



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

AMICUS CURIAE

Cámara Federal de Casación Penal

Sala I

Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, en carácter de cotitulares de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, nos dirigimos a la Sala con relación a la causa N° **12570/2019** caratulada: “M. C. R. S/INFRACCION LEY 23.737”, constituyendo domicilio legal en 25 de mayo 691, piso 11 y electrónico en CUID 500 0000 3074, nos presentamos y respetuosamente decimos:

I. Objeto

En nombre de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, venimos a presentar *amicus curiae* en la causa de mención. Particularmente, ofreceremos observaciones con relación a la absolución dictada a favor de M. R., a propósito del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal.

II. Interés

Nos presentamos en esta causa en razón de la especialidad de la Comisión sobre Temáticas de Género en cuestiones vinculadas con los derechos humanos de las mujeres y su relación con el sistema penal (Resolución D.G.N. N° 1154/07 y Resolución N° 1545/15).

La Comisión sobre Temáticas de Género fue creada el 14 de agosto de 2007 (Resolución D.G.N. N° 1154/07), con la misión de bregar por el acceso a la justicia de las mujeres sin discriminación y con perspectiva de género, en particular en los casos vinculados a mujeres víctimas de violencia o en conflicto de la ley penal.

Cabe señalar que las consideraciones que se desarrollan a continuación no agotan todos los aspectos relevantes de la causa, sino que se enfocan prioritariamente en aquellos puntos que hacen al interés institucional de esta Comisión y a uno de sus ejes específicos de trabajo, es decir, el respeto de los Derechos Humanos de las mujeres en conflicto con la ley penal.

USO OFICIAL

III. Antecedentes

M. C. R. fue acusada por el delito de transporte de estupefacientes. Los hechos se produjeron el 3 de julio de 2019 en la Ciudad de Ledesma, Jujuy, cuando Gendarmería Nacional detuvo a la mujer que transportaba un paquete con una sustancia ilícita adherida a su cuerpo (998 grs. de cocaína).

En el juicio oral, la defensa oficial argumentó, entre otras consideraciones, que la mujer fue víctima de violencia de género durante años a manos de su ex pareja, y que se encontraba angustiada por el estado de salud de su hija de dos años, quien padece un problema congénito en su mano. En este sentido, sostuvo que obró en estado de necesidad, porque se tuvo que valer de sus propios medios para darle a su hija una mejor calidad de vida, en un contexto de violencia de género, de necesidad económica acuciante y en un entorno de un Estado social fallido.

El juez, en tribunal unipersonal, dictó la absolución de M. R., para lo que tomó en cuenta las condiciones y circunstancias de vida experimentadas por la acusada, en tanto era la única fuente de sustento económico de un grupo familiar, compuesto por ella, su hija e hijo pequeños. También consideró que la mujer sufrió violencia durante seis años durante su pareja y que su hija necesitaba una cirugía urgente. Consideró que obró en estado de necesidad justificante porque la existencia de un riesgo cierto, actual e inminente, no ofreció a la encausada otra alternativa que la comisión de un ilícito como medio para evitar ese mal actual al que era ajena. En este sentido, sostuvo que la mujer no tuvo otros medios menos lesivos a los cuales recurrir antes de transportar droga, para salvar otro bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija. Para así decidir, citó la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres y aseguró que el caso debía ser analizado en el contexto de violencia de género dado en el ámbito doméstico, en el cual se observan características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres, así como las particularidades propias del ciclo de la violencia.

El Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación contra la absolución, cuestionando la aplicación que se hizo del estado de necesidad en el caso.

En el presente documento, vamos a presentar argumentos para sostener que las características del caso obligan a realizar un análisis con



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

perspectiva de género. En ese sentido, se ofrecerán argumentos jurídicos para abordar los hechos bajo la figura jurídica de estado de necesidad (exculpante o justificante); o en su caso, como una situación de exclusión de culpabilidad.

IV. La obligación de juzgar con perspectiva de género

En la presente causa se encuentra en juego una cuestión de naturaleza federal, vinculada al principio de igualdad y no discriminación que ampara a las mujeres (CEDAW, arts. 1 y 2). El posible trato discriminatorio por motivos de género que podría implicar la revocatoria de la absolución dictada a favor de M. R., es la cuestión federal que legitima la intervención de esta Comisión en la presente causa en calidad de *amicus*.

Como se anticipó, es objeto de este litigio el modo en que se interpretan las causales de justificación y exculpación en un caso donde una mujer que actuó como “mula” o “correo humano” alegó haber actuado en un contexto de violencia de género y necesidad económica extrema.

Por su parte, la acusación fiscal propone interpretar los requisitos de procedencia del estado de necesidad, con estándares de valoración androcéntricos que no toma en consideración las experiencias y vivencias de las mujeres. Así, deja al margen a las mujeres que experimentan la violencia de género y la discriminación estructural a la que están expuestas por razones de género.

En consecuencia, esta presentación tiene como objetivo proponer una interpretación de las causales de justificación y exculpación teniendo en cuenta las definiciones y obligaciones que surgen de la Convención contra toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención para Prevenir, Investigar y Sancionar la Violencia contra la Mujer – “Convención Belem do Pará” (CBP) y la ley nacional de protección integral 26.485. Particularmente, aquellos preceptos que hacen foco en el rol subordinado que ocupan en la sociedad, particularmente cuando se intersectan con otros factores de vulnerabilidad, como es el ser víctima de violencia y pertenecer a

sectores socioeconómicos desfavorecidos de la sociedad (art. 9 de la CBP, Comité CEDAW, OG n° 33, parr. 8).

Recordamos que aun cuando se encuentran acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial. En términos de acceso a la justicia, el Comité CEDAW observó que *“los Estados partes están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos”*¹. Este llamado especial obedece a la histórica discriminación que han sufrido (y sufren) las mujeres en el sistema de administración de justicia y es de aplicación operativa para los tribunales locales. En la medida en que la CEDAW tiene jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, CN), los desarrollos jurisprudenciales e interpretaciones del órgano específico de aplicación es una insoslayable pauta de interpretación judicial.

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 mujeres². En este sentido, lo que se propone es realizar los ajustes necesarios en la interpretación de la norma penal, de manera que se alcance una aplicación igualitaria de la dogmática penal y deconstruir el perfil androcéntrico que puede acompañar a las causales de justificación o exculpación.

Al respecto, considérese que desde hace tiempo, la doctrina argentina ha realizado importantes esfuerzos para poner en evidencia cómo el género y la violencia son variables de análisis en las causales de legítima defensa, en la construcción de responsabilidad en los tipos omisivos y una pauta determinante en la exclusión de culpabilidad³. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha destacado la incidencia de la violencia de género en el análisis dogmático penal, particularmente para el caso de la legítima defensa (CSJN, Fallos: 334: 1204, “Leiva, María Cecilia s/

¹ Comité CEDAW, Recomendación General 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párr. 47.

² Lorenzo Copello, Patricia, *“La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema”*, en prensa.

³ Di Corleto, Julieta y Carrera, María Lina, *“Responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia de género. Lineamientos para una defensa técnica eficaz”*, Revista Defensores del Mercosur, 2017.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

homicidio simple”, rta.: 1/11/2011; “R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa N° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”, 733/2018/CSJ, rta.: 29/10/2019). En la tradición de estos esfuerzos, se inscribe esta presentación.

V. Estado de necesidad

La prueba incorporada al juicio permite sostener válidamente que M. C. R. obró bajo un estado de necesidad. A continuación, examinaremos los requisitos que este concepto requiere (en su versión justificante y exculpante), bajo una perspectiva de género.

La afirmación de un estado de necesidad requiere que exista un peligro de sufrir un mal, que este peligro sea inminente, que la conducta en estado de necesidad sea adecuada y necesaria para evitar ese peligro. Por último, en el caso de un estado de necesidad justificante, se requiere que el mal causado sea menor que el mal evitado. En cambio, si se dan todos los elementos enumerados, pero el mal causado es mayor al que se evita, se estará ante un estado de necesidad exculpante⁴.

a) *Peligro de sufrir un mal.* Tal como fue argumentado por el Defensor y reconocido en la sentencia absolutoria, el riesgo que M. C. R. quiso evitar fue el empeoramiento del estado de salud psicofísico de su hija de dos años.

La niña padece una malformación congénita en una de su mano izquierda, llamada agenesia, que consiste en la ausencia del metacarpo y falanges en un cien por ciento (conf. declaración del Dr. Laguna en juicio y certificado ratificado en juicio).

El Dr. Laguna en juicio reconoció el certificado por él emitido en mayo de 2019, donde además de consignar el diagnóstico de la niña, informó que “necesita con urgencia ser tratada con cirugía reconstructiva del equipo de mano”. También explicó que sugirió a la madre que buscara la posibilidad de realizar la operación mejorar la calidad de vida de la niña durante su evolución biológica (video 71-15-80, 12:15). El especialista explicó en juicio que “se tendría que hacer

USO OFICIAL

⁴ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, “Derecho Penal Parte General”, Buenos Aires, Ediar. 2005, p. 631.

(...) un seguimiento, bien minucioso, y evaluar el crecimiento de lo que tiene la parte ósea a nivel de la mano, media mano. Y hacer el seguimiento y ver en el momento que se pueda ayudar a crear un neo, un dedo nuevo se llama eso, un dígito nuevo. Pero no en su totalidad, se tendría que hacer pulgar y puede ser índice y medio. Que es re-fabricar, o se puede hacer un traslado, en la segunda infancia, de la otra mano para tratar de injertar, y darle una mejor su calidad de vida” (video 71-15-80, 17:58)

Al ser preguntada en juicio, sobre los impedimentos que tiene su hija en la vida diaria, M. R. explicó que “ella no puede hacer con su mano nada. El otro día se puso a llorar, porque mi hermanita que tiene dos años y le dice ‘Samira no puedes hacer nada, porque no tenes mano’ y se puso a llorar y dijo ‘mamá no tengo mi mano’” (video 71-15-80, 25:03).

Tal como se evaluó en la sentencia absolutoria, el riesgo en juego se vincula al cercenamiento de “oportunidades de evolución, desarrollo y proyecto de vida”, fundamento que es concordante con la definición de salud dada por la OMS. La Organización Mundial de Salud, define la salud como *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*⁵.

b) *Inminencia*. Ha quedado expuesta en juicio la inminencia del riesgo en juego. El Dr. Laguna reconoció en audiencia el certificado donde calificó la necesidad de la intervención quirúrgica con “urgencia” (video 71-15-80, 08:30).

El Ministerio Público Fiscal ha puesto en duda la urgencia de la operación, al punto que en la audiencia de juicio informó que había enviado al Hospital Materno Infantil de Salta copia del certificado emitido por el Dr. Laguna, y la institución contestó, entre otras consideraciones, que “se trataría de una patología que no reviste el carácter de urgente” (video 71-15-80, 28:09). Sin embargo, esta consideración es una valoración *ex post*, que no estaba disponible para M. R. al momento de los hechos. Por el contrario, contaba con la indicación del Dr. Laguna, que le había firmado un certificado que decía que la niña “necesita con urgencia ser tratada con cirugía reconstructiva del equipo de mano”.

⁵ Organización Mundial de la Salud. Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Documentos básicos, suplemento de la 45a edición, octubre de 2006. Disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

c) *Adecuación y necesidad.* Ha quedado comprobado en juicio que M. C. R. no tiene medios suficientes para afrontar los costos de una operación, ni los gastos asociados a ella (como ser viáticos, estadía de acompañante, etc) y que ha encontrado numerosos obstáculos para acceder a la práctica médica que necesita su hija, incluso en el servicio público de salud.

El Ministerio Público Fiscal sostuvo en su recurso que la Defensa no demostró que la mujer había agotado todos los medios lícitos a su alcance. Más allá de la inversión de la carga de la prueba que pretende la fiscalía, que contraría al principio *in dubio pro reo*⁶, cabe señalar que las características personales y sociales de M. R. y la experiencia por ella relatada en sus contactos con el sistema público, permiten sostener que sus alternativas estaban acotadas.

M. R. no está inserta en el mercado del trabajo formal y su cobertura social es muy precaria. Al ser preguntada en juicio sobre su trayectoria laboral, contó que trabajó cuando tuvo su primer hijo, haciendo sándwiches para el tío de su pareja, que después pasó bolsos – era “bagayera”-. Contó que no tenía obra social y que, al momento de los hechos, no contaba con un ingreso completo, porque de la asignación que cobraba (AUH) tenía que pasarle dinero a su ex pareja para que pague los impuestos de la casa en donde ella ya no vivía (video 71-15-80, 26:24, corroborado por testimonios de Lic. Padilla y Lic. Mercado, en video 30-50-90). Al respecto, las licenciadas de la Oficina de Violencia Familiar de Poder Judicial de Salta –localidad de Tartagal-, relataron en juicio las dificultades que M. R. afrontó para salir de esa situación de violencia económica. Además, la Lic. Valeria Padilla agregó que al momento de los hechos M. no tenía tramitada la pensión no contributiva por la discapacidad de su hija. Es decir, los recursos económicos y simbólicos eran escasos y no suficientes para superponerse a la enfermedad congénita de su hija, atender su rehabilitación (y también, ocuparse de las necesidades básicas del grupo familiar).

Para comprender las dificultades que concretamente tuvo M. R. para recurrir a otros medios lícitos, es necesario reconocer que los

USO OFICIAL

⁶ Bertelotti, Mariano, “Principio In dubio pro reo y carga de la prueba”, en Pitlevnik, L. (dir), Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Buenos Aires, Hammurabi, T. 19, 2016.

hombres y mujeres sufren la pobreza de una manera diferente, y que el género aumenta las dificultades de las mujeres de superar los condicionamientos para obtener mejores niveles de bienestar. En este sentido, con el concepto “feminización de la pobreza”, se hace referencia a la circunstancia de que “las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación”⁷.

Las estadísticas oficiales locales y provinciales dan cuenta de que las mujeres sufren discriminación para acceder a un puesto de trabajo, y que cuando logran acceder, lo hacen a empleos precarizados y mal pagos, lo que torna estructuralmente muy difícil para ellas acceder a un empleo que les permita obtener un ingreso digno para la satisfacción de las necesidades familiares, y particularmente a un gasto tan extraordinario como es una operación quirúrgica como la que estaba en juego en este caso. En este contexto, la valoración acerca de si M. R. agotó todos los medios disponibles, no puede estar aislada de la caracterización de un Estado fragilizado en sus políticas públicas de cuidado y los condicionantes discriminatorios por razones de género en el mercado laboral.

Por otra parte, ha sido objeto controvertido en juicio si la operación que requería la niña estaba cubierta o no por el servicio público de manera gratuita. Al respecto, el Dr. Laguna informó, en primer lugar, que la cirugía reconstructiva “no lo va a conseguir, solamente lo podía hacer en Salta, Tucumán o Córdoba”. La defensa preguntó específicamente si sabía si en Salvador Mazza se podía realizar esa intervención (video 71-15-80, 13:21), a lo que contestó: “No. Imposible. Salvador Maza tiene médicos generales, y otro es que no consta anestesista, y el cirujano es imposible que se arriesgue a hacer un seguimiento de ese tipo de lesiones. Es una lesión ortopédica en otras palabras...”. También contó que otra sugerencia que hizo fue que vaya al Hospital Garrahan de la Ciudad de Buenos Aires, pues ahí tienen equipo completo de mano (video 71-15-80, 12:57), y era una operación que se hacía allí, según había observado en su experiencia profesional.

⁷ Picco, Valeria y Anitua, Gabriel, “*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, 2012, p. 242 y sus citas.



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

La acusación preguntó al Dr. Laguna si la cirugía reconstructiva de mano se puede realizar de manera gratuita en el Hospital Público Materno Infantil de la Provincia de Salta (video 71-15-80, 15:38), a lo que el profesional respondió afirmativamente. Este aspecto pretendió ser convalidado por la acusación posteriormente, cuando informó en juicio que había consultado al Hospital y desde el área de traumatología pediátrica, se contestó que realizan cirugía reconstructiva de mano, que la misma es desarrollada por un prestador externo, y que los honorarios corren por el estado provincial. Se dijo que el doctor se llama Ceferino Castro y atiende los días jueves de 8 a 11 hs, en el consultorio 22 (video 71-15-80, 29:20).

Sin embargo, la experiencia de M. R. con relación a las instituciones médicas, fue más compleja. Viviendo en Tartagal, se trasladó a Salta varias veces desde que la nena nació, para atender la enfermedad congénita. Contó que en el Materno Infantil “me atendían mal porque a veces llegaba un poquito tarde, y bueno, ya no me querían atender. Pero en Salta me dijeron que ella ya no tenía operación” (video 71-15-80, 25:03). Entonces, en mayo de 2019 consultó al Dr. Laguna, que si bien no le dijo cuánto era el costo de la operación en la salud privada, en juicio el profesional afirmó que calculaba que rondaría entre los \$100.000 y \$ 200.000 pesos, como mínimo (video 71-15-80, 12:40).

En definitiva, lo que se observa de la información cruzada que se ventiló en el debate es que, más allá de la posibilidad –o no- concreta de poder realizar la cirugía reconstructiva en el servicio público de salud, se verifica un problema en el acceso al servicio público, al punto que M. R. tuvo que indagar en el ámbito de las prestaciones privadas.

Al respecto, considérese que el Comité DESC⁸ describe que el derecho a la salud comprende los siguientes elementos esenciales: a) disponibilidad⁹, b) accesibilidad (que tiene cuatro dimensiones: no discriminación¹⁰, accesibilidad física¹¹, accesibilidad económica¹² y acceso a la información), c) aceptabilidad y d) calidad.

USO OFICIAL

⁸ Comité DESC, Observación general N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, párr. 12

⁹ “Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de

Desde una perspectiva del acceso a la salud, se observa que, incluso tomando la información proveída por el fiscal, en el Hospital Materno Infantil el profesional especializado para atender a la niña lo hacía tres horas por semana, a más de 350 km de la casa de M. y su hija. A ello se suma que el tiempo de viaje desde Tartagal a Salta es de 5 horas en auto y 7:30 horas en transporte público, los viajes implican tiempo, y también dinero. Cualquier intervención requeriría consultas frecuentes o algún tipo de internación, lo que implica gastos de alojamiento para la persona acompañante. Los gastos se incrementarían, si la intervención debía hacerse –como se sugirió– en el Hospital Garrahan de Buenos Aires. En definitiva, los medios al alcance de M. R. para lograr la cirugía reconstituyente en el servicio público estaban notablemente cercenados, dado que la prestación no cumplía con las notas de accesibilidad económica y sin discriminación a grupos vulnerables.

Bajo esta matriz de análisis, requerir el agotamiento de todos los medios disponibles a quien afronta obstáculos estructurales en el acceso al servicio de salud, puede perfilar una exigencia supererogatoria, que una mujer con escasos recursos materiales y simbólicos no puede cumplir.

d) *Ponderación de bienes.* Como se dijo, la verificación de un estado de necesidad requiere realizar una ponderación de bienes en juego. Esta valoración, debe realizarse en concreto, ajustada a la magnitud real que tiene la conducta típica que se emprende, teniendo en cuenta la perspectiva de la persona que se vio inmersa en ese estado, y no mediante valoraciones

desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”

¹⁰ “No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos”

¹¹ “Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades”

¹² “Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.”



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

abstractas y generales¹³. En este sentido, la doctrina argentina aclara que el Código Penal requiere una ponderación concreta de males¹⁴, por lo que realizar un juicio abstracto violaría el principio de legalidad penal.

Al respecto, se advierte que el Ministerio Público Fiscal en su recurso de casación cuestionó la ponderación realizada por el Tribunal de juicio, haciendo mención a “la especial gravedad del delito que se imputa vinculado al tráfico de estupefacientes, el que representa una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”, para lo que referenció además a los compromisos asumidos en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Según este instrumento internacional, dijo la fiscalía, el Estado argentino tiene la obligación de perseguir los delitos de tráfico de drogas.

Sobre lo expuesto, cabe señalar que –más allá de la política criminal asumida por el Estado argentino- tales compromisos no implican que deban flanquearse las reglas de interpretación de las causales de eximición o justificación. Además, la Convención sobre estupefacientes no puede ponerse en la misma jerarquía normativa que los tratados internacionales de derechos humanos, por medio de los cuales se garantiza el principio de legalidad, la culpabilidad por el acto, y la prohibición de trato discriminatorio en razón del género.

Adicionalmente, es necesario considerar que la salud pública a la que refiere la tutela de la ley 23.737 comprende conductas vinculadas con el tráfico y posesión de drogas que representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de estupefacientes en el resto de la población en general¹⁵. En cambio, la afectación de las “bases económicas, culturales y políticas de la sociedad” amplía desmesuradamente el concepto de salud pública, y poco tiene que ver con el daño que puede generar el transporte de menos de un kilo de

USO OFICIAL

¹³ Di Corleto y Carrera, *op. cit.*, p.,19; Picco y Anitua, *op. cit.*, p. 245

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, p. 635

¹⁵ D'Alessio, Andrés (Dir.) y Divito, Mauro (Coord.), Código Penal Comentado y Anotado. Tomo II, segunda edición. La Ley. Buenos Aires, 2011, p. 1017-2018.

cocaína realizado por una mujer sin vínculos con las jerarquías de una organización criminal.

Si bien no hay ley que establezca un criterio rígido acerca de cómo realizar la ponderación de males, la doctrina propone atender a ciertos criterios generales¹⁶: (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) y la intensidad de la afectación, en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.

Siguiendo estos lineamientos, la Salud Pública –interpretada de manera restringida como se dijo anteriormente- entra en “competencia” con la salud particular de la niña de dos años -que debe ser entendida desde la definición amplia dada por la OMS-. Ciertamente, como señala el Ministerio Público Fiscal, que no estaba en riesgo la vida. Sin embargo, ha quedado claro que se trataba de un aspecto tan vital por estar relacionado con el desarrollo psicofísico de la niña y su calidad de vida. Así presentado, se observa que el desarrollo psicofísico de una niña, tiene mucho mayor peso que el mal generado por el transporte de menos de un kilo de cocaína, que no llegó a propagarse a la comunidad.

Adicionalmente, al analizar la intensidad de la afectación, en consideración a las circunstancias personales de quienes son titulares de los bienes en juego, es claro que la malformación en la mano para una niña tan pequeña en etapa de desarrollo es una situación que incide de manera particular en su crecimiento físico y psicológico (nótese, por ejemplo, la angustia manifestada por ella al hacer consciente la falta de sus dedos, conforme al relato de la madre en juicio). A la vez, también es necesario considerar la perspectiva de M. R. al momento de decidir entre “el mal menor”. 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

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, p. 635



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

un costo alto para la mujer, por no cumplir con el mandato; y un costo alto para su hija, por su dependencia a los cuidados exclusivos de su madre.

Como consecuencia a lo dicho precedentemente, consideramos que existen elementos para sostener que M. R. se encontraba en estado de necesidad, ya sea justificante o exculpante, al momento de emprender la conducta típica de transporte de estupefacientes.

VI. Culpabilidad

Señala la doctrina que el principio de culpabilidad puede enunciarse con la fórmula siguiente: “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”¹⁷. También se dice que cuando el sujeto no tiene una opción real de superar los condicionamientos que operan sobre él, no podrá ser declarado responsable, cómo tampoco cuando la conducta debida es inexigible porque superar esos condicionamientos implican un alto costo para la persona”¹⁸.

Bajo esa regla que pone de resalto la libertad de las personas y los obstáculos para adoptar decisiones autónomas, la valoración del contexto de violencia de género se torna imprescindible. La valoración se impone en el ámbito de la culpabilidad por mandato legal, porque la Convención de Belem do Pará señala que la violencia contra la mujer *implica una restricción a la libertad* porque anula o impide el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos y culturales (art. 5 CBP). También la valoración es relevante porque es una circunstancia que opera en el plano de lo material: la violencia de género implica una constricción en el plan de vida de las mujeres, porque genera un daño a nivel emocional, deteriora su calidad de vida y las enfrenta a múltiples obstáculos en el acceso a la justicia¹⁹.

Del relato de M. R. surge que la relación estuvo marcada por violencia económica, física y psicológica (conf. art. 4 y 5 de la ley

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, p. 672.

¹⁸ Binder, Alberto, *Introducción al derecho penal*, AdHoc, Buenos Aires, 2004, p. 245.

¹⁹ MPD, *Femicidio y debida diligencia: estándares internacionales y prácticas locales*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, Amnistía Internacional, 2015; MPD, *Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en sus relaciones interpersonales*, Buenos Aires, 2015.

26.485); circunstancia corroborada por testimonios de Lic. Padilla y Lic. Mercado en juicio, que además identificaron un riesgo moderado.

El Ministerio Público Fiscal hizo hincapié que la violencia de género había cesado al cuando M. emprendió la conducta contra la ley de drogas, pues la separación había tenido lugar siete meses antes. Una interpretación de estas características importa una mirada muy estrecha sobre la violencia, que prescinde de un análisis serio acerca de sus dinámicas²⁰ y sus efectos. En particular, la tesis de la acusación implica sostener que la separación de una pareja es suficiente para hacer cesar los actos violentos, el hostigamiento y el control del agresor. Aspecto que es negado por las investigaciones especializadas en la materia, que por el contrario, señalan que la separación puede incrementar el riesgo²¹.

En particular, en el caso ha quedado suficientemente probado que M. R., a pesar de que ya se había separado al momento de los hechos, continuaba bajo el dominio de su ex pareja, al punto que éste continuaba ejerciendo violencia económica. Como quedó dicho en el juicio oral, M. se veía constreñida a pasarle parte del dinero de los escasos recursos que ella recibía como subsidios para el cuidado de su hijo e hija. Las licenciadas de la Oficina de Violencia Familiar y de Género explicaron las dificultades que ella afrontó para superar esa situación. De hecho, quedó expresado en juicio que dejó de pasarle dinero a su ex pareja, cuando le dio a su madre la tarjeta para el cobro. Es decir, quedaron evidenciados los obstáculos que ella tiene –aun hoy- para disponer con autonomía de su dinero.

²⁰ Por ejemplo, una de las características de la violencia de género en las relaciones de pareja es el denominado “ciclo de la violencia”, que tiene tres fases relacionadas: “(1) la acumulación de tensión acompañada de un incremento de peligro; (2) el incidente de maltrato grave y (3) el arrepentimiento cariñoso. El ciclo comienza por regla general después de periodo de noviazgo, que se describe con frecuencia como un inmenso interés del abusador por la vida de la mujer, acompañado normalmente de una conducta cariñosa. Algunas mujeres comentan que esa conducta por parte del abusador se transforma pronto en acecho y vigilancia. Sin embargo, cuando ocurre, la mujer ya se ha comprometido y no tiene ni la energía ni el deseo de romper con la relación” (Walker, Leonore E., *El síndrome de la mujer maltratada*, Desclée de Brouwer Editores, 2009, p. 153, donde se puede ampliar las características de cada fase). “Con el tiempo, la primera fase de acumulación de tensión se hace más común, mientras que la tercera fase, o arrepentimiento, desciende”. (ibídem, p. 161).

²¹ Los relevamientos señalan que luego de la separación el riesgo a nuevos episodios se acrecienta. Por ejemplo, en el Informe de Patrocinio Gratuito del Ministerio Público de la Defensa, se señala que de las asistidas que se separaron luego de un periodo de convivencia, el 64% manifestó que luego de la separación se intensificó la violencia (MPD, Comisión sobre Temáticas de Género, *Informe 2018*, Servicios de Asesoramiento y Patrocinio Gratuitos a Víctimas de Violencia de Género. Disponible en <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/IA%20Genero%202018%20Final.pdf>. Última consulta 9/12/2019).



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Además del contexto de violencia, las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica también son factores que inciden en la valoración de la autonomía y libertad. La falta de independencia económica a la que se enfrentan las mujeres de sectores populares y su ubicación en los sectores de menor remuneración de la economía están fuertemente influenciada por una estructura económica desigual²². Las mayores dificultades para acceder al mercado formal del trabajo y las cargas desproporcionadas que se derivan del cuidado de los/las hijos/as dadas por la división sexual del trabajo, determinan las mayores dificultades que tienen las mujeres para enfrentar la pobreza²³.

Ante el panorama de pobreza y desigualdad estructural, muchas investigaciones indican el vínculo paradigmático que éste tiene con el género y el delito de drogas²⁴. En un informe sobre pobreza y Derechos Humanos, la CIDH identificó la incidencia del género en los delitos de drogas, y señaló que “La pobreza, la falta de oportunidades y las barreras al 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”²⁵.

En el caso en particular, el vínculo entre las circunstancias socioeconómicas y el delito han quedado expresados en la sentencia absolutoria. Ante las precarias alternativas para lograr el sustento propio y de su familia, la posibilidad de obtener dinero mediante

USO OFICIAL

²² Por ejemplo, en este sentido, MESECVI, *Tercer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Prevención de la Violencia contra las Mujeres en las Américas. Caminos por recorrer*, OEA/Ser.L/II, par. 43.

²³ El fenómeno fue conceptualizado como feminización de la pobreza que ponen en evidencia que el género es un factor que aumenta las posibilidades de padecerla. CEPAL- UNIFEM, “Entender la pobreza desde la perspectiva de género”, Serie Mujer y Desarrollo n° 52, Santiago de Chile, 2004, p. 18.

²⁴ Picco, Valeria y Anitua, Gabriel, *op. cit.*, p. 243; Giacomelo, Corina, “Mujeres, delitos de droga y sistemas penitenciarios en América Latina”, *Consocio Internacional sobre Políticas de Drogas*. Documento informativo del IDPC, 2013, Global Commission on Drug Policy, “Asumiendo el control: caminos hacia políticas de drogas eficaces”, 2014; Consocio Internacional sobre Políticas de Drogas, “El camino a la UNGASS 2016: peticiones del IDPC en materia de proceso y políticas”, Abril de 2015.

²⁵ CIDH, Pobreza y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.164, 2017, párr. 321

actividades vinculadas a delitos de drogas fue, para M. R., una posibilidad para resolver las urgencias insatisfechas y particularmente la situación de salud de su niña de dos años. En este sentido, debe considerarse la sobrecarga de tareas de cuidado para las mujeres de sectores populares, especialmente cuando el Estado no provee políticas de corresponsabilidad de cuidado y servicios básicos para el acceso a derechos sociales y económicos. En esos contextos, las mujeres son las articuladoras de los derechos de las personas que tienen bajo su cuidado, circunstancia que implica un condicionamiento en las elecciones de vida.

En definitiva, el contexto de privación relativa y el contexto de género en el que se encontraba la asistida, mermaron sus posibilidades de obrar conforme a la ley, y encontrar alternativas legales para resolver los problemas de subsistencia que debía atender, inclusive la salud de su hija. Al respecto, considérese que las fuentes legales obligan a atender el modo en que todos los factores de discriminación se interrelacionan y conforman un modo específico de vulnerabilidad y discriminación. Las “Reglas de Brasilia sobre el acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” señalan como causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad (Capítulo 1, sección segunda). A la vez, los instrumentos específicos para la protección de los derechos de las mujeres advierten acerca de la intersección entre los diversos factores de discriminación, tanto la Convención de Belem do Pará (art. 9), como la CEDAW (conf. Comité CEDAW, OG n° 33, parr. 8).

Adviértase que la solución que se propone va en consonancia con la perspectiva adoptada en otras causas donde se reconoció que cuando se encuentra comprometida la vida y la subsistencia (propia, o de la progenie) el presupuesto de autodeterminación se encuentra tan comprometido que hace inexigible la conducta. Así, se ha instado la desvinculación por inculpabilidad de las acusadas en delitos de drogas tras realizar un pormenorizado y circunstanciado análisis de las circunstancias personales y las desigualdades estructurales en las que se encontraban. Este criterio fue mantenido por el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 6 (“MPC”, causa N° 3873/2018,



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

rta. 23/9/2019, con remisión al dictamen del fiscal Franco Picardi²⁶) y en la causa 20356/2017 “Suárez Eguez, Claudia”, del Juzgado Federal de Jujuy n° 2 (con remisión al dictamen fiscal²⁷), entre otras.

Como conclusión a lo expuesto, consideramos que el reproche penal no puede prescindir de los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a M. R., pues fueron factores que incidieron directamente en sus posibilidades de realizar una conducta conforme a derecho.

VII. Petitorio

Por las razones expuestas, solicitamos:

- a. Se tenga por presentado el presente informe
- b. Se tomen en consideración los argumentos brindados al momento de resolver el caso.

**Proveer de conformidad que,
Será Justicia**

USO OFICIAL

²⁶ En igual sentido, Dictamen Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 5, “Pezo Silva, Erika Paola y otros s/ infracción ley 23.737”, causa N°1 5278/17, Picardi, Franco E, 09/04/2019

²⁷ 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 de Cámara, ante el juzgado Federal de Jujuy n° 2.