujer actuó de forma justificada o no, conforme el artículo 34 inciso 3 CP, dónde se establece que no son punibles los casos en que se causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño. Es decir, si se quebrantó la norma –afectar al bien jurídico salud colectiva protegido por la ley N° 23737– para evitar la afectación de otro bien jurídico, como por ejemplo la salud individual o la vida, depende cada caso, si el dinero tenía el fin de subsistencia básica o bien realizar un tratamiento médico o alguna necesidad elemental de sus hijos.

Frente a la necesidad de ponderación de bienes jurídicos, surge que nuestra ley penal no establece una escala taxativa de jerarquización, pues tampoco sería posible hacerlo. No obstante, tampoco deviene justo el atajo burocrático consistente en realizar valoraciones abstractas y formales. A saber, priorizar *per se* el bien jurídico salud pública en todos los casos, por entenderlo crucial en la lucha contra el narcotráfico, sin valorar el caso concreto.

A fin de revertir esas respuestas burocratizadas, resulta interesante la delimitación observando los siguientes criterios: (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, (d) la intensidad de la afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares (Alagia, Slokar & Zaffaroni, 2002:635).

Desde ya que, determinar qué bien es de mayor importancia y jerarquía no es una tarea sencilla, pero las agencias judiciales deben realizar los esfuerzos necesarios para determinarlo en el caso concreto, buscando la respuesta más justa desde el punto de vista de la antinomia fundamental⁶.

Para ello, deben apoyarse en prueba contextual como por ejemplo los relatos biográficos. Éstos son estrategias metodológicas que permiten abordar procesos de construcción de la experiencia social de los sujetos y las vinculaciones entre sus contextos, reflexividades y soportes (Camarotti, Di Leo, 2017:1025).

En el delito de suministro de estupefacientes en establecimientos penitenciarios, más allá de si fue a título oneroso o gratuito, la afectación que la conducta puede ocasionar a la salud pública está realmente poco delimitada y conforme lo dicho en el punto V de este trabajo, puede ser incluso insignificante en

⁶ El concepto de antinomia fundamental, comprende el reconocimiento de la existencia de las tensiones y constituye una fórmula para construir un proceso penal que cumpla con la tutela efectiva de las víctimas (incluida en esta frase al conjunto de la sociedad que se expresa a través de la acción pública) tanto como proteja los derechos inalienables de las personas sometidas a enjuiciamiento o investigación (Binder Alberto, 2007)



términos de lesividad. Por ende, aquella ponderación que en abstracto resultaba sin dudas tendiente a la salud pública, puede ser revertida desde este enfoque.

No obstante lo aquí expuesto, los tribunales suelen ser poco permeables a la aplicación de un estado de necesidad justificante en este tipo de casos. Por esa razón, en este tipo de supuestos, vinculados a la necesidad económica de las mujeres, los tribunales son más permeables de resolver por un estado de necesidad disculpante, confirmando el injusto pero no así el reproche penal, entendiendo que no tuvo posibilidad de actuar de otra manera alternativa conforme a derecho, por su contexto de necesidad y vulnerabilidad.

b) Por pedido de su pareja o actuar bajo coacción.

b.1 Estado de necesidad justificante

Ahora bien, existen otro universos de casos en los que las mujeres que ingresan al establecimiento penitenciario con material estupefaciente, lo realizan por pedido de sus parejas que están privadas de su libertad allí dentro. Sin embargo, estos “pedidos” conllevan violencias y manipulaciones de orden psicológico que no permite un *no* como respuesta.

Es decir, al momento de actuar la mujer estaba condicionada por la violencia de género ejercida por su pareja, por lo que los tribunales y los ministerios públicos fiscales deben considerar estos factores a la hora de valorar su responsabilidad penal por el hecho acaecido, de lo contrario, “este tipo de inacción es una nueva agresión pues los mismos defectos sistemáticos que impiden al Estado prevenir, erradicar y sancionar la violencia son aquellos que determinan su involucramiento en hechos delictivos, círculo que consuma definitivamente la discriminación” (Carrera, Di Corleto, 2017:13).

Ante estas situaciones, puede existir un planteo a nivel de la antijuricidad, de conformidad con los lineamientos del apartado previo, en aquellos casos en que la gravedad de la violencia psicológica y/o física conduzca a concluir que la mujer no dispuso de otro medio menos lesivo e idóneo y que dicha conducta era necesaria para disipar el peligro inminente que la amenazaba (Anitua, Picco, 2012:238).

Dicho peligro de sufrir un mal, no se constituye como algo abstracto sino que, por lo contrario, es un peligro permanente, ya que dicha amenaza puede pasar a ser un daño concreto en cualquier momento (Anitua, Picco, 2012:237). Ello se explica aún más a partir de la noción de ciclo de la violencia, ya que dichas mujeres que están siendo coaccionadas para ingresar el material estupefaciente al establecimiento penitenciario en la siguiente visita, saben que dichas amenazas verbales de dañar a ellas o a su entorno, puede volverse realidad, pues lo han vivido anteriormente en otra parte del ciclo de la violencia.

A saber, lo tuvieron que hacer para proteger su salud física y/o psíquica y en dicha ponderación de males - del caso concreto- deberá prevalecer el bien jurídico protegido, integridad física por ejemplo, por sobre la salud pública. En tal caso, la conducta no será antijurídica, por ende no se constituye un injusto penal.





b.1 Estado de necesidad disculpante

Ahora bien, si en el caso concreto no es posible determinar que el bien jurídico que la mujer intentó salvaguardar sea de mayor jerarquía o valor que el afectado, es posible buscar una resolución del caso, litigando a nivel de la culpabilidad. Precisamente, en este universo de casos cobra relevancia analizar el nivel de autodeterminación de estas mujeres al actuar ya que si éstas no tuvieron una real libertad para decidir cómo actuar, no estaremos ante un delito, ya que habrán actuado bajo un estado de necesidad disculpante, conforme el artículo 32 inciso 2 CP.

“La diferenciación entre injusto y culpabilidad puede esbozar del siguiente modo: al examinar el tipo de injusto, se determina si el autor se ha comportado de manera socialmente dañosa. El juicio de culpabilidad se dirige a determinar si el autor debe responder por la conducta socialmente dañosa porque tuvo la posibilidad de decidir por una conducta conforme a Derecho. Brevemente: con el injusto se le reprocha al autor la conducta socialmente dañosa; con la culpabilidad se le reprocha la formación de la voluntad que lo llevó a esa conducta” (Otto, 2017:319).

El juicio de reproche tiene un valor democrático esencial, pues pretender fundar la pena tan solo en base a la gravedad del injusto sería violatorio del principio de igualdad (art. 16 y 75 inc. 22 CN). Para ello, será necesario valorar el ámbito de autodeterminación de las mujeres al momento del hecho. ¿Qué se logra al establecer dicho ámbito? Conocer cuáles fueron las otras opciones de conducta posibles conforme a derecho, pero también – y aquí el quid de la cuestión– el esfuerzo que la autora de la conducta tuvo que haber realizado para llevar adelante las conductas conformes a derecho en lugar de la conducta prohibida.

Particularmente en los casos de mujeres que suministran estupefacientes por coacción de sus parejas, no resulta racional exigirles el acto heroico de negarse al pedido de aquellos que ejercen manipulación y diferentes tipos de violencia. Incluso es factible sostener que no consideraron como algo posible la negativa ante dicho “pedido”, como consecuencia de la naturalización de la violencia padecida.

A mayor abundamiento, este tipo de análisis en la reprochabilidad no exige que el suministro haya sido si o si para consumo personal de quien lo recepta, pues, en muchas ocasiones el material estupefaciente se utiliza como objeto de cambio dentro del establecimiento penitenciario.

En este orden de ideas, el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas N° 10 en el año 2021⁷, rechazó un acuerdo de avenimiento y decidió absolver a una mujer

⁷ “T.D.N SOBRE 5 E - ENTREGA / SUMINISTRO / APLICACIÓN O FACILITACIÓN DE ESTUPEFACIENTES” JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO PENAL CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS N°10 SECRETARÍA N°19. CUIJ: IPP J-01-00133789-7/2021-0 // Actuación Nro: 2423830/2021. En este caso, la alzada decidió revocar la resolución absolutoria por entenderla contraria al principio acusatorio, toda vez que el MPF y la defensa particular habían llegado a un acuerdo de juicio abreviado. No obstante, a los fines del presente trabajo es igualmente significativo valorar lo resuelto por el juez de primera instancia.





en relación a un hecho tipificado como art. 5 inc. e), último párrafo de la Ley 23.737, agravado por el art. 11 inc. e) de dicha norma, ello en grado de tentativa en los términos del art. 42 del Código Penal.

Los hechos del caso, no escapan a lo hasta aquí trabajado a modo figurativo, a saber: La imputada, T.D.N (iniciales de su nombre), el 10 de junio de 2021, fue a visitar a su pareja alojada en Complejo Penitenciario Federal de la Ciudad de Buenos Aires, ubicado en la calle Bermúdez 2651, CABA y al momento de realizarle un control con rayos X, personal del servicio penitenciario observó la presencia de un elemento que por su contraste y forma no se correspondía con la anatomía humana. Luego se determinó que en su entrepierna tenía un envoltorio con sustancia herbácea color verde, que según el test orientativo arrojó resultado positivo para marihuana con un peso aproximado de 10,26 gramos.

T.D.N, en la audiencia de conocimiento personal (279 Código Procesal Penal de la CABA), expresó que ante los reiterados llamados y pedidos del Sr. Baillo mientras se encontraba privado de su libertad, y luego de varias negativas y para evitar mayores conflictos, accedió a sus exigencias e intentó ingresar a la unidad penitenciaria las sustancias que fueron incautadas.

De forma acertada, el juez interviniente determinó que T.D.N no tenía la capacidad efectiva de obrar conforme a derecho. Incluso, en la resolución se realizó una afirmación que podría ser plausible de un estado de necesidad justificante, a saber: “su comportamiento no representó para ella ningún otro beneficio más que evitar el malestar que habría producido a su pareja su reticencia a cumplir con el pedido de que le facilitara sustancias para su consumo personal” (pág 8). En este punto, es menester considerar que T.D.N era víctima de conductas de violencia psicológica/ emocional, violencia física, violencia económica, violencia simbólica y violencia ambiental, por parte de su pareja. Por lo que también podría ser un acto de salvaguarda de su propia integridad.

Claro está que el ámbito de autodeterminación de T.D.N. se encontraba profundamente limitado en razón de las amenazas provenientes de su pareja. Incluso, a pesar de que ella previamente se rehusó a llevarle la droga, éste insiste a tal punto, que, situados en la realidad y trayectoria de T.D.N no resulta posible exigirle continuar negándose ante tal pedido.

En síntesis, cuando una mujer encuentra su derecho a vivir una vida libre de violencia (Belém do Pará, art. 3 [art. 75 inc. 22 CN], Ley N° 26485 art. 2) vulnerado y su capacidad de determinar libremente sus actos se encuentra restringida no es posible hacerle un juicio de reproche penal por el suministro de dicha sustancia.

El entrecruzamiento entre estar imputada por un delito y haber sido (o ser) víctimas de violencia de género, doméstica, no son casos aislados: las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (“Reglas de Bangkok”) reconocen que el número de mujeres privadas de su libertad que han sido víctimas de violencia en el hogar es desproporcionado (Cornell Law School 2013:8).



En ese norte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tiene dicho en su informe del año 2023 sobre Mujeres Privadas de la libertad en las Américas que:

“De manera particular [la comisión], ha destacado la relación presente entre situaciones de violencia y el involucramiento de las mujeres con la comisión de delitos. Al respecto, ha señalado que muchas mujeres participaron en actividades criminales tras ser obligadas mediante amenazas dirigidas a ellas o sus familias, y castigos que abarcan actos de violencia basada en su género” (pág 30).

Particularmente, este organismos internacional ha observado que tantos las amenazas, como la coacción y la influencia, son formas de violencia que generan que las mujeres se terminan involucrando en la comisión de delitos.

Por otro lado, aún en el estamento de la culpabilidad pero ya sin factores de violencia por motivos de género explícitos, es interesante traer para su consideración el dictamen N°9983 emitido por Javier Augusto de Luca, Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, en los autos Nro. 55078152/2012/CA1 - “GÓMEZ, Analía Verónica s/ recurso de casación” dónde el titular de la acción penal manifestó que el esfuerzo que hubiera requerido, por parte de Gomez, rehusarse a realizar el suministro y negarse a satisfacer las necesidades de su pareja (quien padecía de un consumo problemático de estupefacientes), supera lo jurídicamente reprochable.

Ello, encuentra un punto de conexión con la sentencia 857/2004 del Tribunal Supremo de España, trabajada en el inciso V: quien iba a receptar la sustancia padecía un consumo problemático de estupefacientes. Sin embargo, las posiciones dogmáticas adoptadas difieren, ya que en el dictamen fiscal queda expuesto un caso de inculpabilidad, mientras que el tribunal español lo resolvió por atipicidad por falta de lesividad.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de estos apuntes se buscó brindar herramientas para la defensa penal de mujeres imputadas por el delito de suministro de estupefacientes en establecimientos penitenciarios, desde diferentes estamentos de la teoría del delito. La estrategia más acertada dependerá de cada caso en particular.

La ausencia de estadísticas propias de este tipo de delito se debe a que en los índices se engloban todas las conductas reprimidas por la Ley N° 23.737, por lo que no resultaba fidedigno citarlas. Asimismo, la escasa cantidad de jurisprudencia novedosa en esta materia puntual se debe, por un lado, a la gran cantidad de atajos que el sistema judicial toma en casos de mujeres imputadas por suministro sin antecedentes penales: suspensión del proceso a prueba o avenimientos con pena en suspenso. Por otro lado, a la poca receptividad de los tribunales en este tipo de planteos.





Resulta relevante determinar que con cada una de las posibles soluciones dogmáticas aquí esbozadas, no se pone en juego la real prevención de las conductas vinculadas a las organizaciones del narcotráfico que tanta violencia generan en nuestra sociedad. Por lo contrario, se busca disminuir la tasa de encarcelamiento de mujeres por delitos de drogas, cuyo ascenso se sostiene ineludible desde las últimas décadas (CELS, MPD, PPN, 2011: 30; Cornell Law School 2013: 18; WOLA et al., 2016: 18. SNEEP 2022⁸).

Las agencias judiciales aún tienen enormes desafíos para construir soluciones justas a los casos de mujeres imputadas acorde a los mandatos de igualdad y no discriminación. Hoy en día, no existe una proporción entre el daño causado por estas mujeres y el castigo que reciben.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- ANITUA & PICCO, (2012). Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres “mulas”. Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres (MPD), 217-253. <https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/G%C3%B3mez,%20Anal%C3%ADa%20Ver%C3%B3nica.pdf>
- ASENSIO, COPELLO, DI CORLETO, GONZALEZ & SEGATO. (2020) Criminalización de mujeres por delitos de drogas. Publicado en Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género. Programa EUROsocial, Madrid. https://eurososocial.eu/wp-content/uploads/2020/10/14_Mujeres_imputadas.pdf
- ASTURIAS, Miguel Angel, (2019). Estupefacientes: tráfico, suministro y uso indebido. 1 ed. Editorial: Hammurabi.
- BARTLETT, Katherine. Feminist Legal Methods, originalmente publicado en: Harvard Law Review, Vol. 103, No. 4, febrero de 1990. Traducción de Diego Aranda.
- BINDER, Alberto. 2017. Tensiones político-criminales en el proceso penal. <https://inecip.org/documentos/alberto-binder-tensiones-politico-criminales-en-el-proceso-penal>
- CARRERA, Maria Lina & DI CORLETO Julieta (2017). Responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia de género: lineamientos para una defensa técnica eficaz (Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL/Defensoria Pública da União. N° 5 (jan/dez.2017), Brasília: DPU, 2017), 11-32

⁸Estadísticas de política criminal. Filtrado interactivo del (Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena, año 2022, disponible en <https://www2.jus.gov.ar/dnpe/sneep.html>





- CARRERA, Maria Lina & DI CORLETO Julieta (2019). Mujeres infractoras víctimas de violencia de género. Bases para la construcción de una defensa técnica eficaz en Revista Sistemas Judiciales, N° 22, 112-124. <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2019/05/SJ22-11-DiCorletoCarrera-2.pdf>
- DI LEO, P. F. & CAMAROTTI, A. C. (2017). Relatos biográficos y procesos de individuación juveniles en barrios marginalizados de Argentina. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 15 (2), pp. 1021-1034. DOI:10.11600/1692715x.1521530082016 <https://www.redalyc.org/pdf/773/77352074016.pdf>
- MAYER, N. (2023). Mujeres que visitan. La visita carcelaria desde un enfoque espacial. Geograficando, 19(2), e137. <https://doi.org/10.24215/2346898Xe137>
- OTTO HARRO, (2017) Manual de derecho penal. Teoría general del derecho penal. (7° edición reelaborada). Traducción del alemán de José R. Béguelin. Barcelona: Atelier.

Informes

- CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación. Mujeres en prisión: los alcances del castigo. 2011. - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>
- Cornell Law School's, Defensoría General de la Nación de la República Argentina, University of Chicago, Law School International Human. 2013. Mujeres en prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias. <https://www.mpd.gov.ar/uploads/documentos/mujeresprision.pdf>
- Inter-American Commission on Human Rights. Informe sobre mujeres privadas de libertad en las Américas: aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de marzo de 2023 / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. p. ; cm. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L), disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>
- 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.

