



Título: “PERSPECTIVA DE GÉNERO – EQUILIBRIO Y ALTERNATIVAS A LA ABSOLUCIÓN EN DELITOS NARCOTRÁFICO”

Alumno: DIEGO ANDRES RODRIGUEZ

D.N.I.: 22.006.629

Legajo: VABG19160

Carrera: ABOGACIA

Materia: Seminario Final (Modelo de Caso)

Tutora: Dra. ROMINA VITTAR

Fallo comentado: CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL (2021)

Legajo Judicial FSA 12570/2019/10 “M.C.R. s/ Audiencia de sustanciación de impugnación”.

Sumario

I- Presentación del caso. II- Introducción. III- Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y la decisión del tribunal. IV- Análisis de la ratio decidendi. V- Comentarios y análisis crítico del autor. VI- Necesidad de reforma de la ley de drogas. VII- Las mujeres y el acceso a la justicia. VIII- Compromiso del Estado Argentino en la lucha contra el narcotráfico. IX- La tentativa en el transporte de estupefacientes. X- Tenencia en el transporte de estupefacientes. XI- Alternativas a la absolución. XII- Conclusión. XIII- Listado de revisión bibliográfica.

Presentación del caso

La Cámara Federal de Casación Penal, en fecha cinco de marzo del año 2021, absuelve a la Señora M.C.R., acusada por el Señor Fiscal General, del delito de transporte de estupefacientes, previsto y penado por el artículo 5to inciso c) de la Ley 23737 y modificatorias, confirmando la Sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal. En el mismo se advierte que la Cámara Federal, en coincidencia con la primera instancia, funda la absolución en la situación social de la acusada, para lo que tiene en cuenta que la misma se encontraba separada, había sufrido situaciones de violencia, y tenía una hija la cual debía ser intervenida quirúrgicamente a raíz de una deformidad de la mano. Si bien, a lo largo de la sentencia, no se puede observar que las condiciones mencionadas tengan correlación directa con el delito cometido, teniendo en cuenta la cuestión de género se la sobresee, quedando de esta manera el hecho delictivo impune. En la lectura del fallo se pone énfasis en la absolución de la imputada, recurriendo principalmente a la situación de salud de la hija menor, a pesar de haber sido detenida en flagrancia transportando estupefacientes (cocaína) adheridos al cuerpo.

Introducción

Cuando pensamos en la “lucha contra el narcotráfico”, el Estado Nacional a través de todos sus poderes, honrando los compromisos internacionales como la Convención de

las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas¹; debe trabajar en post de salvaguardar el bien jurídico tutelado “Salud Pública”, con herramientas tanto normativas como operativas, acordes y proporcionales a cada “escalón” de las organizaciones criminales, no siendo lo mismo una “mula” como es el caso de M.C.R, que el del jefe de la organización. De esta forma la ley 23737 y modificatorias, tipifica los delitos en materia de narcotráfico, en todos sus niveles, sin perjuicio de necesidad de actualizaciones, como toda norma que cuenta con algunos años.

La absolución dictada por la Cámara Federal de Casación Penal, confirmando lo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, si bien intenta proteger M.C.R. en virtud de su condición, deja sin punir un delito probado, el que ha sido detectado en un control realizado por personal de Gendarmería Nacional, cuando detienen a la causante portando la sustancia estupefaciente.

Así, el caso de estudio, nos hace reflexionar acerca de la necesidad de juzgar los delitos con perspectiva de género, pero teniendo en cuenta que la justicia debe estar comprometida con las políticas criminales y con la sociedad toda, para no dejar impune los hechos delictivos, sino imponer penas justas acordes al hecho cometido.

No deja de ser cierto, que no podemos dejar de lado la asimetría que se da en la cuestión de género (MEDINA, Graciela, 2015. p5) (POYATOS I MATAS, Glória, 2019) y la desproporción en las penas que el legislador determinó para el delito de transporte de estupefacientes, la que en muchos casos se aplica a las llamadas “mulas” (FALCONE, Roberto, 2006, p15). Lamentablemente, así como la sociedad tradicional determina erróneamente funciones asimétricas a las mujeres, la cuestión no es ajena al delito de tráfico de drogas, en donde a las mismas se les asigna el rol de “mula” como podemos observar en la publicación de la DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE JUSTICIA Y LEGISLACIÓN PENAL, 2016),

¹ Aprobada por Ley 24.072 (1992) Honorable Congreso de la Nación Argentina.

sobre Infracción a la ley de drogas y problemáticas asociadas - Análisis de estadísticas carcelarias en Argentina.²

En el mismo orden, existen remedios para poder equilibrar la lucha contra el narcotráfico, no dejando impune el delito, mostrando coordinación y esfuerzo conjunto con las agencias que actúan en la materia, no castigando de manera desproporcionada a las mujeres que por su situación y necesidad, toman el camino de vincularse con la droga como “mulas”, sin perder de vista la perspectiva de género.

Así, y con especial consideración en cuanto a la actuación, a la condición en relación a la “cadena de tráfico”, es decir su actuación como “mula”, y teniendo en cuenta las circunstancias de M.C.R., me pregunto: ¿la Cámara Federal de Casación Penal debió absolver a la imputada?, ¿es posible conciliar la cuestión de género con la lucha contra el narcotráfico?

Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y la decisión del tribunal

Inicia la causa, a raíz de un control efectuado por Gendarmería Nacional, sobre un micro de línea, en la ruta en la localidad de Chalican, Ledesma, provincia de Jujuy, la Sra. M.C.R. fue sorprendida con 998 gramos de lo que resultó ser Cocaína. Durante el juicio el Fiscal intentó probar que la acusada era responsable del delito de transporte de estupefacientes, en infracción al artículo 5to inciso c) de la Ley 23737 y por el otro lado la defensa mantuvo la postura de que M.C.R. había actuado en virtud de un estado de necesidad, dado entre otras cosas por la necesidad de operar a su hija menor a raíz de una malformación en la mano, como así también su condición socio económica (Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, 2019, p.18). Luego del debate, expuestas las distintas posturas, testimonios, evaluación de pruebas, el Tribunal

² Recuperado el 28/06/2021 del sitio web:

<http://www.jus.gob.ar/media/3202712/Infracci%C3%B3n%20a%20la%20ley%20de%20drogas.pdf>

en fecha 28/06/2021.

considerando la difícil situación de M.C.R. y que el delito fue realizado para “evitar un mal mayor”³, es que la encausada es absuelta.

Luego de conocida la sentencia, el Ministerio Público Fiscal interpone audiencia de impugnación ante la Cámara Federal de Casación Penal, integrada en forma colegiada por los doctores Eduardo Rafael Riggi, Liliana Elena Catucci y Juan Carlos Gemignani, resolvió hacer lugar a lo requerido, anulando la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, declarando a M.C.R., autora penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes devolviendo las actuaciones al a quo a los fines de que se lleve a cabo la audiencia de acuerdo a lo previsto en el art. 304 del CPPF.

Así, la Defensoría Oficial N°1 impugnó la decisión anterior, integrándose por sorteo nuevamente la Cámara Federal de Casación Penal en forma colegiada esta vez por los doctores Guillermo J. Yacobucci, Alejandro W. Slokar y Carlos A. Mahiques, y en esta ocasión resulta sorteada a los fines de que conozca en forma unipersonal la doctora Ángela Ester Ledesma, que firma la sentencia en estudio, la que resulta el rechazo de la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal y en la absolución de la Sra. M.C.R., respecto del delito de transporte de estupefacientes, confirmando así el fallo del Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy.

Análisis de la ratio decidendi

La doctora Ángela Ester Ledesma, en primer término inicia en el punto V del fallo en estudio el análisis del fondo de la causa, dejando en primer término aclarado que incorpora el Amicus Curiae integrada por la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, y que la misma se ocupa de trabajar en pos de las mujeres que se encuentran en conflicto con la legislación penal.

³ Artículo 34 Inciso 3). Ley 11179 (TO 1984). Código Penal Argentino. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Luego hace un análisis del procedimiento realizado por personal de Gendarmería Nacional, en el cual se detecta a través de la requisita autorizada por el Fiscal y Juzgado intervinientes, y practicada a la Sra. M.C.R., la que viajaba con una menor en un micro de línea con destino a Córdoba, que portaba adosado a su abdomen, lo que resultó un paquete con 998 gramos de cocaína de acuerdo a los test y reactivos realizados por la prevención. Situación que el Juez del Tribunal Oral da por probada, pero entendiendo que la misma fue realizada por encontrarse la causante ante un estado de necesidad, absolviendo así a la causante, situación que fuera cuestionada por el Ministerio Público Fiscal, quien consideró que el estado de necesidad no se encontraba probado y que la decisión se basó en apreciaciones del juez.

Respecto a ello la doctora Ledesma consideró que el Tribunal Oral valoró correctamente los hechos que liberan de responsabilidad a M.C.R. del delito de transporte de estupefacientes. Ello lo funda en las condiciones de vida, necesidades económicas, en la especial vulnerabilidad como mujer en un ambiente de violencia de género, más allá de lo predispuesto en la letra del art. 43 inc. 3 del Código Penal, teniendo en cuenta los tratados internacionales de Derechos Humanos que forman parte de nuestra Constitución Nacional. También hizo mención que M.C.R. es la única fuente de sostén económico de ella misma y de sus hijos, que no poseía cobertura médica alguna y que la hija menor, de dos años de edad, se debía someter a una cirugía por la malformación que sufría en la mano izquierda, lo que la perturbaba psicológicamente, sin contar que estuvo sometida a una situación de violencia física y psicológica por parte de su pareja, con la que ya no convivía.

La magistrada se ocupa de rebatir, abordar y dar respuesta, sosteniendo la perspectiva de género, a los agravios del Ministerio Público Fiscal, dejando en claro que el análisis lo realiza a la luz de que la evolución del modelo de sociedad hace variar los causales de justificación.

En este orden, detalla la situación angustiante de M.C.R. en relación a las situaciones de violencia vivenciadas con anterioridad, a las penurias económicas, y en detalle también en cuanto a la necesidad de tratamiento, traslados, entre otros necesarios para llevar adelante la operación de la menor, cuyos montos eran inalcanzables en virtud de

los trabajos precarios que realizaba la causante, mencionándose entre otros el de “bagallera”, cuya definición es “contrabandista” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2020, Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario. Consultado en: <https://dle.rae.es/>, 19/06/2021).⁴

Asimismo y previo a la resolución la doctora Ledesma deja constancia de su coincidencia con (CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL, 2021), que

“...los argumentos expuestos en el Amicus Curiae por los defensores públicos Julieta Di Corleto y Gabriel Ignacio Anitua, cotitulares de la Comisión sobre temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, que razonablemente ponen foco en los condicionamientos por género, pobreza y violencia que afectaron a Maribel Rodríguez, y condicionaron sus posibilidades de actuar conforme a derecho.”...(p.29)

Comentarios y análisis crítico del autor

En la sentencia dictada en el marco de la audiencia de sustanciación de impugnación por la Cámara Federal de Casación Penal, relacionada con la causa que tuviera su origen en el Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, iniciada con la detención de una mujer cuyas iniciales son M.C.R., llevando consigo 998 gramos de cocaína, cuando viajaba junto a su hija en un micro de línea, pudimos observar que se confirma el fallo de primera instancia absolviendo a la causante del delito de transporte de estupefacientes, en virtud de que la Jueza Ledesma tomó en consideración la situación de la imputada, a raíz de haber sido víctima de violencia de género, lo que sumado a la condición socio económica y la necesidad de que su hija fuera intervenida quirúrgicamente, llevó a la magistrada a establecer que la causante cometía un delito para evitar un mal mayor según lo establecido en el artículo 34 inciso 3) del Código Penal.

⁴ Contexto este que justificaría el estado de necesidad mencionado.

Quedó demostrado a lo largo de la sentencia que con la comisión del delito, el dinero prometido a la causante por el transporte de la droga no era ni suficiente, ni se probó que el mismo iba a ser efectivamente utilizado siquiera para la operación de la hija, según consta en el debate.

Considerando por un lado la cuestión de extrema vulnerabilidad de M.C.R. y por el otro la pena, por cierto no excarcelable, que le hubiese correspondido en caso de haber resultado culpable del delito de “transporte de estupefacientes” en los términos del artículo 5 inciso c) de la ley 23737, es que resulta necesario conciliar ambos extremos, es decir, por un lado considerar la situación de causante, sin perder de vista la comisión del delito.

No podemos olvidar que el caso trata de una “mula”, la que no tiene dominio ni participación en el negocio del narcotráfico, su única finalidad es sobrevivir, y ganar un extra en dinero que de otra forma y en sus condiciones no podría, y que a su vez no le alcanzaría para solucionar sus problemas, lo que nos lleva a pensar que en caso de no haber sido detenida podría eventualmente entrado en un círculo vicioso, y hacer de este tipo de delitos una profesión habitual, cuestión esta que ya venía sucediendo, dedicándose de manera no regular al contrabando (*entendiéndose que la tarea del/la bagayero/a es pasar las fronteras con cualquier clase de mercaderías puede ser ropa, droga, dinero, armas, etc*), (el resaltado es propio), según consta en la sentencia, de la misma manera que en el caso de no tener consecuencias su detención.

Cierto es, que las organizaciones criminales utilizan personas vulnerables para incorporarlas como mulas, las que son consideradas “descartables” ya que su detención no tiene consecuencias para la misma, sólo implica la pérdida de una pequeña cantidad de droga. No por ello la conducta de la mula debe quedar impune, pero las consecuencias no deben ser las mismas que para los integrantes de la organización.

Nunca debemos dejar de tener en cuenta la protección de los derechos de la mujer y la asimetría de género, siendo estos mandatos constitucionales de carácter irrenunciable. Pero debemos tener en cuenta que no implican la absolución de los delitos, sino el juzgamiento con perspectiva de género, teniendo consideración de la situación y

condición de mujer, especialmente en los casos de alta vulnerabilidad, como el de M.C.R.

Tampoco debemos dejar de lado los compromisos asumidos por el Estado en la lucha contra las drogas ilícitas, por lo que se hace necesario que la justicia trabaje de manera mancomunada con el resto de las instituciones para cumplir con los mismos.

Por ello, vemos dos posibles soluciones que podrían haber sido aplicadas al caso de MCR, considerando su condición, pero no dejando impune el delito cometido. Una de ellas es la de considerar la tentativa en el delito de transporte de estupefacientes y la otra es la recalificación a tenencia de estupefacientes, ambas con penas menores y con posibilidad de ejecución condicional.

Necesidad de reforma de la ley de drogas

La antigüedad de la ley de estupefacientes, la que cumplió 30 años en el 2020, con sus penas extremas y de escasa flexibilidad, respondían al modelo de lucha contra el narcotráfico de los años 90', necesita ser reformada teniendo en cuenta las nuevas modalidades de tráfico y la protección de las víctimas de las organizaciones delictivas, tal lo planteado por el Ministerio Público de la Defensa de la Nación (MPD) ante la Comisión de Seguridad Interior y Narcotráfico, del Senado de la Nación, en el marco de la video conferencia que se realizó en ocasión del aniversario de la ley 23737. Allí la Dra. Stella Maris Martínez, afirmó: "...la necesidad de que se incluya en la ley de drogas una cláusula de exención de la responsabilidad penal para los casos en que se determine que quien transporta estupefacientes -sobre todo el transporte que realizan las llamadas "mulas"- ha sido víctima del delito de trata de personas."(MPD, 2020). Sin perjuicio de que el caso de MCR no está relacionado con la trata de personas", vemos que es el espíritu del MPD, según lo expuesto en la Comisión del Senado, que sólo en casos extremos haya una cláusula de exención de responsabilidad penal. En esa línea, podría considerarse una baja en la penalidad en el delito de transporte de estupefacientes cuando se trate de "mulas".

Las mujeres y el acceso a la justicia

La República Argentina ha adherido a la Recomendación General N° 33 de la CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015), la cual ha sido mencionada en el fallo, instrumento que en su punto 49 dice que:

“Las mujeres también resultan desproporcionadamente penalizadas debido a su situación o condición, por ejemplo las mujeres que practican la prostitución, las mujeres migrantes acusadas de adulterio, las lesbianas, las bisexuales, las personas intersexuales y las mujeres que se someten a abortos o las mujeres que pertenecen a otros grupos que hacen frente a discriminación.” (p.21).

De allí podemos extraer que se habla de desproporcionalidad de las penas a las que son sometidas las mujeres en orden a su situación de vulnerabilidad, pero no dice que no deben ser condenadas, o absueltas por el delito cometido como en este caso, sino que las penas no deben ser excesivas y considerar la condición de mujer, entendiendo que se debe realizar con una clara visión de género.

Podemos destacar la labor de la Justicia de Salta, en la que se tiene en cuenta la vulnerabilidad de la causante sin dejar de punir el delito, a través de la sentencia de la jueza de Revisión Mariana Catalano, en la causa en la que “...se acordó un juicio abreviado para una mujer adicta que fue utilizada como mula en virtud de su condición. Se acordó con la defensa una pena de 2 años y 6 meses de prisión en suspenso, más la aplicación de reglas de conducta, entre las cuales se encuentran la prohibición de no consumir drogas ni alcohol, como seguir adelante con el tratamiento de rehabilitación.” En este caso la causante además se encontraba en situación de calle, dado que su propia familia no le daba asilo. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (29 de marzo 2021). Fiscales.gob.ar. Las noticias del MPF. Recuperado el 25/06/2021 de: <https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/salta-acuerdan-un-juicio-abreviado-para-una-mujer-adicta-utilizada-para-el-transporte-de-droga-y-destacan-su-recuperacion/>

Por otro lado Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) dice que los Estados partes están obligados 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 delictivos⁵. De allí la importancia de cumplir con los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina en materia de protección a las mujeres que son acusadas de delitos.

Asimismo un estudio realizado por la Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal sobre la Infracción a la ley de drogas y problemáticas asociadas (2016), menciona que: “Tradicionalmente, el rol de las mujeres en el tráfico de drogas es sindicado como el de “mula”, aludiendo a que exponen su cuerpo para el transporte de las sustancias. Generalmente, este es el modo de obtener una forma de subsistencia en poblaciones de alta vulnerabilidad social. Se trata de enlaces prescindibles e intercambiables en los dispositivos de venta de drogas, no representan piezas significativas y son fácilmente captadas por las fuerzas de seguridad.” (p.7).

Compromiso del Estado Argentino en la lucha contra el narcotráfico

En relación a la tipificación y penalización de los delitos relacionados con estupefacientes, sin perjuicio de haberse señalado la necesidad de reforma de la Ley 23737 (Ley federal de Estupefacientes, 1989), no es menos cierto que nuestro país asumió compromisos internacionales al respecto.

Así, en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancia Sicotrópicas, el Estado Nacional se obliga de acuerdo al artículo tercero a que “...1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan

⁵ Artículos 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979)

intencionalmente: a) i) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, el envío, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de cualquier estupefaciente o sustancia sicotrópica de acuerdo a lo dispuesto en la Convención de 1961 en su forma enmendada o en el Convenio de 1971.”⁶

Es claro que nuestro país, a través de los órganos del Estado, jugando el Poder Judicial un rol fundamental, se compromete con la sociedad, como con la comunidad internacional en materia de narcotráfico y que la Convención menciona específicamente el delito de transporte de estupefacientes, aunque nada dice que las penas del mismo no tengan que ser graduadas considerando la situación del autor del mismo, así en ninguna parte del texto del instrumento internacional, habla de absolver o de que los delitos queden impunes.

La tentativa en el transporte de estupefacientes

Una de las soluciones propuestas es la de considerar la tentativa⁷ de transporte de estupefacientes⁸, teniendo en cuenta la reducción de la pena de acuerdo a lo normado por el Código Penal de la Nación.

La jurisprudencia no es pacífica en esta cuestión, mientras existen fallos tales como el de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, FRE 2987/2015/TO2/CFC2 “J., H. R. s/recurso de casación” del 15/8/19, que se inclina por considerar que en el delito de

⁶ Artículo 3. Ley 24072 (Marzo 1992). Convenio de la Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁷ Artículos 42 a 44. Ley 11179 (TO 1984). Código Penal Argentino. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁸ Artículo 5 Inciso c). Ley 23737 (1989). Ley Federal de Estupefacientes. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

transporte de estupefacientes la tentativa puede considerarse sólo si la misma no ha comenzado, más si se ha iniciado la ejecución el delito se tiene por consumado, no habiendo la sustancia llegado a su destino.

Así las cosas, adhiero a la postura de la posibilidad de la tentativa, la que podemos fundar, por ejemplo en el fallo del TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE FORMOSA FRE 3086/2020/TO1 N° 569 - En la ciudad de Formosa, capital de la provincia del mismo nombre, a los trece días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021), integro con sus fundamentos la sentencia en la causa FRE 3086/2020/TO1, caratulados “Centurión Caballero, Derlis Rolando s/ infracción a ley 23.737 (art. 5 inc. c)”, en donde se condena al imputado por el delito de transporte de estupefacientes en grado de tentativa, como en el voto de la Señora Jueza Dra. Ángela Ester Ledesma, en la sentencia de la Cámara Nacional de Casación Penal Causa Nro. 10.401 -Sala III- “LEGUIZAMON, José Luis s/recurso de casación”, en el que menciona que en este caso, el delito de transporte de estupefacientes fue interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, motivo por el cual no alcanzó la consumación.

En esta línea de pensamiento sostengo que el delito de transporte de estupefacientes, puede ser pasible de ver disminuida su pena cuando quede en grado de tentativa, como en el caso de MCR, al ser frustrado por el control del personal de la Fuerza de Seguridad actuante.

Tenencia en el transporte de estupefacientes

La otra solución propuesta para penar la conducta de MCR, respondiendo al compromiso del Estado en materia de narcotráfico y conciliando la cuestión de género, sin necesidad de la pena no excarcelable que corresponde al delito de transporte de estupefacientes⁹, aunque también podría haberse aplicado la detención domiciliaria¹⁰, tal sería el cambio de calificación legal por el de tenencia de estupefacientes, con una

⁹ Artículo 5 inciso c). Ley 23737 (1989) Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁰ Artículo 32 inciso f). Ley 24.660 (1996) Honorable Congreso de la Nación Argentina.

pena excarcelable o con posibilidad de ejecución condicional, utilizando la doctrina del “ánimo de tráfico” (FICHTER y LOREA BONETE, 2021).

La mencionada doctrina parte de la cuestión de la necesidad de contar con elementos objetivos y subjetivos que prueben que el transporte de estupefacientes realizado por el sujeto tiene como finalidad participar en la cadena de comercialización y distribución de la sustancia, afectando directamente el bien jurídico tutelado “Salud Pública”, así coincido con y en los dicho por los doctores Fichter, Lautaro y Lorea Bonete, Francisco Gustavo (2021) que:

“...frente a la ausencia de elementos objetivos o subjetivos que acrediten el ánimo de tráfico del autor, que se recurra a la figura residual contenida en el art. 14, primer párrafo, de la Ley N° 23.737 -o, en su caso, al art. 14, segundo párrafo-, pues todo transporte implicará, indefectiblemente, una tenencia de estupefacientes.” (p.7).

En la obra del Dr. FALCONE, Roberto A. (2006), encontramos que en su capítulo referido al Transporte de Estupefacientes, hace referencia a una sentencia de fecha 3 de noviembre de 1999, del Tribunal Oral Federal de Mar del Plata, en el voto del mismo Dr. Falcone, que:

“El transporte de sustancias estupefacientes requiere de un elemento dinámico o propagador que apunta a convertir al transportista en un engranaje del tráfico ilícito de estupefacientes. No basta con que alguien traslade de un lugar a otro droga para atribuirle dicha conducta; menos aún en el sub-judice, en tanto el encausado fue sorprendido accidentalmente en posesión de sustancia estupefaciente, pero nada indica que su accionar sea un tramo incardinado en una operación de tráfico, ni que le corresponda a Rojas como engranaje de él, proveer de drogas al traficante. Si así fuera prácticamente desaparecería la tenencia de estupefacientes cuando el enervante se secuestra del interior de un automóvil en marcha.” (p.16)

Ante las dos posturas doctrinarias mencionadas, se infiere que en el delito de transporte de estupefacientes, cuando el autor o autora del mismo, no integra la cadena de tráfico,

es decir no es parte de la organización criminal, sino un instrumento utilizado por la misma, como en el caso de MCR, quien oficiaba de “mula”, la conducta podría haber sido penada como tenencia de estupefacientes, con una pena notablemente inferior, teniendo en cuenta la cuestión de género y la situación de vulnerabilidad de la imputada.

Alternativas a la absolución

Podemos observar los dos caminos posibles o alternativas, para no dejar impune el delito, teniendo en cuenta la cuestión de género, ya sea considerar la tentativa en el transporte de estupefacientes o el cambio de calificación legal al delito de tenencia de estupefacientes. En cuanto a la posibilidad de cambio de calificación legal, para considerar la tenencia de estupefacientes, el momento correcto para su trámite fue en la sentencia de primera instancia, en caso de que hubiese sido objeto del debate, y considerando que ello era en beneficio de la imputada.¹¹ De la sentencia (TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE JUJUY, 2019, Carpeta Judicial N° FSA 12570/2019/4 caratulada: “M.C.R. S/INFRACCION LEY 23.7372”), surge que no se tuvo en consideración la posibilidad cambio de carátula por Tenencia de Estupefacientes, ni consideró Tentativa de Transporte de Estupefacientes, siendo su decisión absolver a MCR.

En cuanto a la consideración de la tentativa, en el delito de transporte de estupefacientes, podemos observar que en ningún momento fue considerado por la Cámara Federal de Casación Penal, sin perjuicio de que la misma entiende, únicamente en los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión interpuestos contra la sentencia y resoluciones dictadas por los Tribunales Orales en lo Criminal Federal¹².

Así, en el fallo en estudio, la Cámara Federal de Casación Penal ante el primer recurso de impugnación interpuesto por el Señor Fiscal, menciona que el 19 de diciembre de 2019 (CFCP, 2021, p.2, párr. 3) hizo lugar a la misma, condenando a MCR como autora penalmente responsable por el delito de transporte de estupefacientes devolviendo la actuación al tribunal de origen para la audiencia de determinación de pena¹³, sin mencionar si se consideró la cuestión de género en esta instancia, momento que habría

¹¹ Artículo 307. Ley 27063 (TO 2019) Código Procesal Penal Federal. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹² Artículo 3. Ley 26371 (2008) Ley de Creación de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹³ Artículo 304. Ley 27063 (TO 2019) Código Procesal Penal Federal. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

sido oportuno para que el a quo, pudiera aplicar reducir la pena considerando la tentativa, dado que no se hubiese violentado el principio de congruencia (MOSCATO DE SANTAMARÍA, CLAUDIA B. ,1997) . Adelante en el fallo analizado, luego de que la Defensa impugne la decisión, es que vuelve a tomar intervención la Cámara, anulando en definitiva la sentencia del 19 de diciembre del 2019, y absolviendo a MCR por el delito. Allí la Cámara, de haber nuevamente confirmado la sentencia condenatoria, devolviéndola al Tribunal de origen, tuvo la oportunidad para promover la aplicación por parte del Tribunal inferior de la tentativa¹⁴, no modificando así la base fáctica del delito imputado, con la posibilidad de que el a quo imponga en la nueva audiencia una pena menor a la del delito consumado, de ejecución condicional.¹⁵

CONCLUSIÓN

En ese orden, y contrario a la postura tanto de la Cámara, como del Tribunal Oral, sobre la absolución del delito de transporte de estupefacientes, en el caso que nos ocupa, es que en base a la doctrina del “ánimo de tráfico” (FICHTER y LOREA BONETE, 2021), toda vez que considero que no está probado, ni mencionado en la causa, que M.C.R. tuviera como objetivo posterior distribución de la sustancia, ni forme parte del negocio del comercio ilegal de drogas, como así también en distintos fallos que sientan precedentes en el sentido del cambio de calificación legal y/o en los que se acuerda una pena menor en mujeres incluso en situaciones de vulnerabilidad, que podrían considerarse mucho más graves que la de la causante, es que existen remedios para juzgar con perspectiva de género, no dejando de lado la importancia de la lucha contra el tráfico de drogas ilegales, con la posibilidad de condenar en casos como el que nos ocupa con penas no tan severas como la que le hubiese correspondido por el delito de

¹⁴ Artículos 42 a 44. Ley 11179 (TO 1984). Código Penal Argentino. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

¹⁵ Artículos 26 a 28. Ley 11179 (TO 1984). Código Penal Argentino. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

transporte de estupefacientes. Así, el cambio de calificación legal de transporte de estupefacientes a tenencia de estupefacientes, o considerar la tentativa en el delito, hubiese permitido por un lado no faltar al compromiso de la lucha contra el tráfico de drogas ilícitas y por el otro, también permitía que la pena sea acorde tanto a las circunstancias, como a las condiciones de M.C.R., de cumplimiento condicional, quedando de esta manera la cuestión juzgada con perspectiva de género.

Listado de revisión bibliográfica

Doctrina

FALCONE, Roberto A. (2006) La tenencia de estupefacientes en el Derecho Penal argentino Delitos de tráfico de drogas que se desfederalizan (ley 26052). La Ley Online. LALEY AR/DOC/8837/2012 Descargado de: <https://informacionlegal-com-ar.ebook.21.edu.ar/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000017a0206a7bb2b7cb50f&docguid=i216629F59016B99ECAFC5748A9F5777B&hitguid=i216629F59016B99ECAFC5748A9F5777B&tocguid=&spos=12&epos=12&td=26&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=21&crumb-action=append&#FN339>

FICHTER, Lautaro y LOREA BONETE, Francisco Gustavo. (2021) Ánimo de tráfico. Delimitación del elemento subjetivo implícito en el transporte de estupefacientes Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal - Número 29. Descargado de: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=7fbb2ab447d5fcdec0066400815ea639>

MEDINA, Graciela (Septiembre – 2018). “Juzgar con perspectiva de Género” Y ¿Cómo Juzgar con Perspectiva de Género? Descargado el 24/04/2021, de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf>

MOSCATO DE SANTAMARÍA, CLAUDIA B. (12 de septiembre de 1997) “El principio de congruencia en el ordenamiento procesal penal de la Nación”. REVISTA LA LEY. Pág. 1. LA LEY S.A.E. e I.Id SAIJ: DACA980117. Descargado de: http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca980117-moscato_de_santamaria-principio_congruencia_en_ordenamiento.htm?bsrc=ci

POYATOS I MATAS, Glória (2019) “Juzgar con perspectiva de Género: Una Metodología vinculante de Justicia Equitativa – Judging with Gender Perspective: A Binding Equitable Justice Methodology”. IQUAL. REVISTA DE GÉNERO E IGUALDAD, 2019, 2,1-21 ISSN. 2603-851X DOI. <https://revistas.um.es/iqual/article/download/341501/257391>

Legislación

Normativa Internacional

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW 1979). OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Aprobada por LEY N° 23179. Sancionada: Mayo 8 de 1985 y Promulgada: Mayo 27 de 1985. Recuperada de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS (1988). Aprobada por Ley N°24072 en el año 1992. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Descargada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/471/norma.htm>

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general número 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015). Descargado de: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/33&Lang=en

Normativa Nacional

Ley 11179 (TO 1984). Código Penal Argentino. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Ley 23737 (1989). Ley Federal de Estupefacientes. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>

Ley 24.660 (1996) Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>

Ley 26371 (2008). Ley de Creación de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141075/norma.htm>

Ley 27063 (TO 2019) Código Procesal Penal Federal. Honorable Congreso de la Nación Argentina. Recuperada de: <http://www.saij.gob.ar/27063-nacional-codigo-procesal-penal-federal-to-2019-Ins0006496-2019-02-07/123456789-0abc-defg-g69-46000scanyel>

Jurisprudencia

LEGUIZAMON, José Luis s/recurso de casación. (03 de julio de 2009). Cámara Nacional de Casación Penal. Sala Tercera. Causa N° 10.401. Descargado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-leguizamon-jose-luis-recurso-casacion-fa09261375-2009-07-03/123456789-573-1629-0ots-eupmocsollaf>

J., D. A. - D., S. S. S/Infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c). Sentencia N° 454. Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Formosa (2019). Descargado de: <https://www.erreius.com/Jurisprudencia/documento/20190925081849397/transporte-de-estupefacientes-comercializacion-drogas-juicio-abreviado-tentativa>

J., H. R. s/recurso de casación. (15 de agosto de 2019) .Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, FRE 2987/2015/TO2/CFC2 “. Descargado de: <https://derechopenalonline.com/transporte-de-estupefacientes-determinacion-de-la-pena-de-multa-constitucionalidad-de-la-reincidencia/>

Centurión Caballero, Derlis Rolando s/ infracción a ley 23.737 art. 5 inc. c). (13 de abril de 2021) TRIBUNAL ORAL FEDERAL DE FORMOSA FRE 3086/2020/TO1 N° 569. Descargado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiGsPKpzsxnxAhUsrcUCHemfCogQFjAAegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fwww.cij.gov.ar%2Fm%2Fd%2Fsentencia-SGU-cc899d61-e960-4222-83b7-1c89fbb92d96.pdf&usg=AOvVaw05JVnR9k6er9eJkX1liJAh>

Publicaciones

DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE JUSTICIA Y LEGISLACIÓN PENAL. (2016) Infracción a la ley de drogas y problemáticas asociadas Análisis de estadísticas carcelarias en Argentina Recuperado de: <http://www.jus.gob.ar/media/3202712/Infracci%C3%B3n%20a%20la%20ley%20de%20drogas.pdf>

MINISTERIO PÚBLICO PARA LA DEFENSA, REPÚBLICA ARGENTINA, (Septiembre 2020). Noticias. El MPD planteó ante el Senado la necesidad de la reforma de la ley de drogas. Descargado de: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/5175-el-mpd-planteo-ante-el-senado-la-necesidad-de-la-reforma-de-la-ley-de-drogas>

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (29 de marzo 2021). Salta: acuerdan un juicio abreviado para una mujer adicta utilizada para el transporte de droga y destacan su recuperación. Fiscales.gob.ar. Las noticias del MPF. Descargado de: <https://www.fiscales.gob.ar/narcocriminalidad/salta-acuerdan-un-juicio-abreviado-para-una-mujer-adicta-utilizada-para-el-transporte-de-droga-y-destacan-su-recuperacion/>

Fallo (Caso de estudio)

CÁMARA FEDERAL DE CASACIÓN PENAL (2021) Legajo Judicial FSA 12570/2019/10 “M.C.R. s/Audiencia de sustanciación de impugnación”. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/fallos88972.pdf>

Fallo de origen

TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE JUJUY (2019) Carpeta Judicial N° FSA 12570/2019/4 caratulada: “M.C.R. S/INFRACCION LEY 23.7372”. Recuperado: [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rodr%C3%ADguez%20\(causa%20N%C2%B0%2012570\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rodr%C3%ADguez%20(causa%20N%C2%B0%2012570).pdf)