

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN



MODELO DE CASO SOBRE EL TEMA:

Grupos vulnerables en contexto de vulnerabilidad

Cámara Federal de Casación Penal (2023). “R., B. A. s/Audiencia de sustanciación de impugnación”, del 05/04/2023.

Mujeres en condición de vulnerabilidad acusadas por transporte de estupefacientes: la necesidad de un nuevo análisis.

[Fallo CFCP - REG 21-2023.pdf](#)

Carrera: Abogacía

Autora: Carolina Sappia Dussaut

Legajo: VABG89414

DNI: 25.683.040

Tutor: Magister Carlos Gabriel González

Fecha de entrega: 30/06/2024

SUMARIO: I. Introducción – II. Premisa fáctica e historia procesal – III. Fundamentos del Tribunal – IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales – IV. a. Perforación del mínimo de la pena – IV. b. El estado de necesidad – IV. c. La trata de personas – V. Postura de la autora – VI. Conclusión – VII. Referencias.

I. Introducción

En el presente trabajo se analizarán los principios que deben regir en la solución de casos penales, cuando los sujetos que entran en conflicto con la ley federal de estupefacientes resultan ser titulares de especial protección por pertenecer a *grupos vulnerables en contexto de vulnerabilidad*, conforme lo imponen los diversos compromisos asumidos por nuestro país en materia de protección de los *Derechos Humanos*, y cómo esto debe analizarse a la luz de los acuerdos internacionales celebrados en materia de narcotráfico. Importan especialmente, por sus características específicas, aquellos casos de traslado de estupefacientes en los que la condición de vulnerabilidad resulta determinante de la infracción penal.

Para ello, habrá de tenerse en cuenta que una persona o un grupo de personas se encuentra/n en condición de *vulnerabilidad* cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a una situación que los coloque en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por diversas circunstancias, lo que no le permite ejercitar con plenitud sus derechos. La determinación concreta de las personas en condición de vulnerabilidad va a depender de las características específicas de cada país, pero en general se encuentra dado por: 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 (Reglas de Brasilia, 2008, cap. 1; a las que adhirió la CSJN por Acordada 5/2009). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] (2005), en el caso “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia, ya había expresado concretamente que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad (Sentencia Serie C N° 134, párrafo 175).

Para analizar el tema, se ha elegido el fallo dictado por la Cámara Federal de Casación Penal [CFCP] en los autos “R., B. A. s/Audiencia de sustanciación de impugnación”, de fecha 05/04/2023. Se trata de un caso de comercio de estupefacientes en la modalidad de transporte, en el que se encuentra acusada una mujer en condición de extrema vulnerabilidad generada por una superposición de varias causales, tales como su

género, corta edad, ser madre soltera, con educación casi nula, extrema pobreza y por haber sido víctima de abusos y otras violencias desde muy pequeña.

El problema jurídico principal del fallo se centra en el conflicto axiológico que se manifiesta en torno a la disyuntiva de aplicar una sanción penal en miras a la protección del bien jurídico *salud pública* o bien decretar la absolución de la acusada en atención a las particulares circunstancias que rodearon los hechos, a la luz de los principios de *igualdad, no discriminación, respeto de la dignidad humana* consagrados en diferentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

Esto es lo que Alchourrón y Bulygin intentan aprehender con el concepto de laguna axiológica, que se produce cuando: “pese a la existencia en el sistema jurídico de una solución para cierto caso, esta es considerada axiológicamente inadecuada debido a que la autoridad normativa no ha tomado como relevante cierta distinción que debería haber sido tomada en cuenta” (Rodríguez, 1999, p. 349).

El fallo elegido resulta relevante en materia penal, por cuanto orienta al operador judicial en el tratamiento que debiera darse a los casos en que se vea involucrada una persona en situación de extrema vulnerabilidad. El análisis efectuado y los lineamientos planteados incitan a profundizar la investigación en torno a las circunstancias concomitantes al hecho que pudieran haber incidido en forma directa en la conducta de la persona acusada, para luego realizar un exhaustivo estudio de los principios que rigen en el caso y, recién ahí, verificar la aplicabilidad de una pena, posibles atenuantes o incluso la absolución. Sobre esto último, además, sienta un precedente importante sobre la aplicabilidad del *estado de necesidad disculpante* (art. 34 inc. 2 del Código Penal).

II. Premisa fáctica e historia procesal

En el mes de julio del año 2022, B.A.R. fue detenida mientras trasladaba un kilo de cocaína con un alto grado de pureza en un remis, dentro de la cartera que portaba. Ello ocurrió dentro del territorio nacional y fue advertido en un operativo de prevención efectuado por la Gendarmería Nacional en la provincia de Salta.

B.A.R. era una mujer joven, de veintiún años, con estudios primarios inconclusos, a cargo de un hogar monoparental compuesto por ella y sus tres hijos (uno de tres años y mellizos de siete años), con quienes convivía en una vivienda de condiciones muy precarias, que consistía en una única habitación con techo de chapa, sin servicios de luz, agua potable, cloacas o instalaciones de baño. Ella era el único sustento económico del

hogar, no contó en su vida con trabajo formal alguno, ni tuvo familia extensa u otras redes de apoyo o contención.

Desde sus ocho/nueve años sufrió diferentes ataques sexuales por parte de familiares. Fue expulsada de su hogar a temprana edad y a sus doce años se le impuso convivir con un hombre mucho mayor que ella, de quien recibía golpes y era forzada a tener relaciones sexuales. Quedó embarazada a los trece años de su primer hijo (de otra pareja), y luego fue abandonada. Regresó a vivir con su mamá, quien para ese entonces estaba enferma de cáncer y HIV. Estuvo en situación de calle y ejerció la prostitución como medio de subsistencia. A sus dieciocho años nacieron sus hijos menores producto de una relación que duró cinco años y de la que también resultó víctima de violencia de género (la última denuncia fue a solo cuatro meses del hecho que motivó la condena).

En orden al hecho por el que fue acusada, con fecha 25/11/22, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta Nro. 1, integrado en forma unipersonal por la señora jueza Marta Liliana Snopek, la condenó a la pena de tres años de prisión de ejecución en suspenso y al pago de una multa mínima, por considerarla penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en carácter de autora, conforme a los artículos 45 del CP y 5to., inciso C, de la ley 23.737.

Ya en esta etapa la jueza valoró con perspectiva de género las especiales circunstancias de vida de B.A.R., destacó su vulnerabilidad y la tomó en cuenta al graduar la pena, perforando el mínimo legal de la escala penal prevista para ese delito, con el propósito de brindarle, en su condición de madre soltera, la oportunidad de rehacer su vida junto a sus hijos. Dicha decisión, además, fue aceptada por el Ministerio Público Fiscal, quien no expresó agravios.

Sin embargo, la sentencia fue impugnada por la defensora pública a cargo representante de B.A.R., Dra. María Julieta Loutaif, quien expresó que cuanto menos se produjo un incorrecto análisis y valoración de las circunstancias del caso, lo que derivó en una resolución condenatoria con una insuficiente motivación. Alegó que la vulnerabilidad de B.A.R. y sus hijos no fue momentánea, sino que se trató de un cúmulo de situaciones que la llevaron a actuar como lo hizo y a considerar que para construir un baño en su domicilio y cubrir las necesidades básicas y esenciales de ella y de sus hijos no tenía más alternativas que transportar el material estupefaciente, lo que contextualizó como un *estado de necesidad justificante* (art. 34 inc. 3 del CP), correspondiendo su absolución.

El 1/3/23 se llevó a cabo la audiencia de sustanciación (art. 362 del CPPF), oportunidad en la que el Dr. Raúl Omar Pleé, en representación del Ministerio Público Fiscal, rebatió los argumentos de su contraria señalando que no se trató de un hecho aislado, sino que dicho transporte resultó un elemento más para la manutención de la acusada y de sus hijos, y que sus necesidades básicas insatisfechas no implican que pueda ser exculpada indicando que existía un mal inminente cuando no lo había; por lo que solicitó se rechace la impugnación.

Finalmente, con fecha 5/4/23, la Cámara Federal de Casación Penal, integrada en forma unipersonal por el señor juez Dr. Diego G. Barroetaveña, resolvió hacer lugar a la impugnación deducida en favor de B.A.R. y absolverla en orden al hecho por el que fuera acusada, aunque por razones diversas a las invocadas por la recurrente. Entendió que los condicionantes de vida de B.A.R. la colocaron en una situación equivalente al *estado de necesidad disculpante* (art 34 inc. 2 del CP), en el que se torna inexigible una conducta conforme a derecho.

III. Fundamentos del Tribunal

Para fallar de esa manera, el Dr. Barroetaveña valoró, en primer término, los principios rectores que deben observarse para un correcto análisis de la situación, atento al contexto de vulnerabilidad que acompañó la trayectoria de vida de B.A.R., en cumplimiento de los deberes asumidos con el sistema de protección de derechos humanos consagrados en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art. 75, inc. 22, CN; CFPP, “R., B. A.” (2023), fallo 9861/2022/9, Cons. IV).

Luego, con el objeto de establecer la procedencia de la causa de justificación alegada por la defensa, analizó los bienes jurídicos en juego. Destacó, por un lado, la importancia de la *salud de los hijos* de la imputada (en particular, su afectación por la falta de acceso al agua potable e instalaciones sanitarias) y, por otro, la *salud pública* como bien jurídico afectado por el transporte de estupefacientes que sustenta la base fáctica del caso, con todos los males que esa conducta genera en la población en general y, especialmente, en la salud y desarrollo de los *jóvenes y niños* que tienen acceso a temprana edad a sustancias tóxicas. Por este motivo, coincidió con el análisis dogmático del estado de necesidad justificante realizado por la jueza del tribunal oral, en cuanto a que no puede observarse que el accionar de B.A.R. haya obedecido a evitar *un mal mayor e inminente*, en los términos y con el alcance que requiere la norma (Cons. V).

Es en este punto donde radica la dificultad del caso, pues se advierte que, dado el escenario planteado, se torna axiológicamente inadecuado su encuadre jurídico en la causal de justificación prevista en el inciso 3 del art 34 del CP, pero también en las previsiones del art. 5to., inc. c, de la ley 23.737, que reprime el comercio de estupefacientes. Es que, si bien el hecho probado resultó antijurídico -por cuanto no puede afirmarse que se haya intentado repeler un mal mayor inminente-, existieron factores vinculados a las condiciones de vida de B.A.R. que incidieron en su propia subjetividad y autoriza la aplicación de una respuesta desincriminante, en protección de sus derechos y los de sus hijos.

Por ello, entendió más atinado considerar configurado el *injusto penal* (antijuricidad) y valorar las circunstancias particulares que lo rodearon en el estrato de la teoría del delito en el que se vincula al injusto con su autor, es decir, en la *culpabilidad*. Esto, le permitió abarcar en su total dimensión la forma en que los condicionantes de vida de la acusada la colocaron en una situación equivalente al estado de necesidad disculpante, en el que se torna inexigible una conducta conforme a derecho (Cons. VI).

Señaló en ese sentido, que las circunstancias de pobreza estructural de B.A.R., correlativas a un déficit de contención normativa y afectiva que signó su desarrollo adolescente y que resultó condicionante de su vulnerabilidad, llevan a considerar que su accionar estuvo enmarcado en un estado de necesidad disculpante. Esto es así, en la medida en que, a través de la conducta imputada, intentó cubrir una necesidad básica de sus hijos menores, como lo es contar con una infraestructura sanitaria (más cuando se trata de niños sin capacidad de autonomía en sus conductas de higiene y en épocas de temperaturas invernales) y, por sobre todas las cosas, con el acceso al agua potable, consagrada en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Coincidió con la defensa en que ese contexto de vulnerabilidad extrema y estructural resultaron condicionantes de su subjetividad y la llevaron a considerar que la forma en la que actuó era la única alternativa para evitar el daño en la salud o la vida de quienes se hallaban confiados a su deber de cuidado (Cons. VI).

En síntesis, entendió que la respuesta más adecuada y justa era considerar que se presenta en el caso concreto una causal de inculpabilidad por reducción del ámbito de autodeterminación de B.A.R. que torna inexigible una conducta conforme a derecho y neutraliza el reproche penal. Es decir, por encontrarse por debajo del umbral mínimo de exigibilidad que funda el reproche normativo de la culpabilidad, lo que justifica que, de manera excepcional, se arribe a la solución ya expresada (Cons. VI).

IV. Descripción del análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

Ante el cambio de paradigma al que se enfrentó nuestro ordenamiento interno a partir de la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos en la última reforma constitucional (1994), comenzaron a suscitarse en torno a los procesos penales diversas discusiones relativas a la aplicabilidad de ciertas leyes cuando estas entran en tensión con derechos y garantías consagrados en estos tratados; y los criterios fueron variando notablemente desde entonces.

Ello ha ocurrido de manera particular y pronunciada en los casos de transporte de estupefaciente por parte de personas en condiciones de vulnerabilidad, atento a las características específicas de esta actividad y las altas penas con que se castiga la comisión de estos delitos (de 4 a 15 años de prisión), lo que exige un especial tratamiento; pero también, debido a la profundización en el debate que se viene dando en torno a las personas más vulnerables, particularmente, a las mujeres y niñas, y como su vulnerabilidad es aprovechada por organizaciones de narcotráfico (Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, 2009; Anitua y Picco, 2012; CIM OEA, 2014; WOLA, IDPC, Dejusticia, CIM OEA, 2015; Guzmán, García de Ghiglino, Zarza, De Cesare, 2020; Procunar, 2022; Youngers, 2023).

En tal sentido, la Corte IDH (2012) en el caso “Furlań vs. Argentina” ha señalado que toda aquella persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad “es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”. Agrega expresamente que no basta para ello con que los Estados se abstengan de violar sus derechos, sino que “es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre” (Sentencia Serie C N° 246, párrafo 134).

Como consecuencia, los operadores judiciales han debido dar solución a casos como el estudiado y esto no ha ocurrido de forma unánime, dada la carencia de una normativa específica que contemple una solución concreta a este universo de casos con la debida atención de la particular condición de vulnerabilidad de las personas acusadas y su aprovechamiento por parte de organizaciones narcocriminales. Así, las soluciones a las que han arribado al tratar el tema de la vulnerabilidad podrían resumirse en tres

grandes grupos: a) perforando el mínimo de la escala pena prevista para el delito; b) la absolución de la parte acusada por tener acreditado un estado de necesidad justificante o disculpante; y c) el encuadre en el delito de trata de personas, del que deviene también la absolución (Guzmán, García de Ghiglino, Zarza, De Cesare, 2020; Anitua, Picco, 2012; Paraboni, 2023). Si bien se han observado otras soluciones distintas a estos casos, estas no se basan en el análisis de la vulnerabilidad de las acusadas, sino en cuestiones probatorias o de otra índole, por lo que no serán tratadas en este trabajo.

a) Perforación del mínimo de la pena

En el primer grupo, la perspectiva de género y sensibilidad social se limita a contemplar la situación de vulnerabilidad recién al momento de establecer el monto de la pena, llegando, en algunos casos, a la reducción del mínimo de la escala penal, como ocurrió en los casos “Caballero Flores” (TOF Catamarca, 2015) y “I. I. E.” (CF Salta Sala II, 2020), entre otros. En estos casos, se han priorizado los compromisos asumidos en materia de lucha contra el narcotráfico, por encima de aquellos suscritos en protección de las personas más vulnerables.

b) El estado de necesidad

A partir del caso “Suárez Eguez” (JCCF 2 Jujuy, 2018), en el que la acusada, pese a que alegó que transportó droga para juntar dinero para la quimioterapia y operación urgente a la que debía someterse su hijo de doce años, estar embarazada y ser único sostén familiar (económico, afectivo y asistencial), permaneció privada de su libertad; lo que derivó en la desatención de la salud del niño y su fallecimiento. Esto motivó la presentación, por un lado, de diversos organismos no gubernamentales que, en calidad de *amicus curiae*, solicitaron su absolución en línea con lo expuesto oportunamente por la defensa. Por su parte, el fiscal de la causa se presentó junto con el fiscal de cámara, la titular de la Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres [UFEM] y de la Procuraduría de Narcocriminalidad [Procunar], e indicaron que entendían acreditado el *estado de necesidad justificante* (art 34 inc. 3 CP), por lo que solicitaron su absolución. El juzgado la sobreseyó por falta de acción, pero dejando a salvo su disidencia con el criterio expuesto por el Ministerio Público Fiscal [MPF].

A partir de este precedente, se observa con más frecuencia y en forma más temprana la atención a los factores de vulnerabilidad. En línea con ello, tanto el MPF como el Poder Judicial de la Nación [PJN], ante casos de extrema vulnerabilidad, comenzaran a volcarse por la absolución de estas personas cada vez con mayor

frecuencia, o bien a medidas alternativas al encierro en servicios penitenciarios, especialmente cuando estén embarazadas o con personas (niños, mayores o discapacitados) a su exclusivo cargo. Así, por ejemplo, el *estado de necesidad justificante* se vio aplicado en casos tales como “Cardozo” (TOF Neuquén, 2021) y “Rodríguez” (TOF Jujuy, 2019 – CFCP 2021), entre otros.

Otra variable es la solución adoptada por la CFCP en fallo estudiado, donde se tuvo por acreditado el *estado de necesidad disculpante* (art 34 inc. 2 CP). Esta solución se vio aplicada ya en otros casos, pero generalmente por presentarse situaciones particulares, como en los casos “Gómez” (JCCF Río Gallegos, 2020) y el nro. CFP 15.278/17 (MPF FF5 CABA, 2019), en los que se comprobó que las imputadas se encontraban sujetas a una situación de sometimiento y explotación sexual por parte de personas que se aprovechaban de la situación de vulnerabilidad por la que atravesaban, en el marco de lo cual habrían cometido los hechos reprochados. En los casos “E. J. C.” (CCC S1 San Francisco, Córdoba, 2022) y “Argañaraz” (JCCF2, Tucumán, 2022), se verificó que obraron en un contexto de sometimiento por parte de sus parejas, quienes ejercían violencia de género sobre ellas.

El criterio del Dr. Barroetaveña, por el contrario, se cierce a la aplicabilidad del estado de necesidad *disculpante* a los casos en que, previamente, solía aplicarse el *justificante*. Así, por ejemplo, en el ya citado caso “Rodríguez”, que resulta muy similar al que nos convoca, la misma CFCP, pero con otra integración, confirmó la aplicabilidad de la justificación que en este se rechaza. De aquí lo importante de este fallo, por cuanto el tribunal penal de mayor jerarquía del país sienta un nuevo precedente en la materia.

Vale recordar que el art. 34 del CP establece que no son punibles quienes obraren *por amenazas de sufrir un mal grave e inminente* (inciso 2) o quienes causaren un mal *por evitar otro mayor inminente* a que ha sido extraño (inciso 3). Es decir que, para tener por acreditado el estado de necesidad justificante (inciso 3) debe verificarse que el daño haya estado motivado en el impedimento de otro daño *mayor* e inminente al que se produjo, y no haya tenido a su alcance otros medios menos lesivos para evitarlo; dicha circunstancia es la que determina si se configuró o no el injusto penal, es decir, si la conducta resulta antijurídica. Las discusiones suelen girar en torno a la valoración de los daños y bienes en juego, como en la interpretación de los alcances de la palabra “inminente”.

Por otra parte, el estado de necesidad disculpante (inciso 2), requiere la existencia de un peligro para el bien jurídico que se quiere salvar, y el mal debe ser *grave* e

inminente, pero no necesariamente mayor. Tiene fundamento en la significativa reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto según el contexto en que actúa.

Como señala Aboso (2023) la diferencia entre ambos radica en que en el estado de necesidad justificante se justifica la conducta típica; mientras que en el disculpante se excluye la culpabilidad, es decir, se disculpa la conducta antijurídica. La otra diferencia radica en que, en el primero, los bienes jurídicos en juego deben ser de distinta importancia, afectándose el bien menor en protección del mayor; mientras que, en el segundo, los bienes jurídicos deben ser los más importantes (la vida, la integridad y la libertad de locomoción) y pueden ser propios o ajenos, pero no evitables por otros medios menos lesivos. En este último, no hay una ponderación de bienes, porque los bienes jurídicos en juego son de primer orden y, por lo tanto, incommensurables (p. 178/181).

Con relación al tema, señala Argibay (1997), que en la medida en que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso” (p. 625/42).

En síntesis, la delgada línea que distingue un estado del otro va a darse, básicamente, por apreciación de la entidad del mal que se haya querido evitar, en concordancia con la libre determinación de la parte acusada y la posibilidad de exigirle otra conducta.

c) La trata de personas

Esta postura se aleja bastante de las otras, en tanto consiste en analizar la situación a través del delito de *trata de personas*, previsto por el art. 145 bis del CP (conf. art. 10 de la ley 26.364). Es decir, entendiendo que las acusadas son en realidad víctimas de este delito y, por lo tanto, por aplicación del art. 5° de la ley 26.364, no resultarían punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de esta situación.

Esto es posible porque a lo largo de los años -e independientemente de la valoración que se haga de ello- se viene sosteniendo la existencia de organizaciones que se abusan de la vulnerabilidad de estas personas para lograr el transporte de estupefacientes (casos “Cardozo”, “Suárez Eguez” y “Caballero Flores” ya mencionados; así como en CIM OEA, 2014; WOLA, IDPC, Dejusticia, CIM OEA, 2015; Youngers, 2023; Guzmán, García de Ghiglini, Zarza, De Cesare, 2020; Anitua, Picco, 2012;

Procunar, 2022), lo que permite su encuadre en las previsiones de la ley 26.364, en tanto esta abarca la ejecución de todas aquellas acciones tendientes a lograr la explotación de personas por medio de cualquier tipo de engaño, coerción o abuso de su vulnerabilidad; aun cuando existiere consentimiento de ésta. La discusión en este caso suele darse en torno a si constituye explotación en los términos del art. 2 de esa ley (Procunar, 2022; Paraboni, 2023).

Este criterio, se vio más fuertemente planteado en argumentos defensores, como por ejemplo en “Poblete Astete” (CFCP Sala I, 2020) y “La Coteria Ratto” (CFCP Sala IV, 2020), pero también tuvo acogimiento en fallos judiciales, como puede apreciarse en “Martínez Hassan” (CFCP, Sala I, 2018), CFP 16098/18 (JNCC Fed. 7 CABA, 2019) y “Pedrozo” (FCC Fed. Ushuaia, 2019). Incluso el MPF (2021) -a través de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas [PROTEX] en forma conjunta con la Procuraduría de Narcocriminalidad [PROCUNAR]- acusó a personas de formar parte de una organización criminal que captaba mujeres para el traslado de droga, encuadrándolo como trata con fundamento en el aprovechamiento de su vulnerabilidad y explotación.

Para Tarantino (2015, 2017), este encuadre debería aplicarse, particularmente, en aquellos casos en que las personas transporten la droga en el interior de sus cuerpos, por resultar demostrativo de una situación de explotación, equiparable a la trata de personas.

Como puede observarse de esta reseña, el tema es complejo, no existe una solución clara aplicable al universo de casos y los criterios para valorar los principios y bienes en juego es tan amplio que permite arribar a diversas soluciones para un mismo caso, afectando significativamente los principios de *legalidad* e *igualdad* ante la ley y, sobre todo, la *dignidad* de las personas.

Prueba de ello resulta el caso “Caballero Flores” (Sentencia N° 180), en el cual el Tribunal Oral Federal de Catamarca señaló que la valoración de las circunstancias que rodearon el hecho, “que sin duda alguna las determinaron a delinquir”, llevan a considerar a las acusadas “como víctimas del perverso sistema y fenómeno delictual del narcotráfico”. Esto, por entender que la experiencia “que a nadie escapa y pueden pretender ignorar” permite afirmar que la condición de vulnerabilidad de las procesadas es aprovechada “por los verdaderos responsables de este tipo de crímenes organizados” a fin de concretar el tráfico ilícito de estupefacientes. Incluso agrega que las “utilizan como ‘mulas o camellos’, aprovechándose de su desinformación, de su situación familiar, socioeconómica, y de que ponen en peligro su propia salud y vida personal” (Tercera cuestión). Sin embargo, pese al tenor de lo expuesto, el tribunal no vio en ello motivo

para decretar su absolución; sino que entendió que la situación ameritaba una reducción de la pena, por debajo del mínimo que le hubiera correspondido, pero de cumplimiento efectivo.

Pese a lo contradictorio que parezca, todas estas variables resultan ajustadas a derecho y ello no depende exclusivamente de las particularidades específicas que presenta cada caso, sino del análisis valorativo que cada uno de los operadores judiciales hace sobre los principios que entiende se encuentran en juego ante cada situación, la interpretación que pueda hacerse sobre los alcances de la subjetividad del individuo acusado acorde a su contexto y la entidad que pueda darse a la actuación de otros sujetos; como puede apreciarse de la lectura de los casos mencionados, analizados precedentemente.

Esto es así, ya que, como se señaló al comienzo, pese a la existencia en el sistema jurídico de soluciones para estos casos, estas resultan axiológicamente inadecuadas, debido a que no abarcan en toda su extensión la complejidad que éstos presentan, lo que a la postre deriva en detenciones y condenas de personas que podrían resultar ser víctimas de trata.

En definitiva, independientemente de la solución arribada, incluso aquellos que se opusieron a la morigeración de la pena o a la absolución de las acusadas, reconocieron saber que esas personas estaban siendo juzgadas debido a su extrema vulnerabilidad, pues es eso, precisamente, es lo que resultó determinante de la situación, y lo que motiva el presente estudio.

V. Postura de la autora

Estudiados los distintos criterios y la normativa actual, ha de señalarse que se comparte el criterio expuesto por el Dr. Barroetaveña en torno a la conveniencia de aplicar en el caso el *estado de necesidad disculpante*, por cuanto no puede decirse que se haya pretendido evitar un mal *mayor*, en tanto los bienes jurídicos en juego -es decir, los que se vieron afectados y los que se trataron de proteger- resultan ser de primer orden y, por lo tanto, inconmensurables (Aboso, 2023). En cambio, sí puede afirmarse que se pretendió evitar un mal *grave e inminente* y que el ámbito de autodeterminación de la acusada se encontraba reducido debido a su historia de vida y contexto actual, todo lo cual incidió para que creyera que el medio utilizado era el único a su alcance para repeler ese mal; lo que neutraliza el reproche penal. La solución brindada al caso, en atención a la normativa actual, se aprecia respetuosa de sus derechos y resuelta con sensibilidad y

perspectiva de género; y puede ser aplicada en cualquier estado del proceso, siempre que se acrediten los factores que la determinan.

Por el contrario, la *reducción del mínimo* de la pena, aun cuando permita la aplicación de una pena de cumplimiento en suspenso, implica una tardía e insuficiente atención a su vulnerabilidad, no abarca en forma integral la problemática que se plantea, no cumple con los compromisos asumidos en torno a la protección de los derechos humanos -especialmente en personas vulnerables- y no resulta adecuada cuando del análisis del caso pueda resultar aplicable alguna causal de absolució, sin necesidad de atravesar todo el juicio. Tampoco sortea las consecuencias nefastas que una condena de esa naturaleza acarrea, como la estigmatización, la limitación en las posibilidades de su reinserción laboral u otras consecuencias desfavorables a largo plazo, como puede ser su expulsión del país, en caso de ser extranjera.

Con relación al encuadre de los hechos en un contexto de *trata de personas* (ley 26.364), se entiende que esta es la solución que mejor atendería el conflicto en toda su extensión, en tanto se les asigna a las personas acusadas el rol de víctimas que en definitiva les corresponde -con fundamento en su explotación y aprovechamiento de su vulnerabilidad (MPF, 2021)-, lo que habilita que estas personas queden amparadas bajo los derechos y garantías que le asisten a las víctimas del delito de trata de personas (art. 6 ley 26.364) y a las víctimas de delitos en general (ley 27.372), y puedan acceder a los recursos que la ley dispone, desde el comienzo de la investigación (Anitua, y Picco, 2012). Esto es lo que resulta más acorde con las pautas establecidas en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños [Protocolo de Palermo] (2000), en tanto una de sus finalidades es “Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos” (art. 2, inc. b).

Es importante señalar que, distintos estudios realizados por grupos de expertos en las áreas de género, derechos humanos y políticas de drogas señalan que la inserción de las mujeres en esta actividad suele tener que ver con la exclusión social, la pobreza y la violencia de género. Observan que, a menudo, tienen poca o nula educación, viven en condiciones de pobreza, son madres solteras, responsables del cuidado de menores o adultos dependientes y carecen de antecedentes. Ocupan los eslabones más bajos de la cadena del narcotráfico y su detención no tiene impacto significativo en la lucha para la reducción de este delito, pero tiene consecuencias devastadoras sobre sus vidas y las de sus dependientes, perpetuando un círculo vicioso de pobreza, marginalidad, desesperación y reincidencia. Se observa también que, con frecuencia, estas mujeres

ingresan a la actividad ilícita coaccionadas por sus parejas o algún familiar (WOLA, IDPC, Dejusticia, CIM OEA, 2015; Youngers, 2023; Guzmán, García de Ghiglino, Zarza, De Cesare, 2020; Anitua, Picco, 2012; entre muchos otros).

En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2017) en su informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas (Doc. 147) destacó que la pobreza y la falta de oportunidades para el acceso a la educación colocan a mujeres en situaciones de mayor vulnerabilidad, quedando en la mira de la delincuencia organizada; figuran entre las personas con mayor riesgo a ser utilizadas para participar en operaciones delictivas como traficantes (párrafo 320).

Asimismo, la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas (2009) destacó su preocupación por la participación de mujeres y niñas en el mercado de las drogas, señalando que tienden a ser el grupo más vulnerable en cuanto a su utilización como correo de drogas, y urgió a los Estados parte a tomar medidas penales adecuadas contra los grupos delictivos organizados que utilizan a las mujeres y niñas como correos de drogas (resolución 52/1).

Son estas las razones por las que cobran relevancia los tratados celebrados en materia de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” (1969) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), entre otros; y, especialmente, aquellos relativos a las mujeres, al *acceso a la justicia* de las personas en condición de vulnerabilidad y la *perspectiva de género* que se debe tener al actuar y resolver en estos casos, como las Reglas de Bangkok (2010), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Belem Do Pará” (1994), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer “CEDAW” (1979), las Reglas de Brasilia (2008), entre otros; así como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), que consagra el principio del *interés superior del niño*. Sus principios deben regir tanto al momento de verificar los factores que pudieron haber incidido en la comisión del acto reprochado, como durante su investigación y análisis, para que, finalmente, se vean reflejados en cada una de sus decisiones y en la forma de su ejecución.

Respecto de la aplicación de estos tratados, Moncayo (s.f.) refiere que resulta claro el deber de los jueces de acordarles la jerarquía que la Constitución les asigna frente a las leyes, respetando el rango constitucional de los que lo poseen. Sin embargo, su función interpretativa resulta compleja por hallarse comprometidos valores esenciales que los imperativos jurídicos y morales obligan a resguardar y también porque, al ser objeto de

una regulación internacional, el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos trasciende la esfera doméstica, excede el ámbito reservado de los Estados y es susceptible de comprometer su responsabilidad internacional (p. 103).

Sin embargo, por el momento, salvo en contados casos, el Estado no parece hacer frente a estas obligaciones de manera adecuada, en tanto se muestra ausente a la hora de brindar herramientas para que estos grupos de personas accedan a los derechos más fundamentales, no se plantean estrategias para evitar que puedan ser captadas por organizaciones narcocriminales, y no existe un lineamiento preciso que obligue a una rápida reacción estatal cuando se adviertan detenciones de este tipo, lo que resulta en la revictimización de estas personas con detenciones innecesarias y mayor impunidad para los verdaderos responsables.

Es que, atento a la normativa actual, el encuadre de estos hechos en el delito de trata de personas solo será posible en la medida que se crea verosímil la actuación de otros sujetos en el caso concreto, en las condiciones que la ley 26.364 lo requiere, lo que debería, además, reorientar el curso de la investigación.

Se advierte que acreditar dicha circunstancia a menudo será un obstáculo, ya que el plan delictivo está diseñado para que, en el caso de que estas personas sean descubiertas, no se vea afectada la organización criminal, lo que significa que difícilmente puedan probar su explotación o aportar datos concretos de las personas que las explotan (Procunar, 2022).

Al respecto, Tarantino (2015) señala que no en vano el lenguaje popular ha elegido la palabra “mula” para nombrar a estas personas, ya que la mula es un animal de carga, lo que permite inferir la condición servil o esclava que detentan, su cosificación. Indica que el traslado se solventa a bajo costo y casi ningún riesgo para los narcotraficantes, ya que cualquier detección de las sustancias por parte de la autoridad de control, dejaría a la “mula” ante un proceso de criminalización que siempre será asumido bajo el más profundo silencio, propio de una complicidad lograda extorsivamente y establecida muchas veces entre la vida y la muerte.

Este silencio o falta de información certera es la que determina que los tribunales rechacen con mucha frecuencia los planteos defensistas efectuados en este sentido, como ocurrió en los casos “Poblete Astete” y “La Coteria Ratto” ya citados, entre otros.

Como puede observarse, la complejidad de la controversia a resolver radica en que la respuesta a estos casos excede el ámbito netamente judicial y amerita un tratamiento interdisciplinario, transversal a todo el universo de casos y que permita

analizar con profundidad los principios en juego, replantear cuestiones de política criminal y buscar soluciones integrales para estas personas, en protección de sus derechos, pero también a los efectos de reencauzar la lucha contra las drogas, para una efectiva protección de los derechos de toda la población.

VI. Conclusión

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, el fallo estudiado sienta un importante precedente respecto de la aplicabilidad del estado de necesidad disculpante, en tanto orienta al operador judicial acerca del modo en que deben valorarse los bienes en juego en el caso de traslado de estupefacientes, cuando las personas acusadas se encuentren en contexto de extrema vulnerabilidad. Deja en claro que, por tratarse de personas que merecen especial protección, ya sea debido a su género o por la situación de extrema vulnerabilidad que atraviesan las acusadas, se torna imprescindible evaluar en cada caso las circunstancias que pudieron haber incidido en la comisión de los hechos que se les reprocha, con sensibilidad y perspectiva de género, para determinar si corresponde efectuarle reproche penal alguno.

Además de ello, teniendo en cuenta las obligaciones contraídas en protección de las víctimas de trata y que, como se ha referido anteriormente, estas personas se encuentran particularmente expuestas a ser captadas por organizaciones narcocriminales, se deberá prestar especial atención a cualquier indicador que permita advertir estar ante la presencia de una víctima de este delito, con el objeto de evitar su revictimización, acusándola y/o privándola de su libertad en total incumplimiento de los deberes asumidos en protección de sus derechos, y a los efectos de permitir que acceda a los recursos previstos para las víctimas de este delito.

Así, deviene imperioso a los efectos de resolver definitivamente el problema axiológico que presentan estos casos, modificar la política criminal actual, reasignando y garantizando los recursos y esfuerzos para perseguir a los eslabones más altos del narcotráfico y, al mismo tiempo, prevenir y atender a las víctimas de estos delitos. Esto podría concretarse a través de la confección de protocolos como los que actualmente posee el MPF para la investigación de los delitos de trata con fines de explotación sexual y laboral, pero acorde a las particularidades que estos casos presentan; así como la incorporación de una cláusula en la ley 23.737 que determine que cuando las conductas previstas en esa ley sean llevadas a cabo por personas en condiciones de extrema vulnerabilidad socioeconómica, se las deberá considerar no punibles conforme el artículo

5to. de la ley de Trata de Personas, tal como se dispone en el proyecto de reforma elaborado por la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina [SEDRONAR] (2015).

Esto pacificaría los criterios jurisprudenciales, permitiría actuar en forma rápida y eficaz, evitaría todo tipo de revictimización y acarrearía mayor seguridad jurídica, igualdad ante la ley y respecto de la dignidad de las personas. Al mismo tiempo, obligaría a encauzar las investigaciones en búsqueda de los eslabones más altos de la organización criminal, lo que resulta en una verdadera lucha contra el narcotráfico.

Referencias

- Aboso, G. E. (2023). *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado, con jurisprudencia* (p. 178/181). Montevideo - Bs. As.: Editorial B de F.
- Alchourrón C. E. y Bulygin E. (s/f). Citado en Rodríguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N. 22, p. 349-369). <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1999.22.16>.
- Anitua, G. y Picco, V. (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*. Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
https://defensapublica.mpba.gov.ar/JURISDICCIONAL/genero_ninez/Documentos_de_trabajo/Estrategias_de_defensa_para_los_derechos_de_las_mujeres.pdf.
- Argibay, C. (s/f). En Baigún D. y Zaffaroni E. (comps.). (1997). *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. (p. 625- 642). Buenos Aires: Hammurabi. Citado por INECIP (2018). *Amicus curiae* presentado en caso “Suárez Eguez”. <https://inecip.org/wp-content/uploads/Amicus-Su%C3%A1rez-Eguez-inecip.pdf>.
- Cámara Federal de Casación Penal. Registro 21/2023, caso FSA 9861/2022, R., B. A. s/ audiencia de sustanciación de impugnación; 5 de abril de 2023.
<http://www.saij.gob.ar/FA23260003>.
- Cámara Federal de Casación Penal. Registro 5/2021, caso FSA 12570/2019, “Rodríguez, Maribel Carina s/audiencia de sustanciación de impugnación; 5 de marzo de 2021.
<https://old.pjn.gov.ar/Publicaciones/00045/00165615.Pdf>.
- Código Penal de la Nación [CP]. Ley. 11.179 de 1984 (actualizada). Art. 34, incisos 2 y 3. T.O. 1984, Argentina.
- Comisión Interamericana de Mujeres de la Organización de los Estados Americanos [CIM OEA] (2014). *Mujeres y drogas en las Américas. Un diagnóstico de política en construcción* (OEA/Ser.L).
<https://www.oas.org/en/cim/docs/womendrugsamericas-es.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2017). *Pobreza y Derechos Humanos* (Doc. 147, párrafo 320; OEA/Ser.L/V/II.164)
<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/pobrezaddhh2017.pdf>.

- Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas (marzo 2009). *Promoción de la cooperación internacional para combatir la participación de mujeres y niñas en el tráfico de drogas, en especial como portadoras* (Resolución 52/1).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. Sentencia Serie C N° 134, “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia (párrafo 175); 15 de septiembre de 2005. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. Sentencia Serie C N° 246, Furlán vs. Argentina (párrafo 134); 31 de agosto de 2012. <https://www.defensorba.org.ar/micrositios/pronunciamientosddhh/5-2-1.html>.
- Guzmán, P., García de Ghiglini, S., Zarza, A. y De Cesare, D. (2020). *Mujeres, contrabando de estupefacientes y vulnerabilidad. Análisis de jurisprudencia*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mujeres_contrabando_de_estupefacientes_y_vulnerabilidad_analisis_de_jurisprudencia_4.pdf.
- Juzgado Federal N° 2 de Jujuy. Expte. FSA 20.356/2017, Suárez Eguez s/23.737; 11 de diciembre de 2018. <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47229-sobreseimiento-mujer-traspaso-cocaina-bolivia-pagar-atencion-medica-su-hijo>.
- Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 7. Expte. CFP 16098/18; 27 de noviembre de 2019. <https://www.cij.gov.ar/nota-36769-Resoluci-n-del-Juzgado-Nacional-en-lo-Criminal-y-Correccional-Federal-n--7-en-causa-CFP-16098-2018--R.A.-y-Otros-s--Infraci-n-ley-23.737-.html>.
- Ley 26.364 de 2008 (actualizada). Prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas. Promulgada el 29 de abril de 2008.
- Ley 23.737 de 1989 (actualizada). Ley federal de estupefacientes. Promulgada de hecho: 10 de octubre de 1989.
- Ministerio Público Fiscal [MPF]. *Presenta memorial* (caso testado); 6 de mayo de 2021. <https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2021/11/Dictamen-Fiscal%C3%ADa-General-C%C3%B3rdoba-PROTEX-PROCUNAR.pdf>.
- Moncayo, G. R. (s.f.). Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino. En Abregú, M. y Courtis, C. (comps). (2004), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (p. 89- 104). Bs. As: Editores del Puerto. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43060.pdf>
- Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos [WOLA], Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas [IDPC], Dejusticia, Comisión

- Interamericana de Mujeres de la Organización de los Estados Americanos [CIM OEA], (2015). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina*.
<https://www.oas.org/en/cim/docs/WomenDrugsIncarceration-ES.pdf>.
- Paraboni, R. S. (2023). Mujeres en situación de vulnerabilidad imputadas por hechos de transporte y contrabando de estupefacientes. Análisis de algunas decisiones adoptadas por la cámara federal de casación penal y elaboración de estrategias de defensa con perspectiva de género. En Ministerio Público de la Defensa, *Estudios sobre Jurisprudencia* (número especial: Estupefacientes, p. 64-102).
<https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4207>.
- Procuraduría de Narcocriminalidad [Procunar] (2022). Narcocriminalidad y perspectiva de género. La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la Narcocriminalidad.
https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional [Protocolo de Palermo]. Art. 2, inc. “b”. Diciembre de 2000 (ratificado en Argentina en 2002, en vigor en 2005).
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. 4 a 6 de marzo de 2008.
- Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina [SEDRONAR] (2015). Proyecto de ley: *Modificación al Régimen Penal de estupefacientes*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/46131-proyecto-ley-sobre-despenalizacion-personas-usan-sustancias-prohibidas-sedronar>.
- Tarantino, M. (2015). Las mulas del narcotráfico y la ley de trata de personas. *Revista Pensamiento Penal. Drogas y derecho penal*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/41752-mulas-del-narcotrafico-y-ley-trata-personas>.
- Tarantino, M. (2017) Mulas, migrantes y trabajadoras sexuales. Tres historias para pensar el concepto de trata de personas y la construcción del saber penal. *Revista Pensamiento Penal. Drogas y derecho penal*.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/45897-mulas-migrantes-y-trabajadoras-sexuales-tres-historias-pensar-concepto-trata-personas>.

Tribunal Oral Federal de Catamarca. Sentencia N° 180, Expte. N° 5857/2014, Caballero Flores y otros s/23.737 (Tercera cuestión); 30 de noviembre de 2015. <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/42625-transporte-estupefacientes-pena-debajo-del-minimo-legal>.

Youngers, C. A. (2023). *Liberarlas es justicia. Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento en América Latina*. <https://www.wola.org/es/analisis/liberarlas-es-justicia-mujeres-politicas-de-drogas-encarcelamiento-en-america-latina/>