Cámara Federal de Casación Penal

Registro N° 21/2023

///nos Aires, a los 5 días del mes de abril de dos mil veintitrés, integrada la Cámara Federal de Casación Penal de modo unipersonal por el señor juez doctor Diego G. Barroetaveña y de conformidad con lo dispuesto en las Acordadas 24/21 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y 5/21 de esta Cámara Federal de Casación Penal (CFCP), a los efectos de resolver la revisión interpuesta en la Carpeta Judicial Nº **FSA 9861/2022/9**, caratulada: **R., B.A.** s/Audiencia de sustanciación de impugnación, de la que **RESULTA**:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de Salta, integrado en forma unipersonal por la señora jueza Marta Liliana Snopek, el 25 de noviembre de 2022, resolvió: "(**1**)**-** ***CONDENAR a* [B.A.R.]** *a la pena de tres (3) años de prisión de ejecución en suspenso y multa mínima de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, por resultar penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes en carácter de autora conforme a los artículos 45 del CP y 5 inciso C de la ley 23.737; debiendo quedar sometida por el tiempo de la condena a las reglas de conducta que a continuación se detallan, bajo apercibimiento de revocación de la condicionalidad impuesta en caso de incumplimiento, conforme a los arts. 26, 27 y 27 bis incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del Código Penal: 1) fijar residencia*

#37393315#363770687#20230405085947283

y someterse al cuidado de un patronato; 2) abstenerse de concurrir a lugares y de relacionarse con personas, vinculadas al tráfico de drogas; 3) abstenerse de usar de estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas; 4) finalizar sus estudios primarios; 5) capacitarse laboralmente; 6) continuar con su tratamiento psicológico; y 7) continuar trabajando en su ocupación actual o adoptar alguna acorde a sus capacidades y las que vaya adquiriendo. ***CON COSTAS*** *(arts. 386 y c.c. del CPPF)”* (Lo destacado y las mayúsculas son del original).

II. Que, contra esa sentencia, la defensora pública oficial en representación de B.A.R. interpuso impugnación, la que fue concedida por el tribunal de mérito el 19 de diciembre de 2022.

En ese sentido, la parte recurrente se agravió “(p)*or cuanto entiende que en el caso se produjo cuanto menos un incorrecto análisis y valoración de las circunstancias del caso y de la prueba producida en el debate, que derivaron en una resolución condenatoria con una insuficiente motivación*”.

Al respecto sostuvo que *“(Q)uedó probado a lo largo del juicio, con distintas declaraciones testimoniales que* [B.] *es una mujer de 21 años, que desde su infancia, cuando tenía 8 o 9 años, sufrió diferentes ataques sexuales de familiares y que nunca recibió el apoyo de su madre, quien también la echó de su casa cuando, luego del fallecimiento del*

#37393315#363770687#20230405085947283

padre de [B.] *formó nueva pareja y tenía celos de* [B.]*”.*

De seguido, indicó que *“*[B.] *a los 12 años inició una relación de noviazgo con un hombre varios años mayor que ella, con quien vivía y de la cual fue víctima de violencia de género, recibió golpes físicos y fue forzada a tener relaciones sexuales”.*

También, remarcó que *“(Q)uedó embarazada a los 13 años de una pareja 25 años más grande y fue allí donde dejó el colegio primario, no concluyendo ni la primaria. Su pareja la abandonó y retomó a vivir con su madre, quien no le brindó apoyo ni acompañamiento con su bebé. En ese momento, su madre ya estaba enferma de cáncer y HIV (cabe valorar que falleció días después de que concluyera el juicio de* [B.]*)”.*

En esa senda, adujo que *“(D)e las distintas declaraciones testimoniales prestadas en el juicio, surgió que* [B.] *vive sola, en un hogar monoparental, junto a sus tres hijos de 6 y los mellizos de 3 años, en una casa precaria sin baño, en la INDIGENCIA, no solo económica sino estructural”.*

Asimismo, sostuvo que B.A.R. sustenta económicamente su hogar y que *por las carencias que pasaba ejerció la prostitución.*

Seguidamente, mencionó que *“(L)a VULNERABILIDAD ECONÓMICA de* [B.] *y sus hijos no fue momentánea, sino que fue un cúmulo de situaciones que la llevaron a actuar como actúo y a considerar*

#37393315#363770687#20230405085947283

que la única alternativa para sortear la dificultad económica para construir un BAÑO EN SU DOMICILIO, fue transportar la droga".

Además, indicó que B.A.R. realmente no contaba con otros medios eficaces para cubrir las necesidades básicas y esenciales de ella y su familia, porque su coyuntura social, cultural, familiar y de género, no le permitía, en lo inmediato, resolver esos problemas principales, y producto de su contexto fue llevada a trasladar la droga con la promesa de un dinero que, de otra forma, no lograría obtener.

Finalmente, señaló que "(L)*as especiales condiciones de* [B.]*: violencia, vulnerabilidad económica, imposibilidad de acceder a trabajos registrados o mejor remunerados, redujeron sus posibilidades de elegir, de optar por otro camino para poder superar sus necesidades económicas y poder dignificar a sus hijos con un baño propio, esta es una necesidad básica INMINENTE".*

Por último, solicitó que se revoque la sentencia condenatoria, se admita el planteo solicitado por la defensa y, en consecuencia, se absuelva a la Sra. B.A.R. por aplicación del art. 34 inc. 3 del Código Penal (CP) sin reenvío -por estar expresamente vedado-.

#37393315#363770687#20230405085947283

III. Que el 1 de marzo del año en curso, se llevó a cabo la audiencia prevista por el artículo 362 del CPPF.

En aquella ocasión se concedió el uso de la palabra, en primer lugar, al defensor oficial de B.A.R. ante esta instancia, doctor Guillermo A. Todarello, quien reeditó los fundamentos de la impugnación interpuesta, solicitó se anule la condena y se absuelva a B.A.R.

Hizo reserva del caso federal.

Luego, en representación del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, expuso el doctor Raúl Omar Pleé, quien rebatió los argumentos de la defensa.

Así, el doctor Pleé sostuvo que B.A.R. ya venía realizando una conducta compatible con el transporte de estupefacientes, haciendo referencia a dos conversaciones que surgen de la causa mediante las cuales la encartada se comunicaba con distintas personas por celular coordinando el transporte de material estupefaciente.

Seguidamente, indicó que B.A.R. utilizaba el transporte de estupefacientes como un elemento más para la manutención de ella y de sus hijos.

Por otro lado, memoró que las necesidades básicas insatisfechas no implican que pueda exculparse a B.A.R. indicando que existía un mal inminente cuando no lo había.

#37393315#363770687#20230405085947283

A continuación, hizo referencia a que la construcción del baño no es una inminencia y que no se puede equiparar al caso “Maribel Carina Rodríguez s/infracción Ley 23.737”, donde Maribel tenía un hijo con una malformación y tenía que ser operado por los médicos antes de determinada edad.

Para finalizar, aseguró que no existe una causal de justificación porque la construcción de un baño no parece un mal grave e inminente.

Solicitó que se rechace la impugnación e hizo reserva del caso federal.

IV. Que tras la celebración de la audiencia, de lo que se dejó constancia en el Sistema de Gestión Judicial LEX 100, el caso se encuentra en condiciones de ser resuelto.

Y CONSIDERANDO:

I. Que, de manera liminar, es menester señalar que la impugnación deducida por la defensora pública oficial María Julieta Loutaif resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es una de las decisiones impugnables conforme prevé el art. 356 del CPPF, la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 352, inc. “a”, ídem), los planteos realizados encuadran en los motivos normados por el art. 358 del mismo cuerpo legal y se han cumplido los requisitos de tiempo y fundamentación (art. 360 del citado digesto procesal).

#37393315#363770687#20230405085947283

II. Con el fin de brindar un adecuado tratamiento a la impugnación bajo estudio resulta necesario efectuar una reseña de los antecedentes del caso.

Así, surge de la sentencia traída a revisión que la jueza del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta N°1, tomando en cuenta el acuerdo probatorio arribado entre las partes sobre la existencia del hecho delictivo, la participación de la imputada y la calificación legal, tuvo por probado que *"*[B.A.R.] *el 12/07/2022, a las 19:30 horas aproximadamente, transportó 1.056,6 gramos* [de] *cocaína con una concentración del 85,90% de pureza lo que hubiera permitido obtener 9.076 dosis umbrales. Que el medio empleado para concretar el transporte fue a través de un 'remis compartido', tratándose de un automóvil marca Volkswagen modelo Gol. En cuanto a la forma utilizada por* [R.] *para concretar la maniobra ilícita fue ocultando el material estupefaciente en el interior de una cartera color negra la que llevaba en su poder. El tóxico estaba acondicionado en un paquete de forma rectangular y envuelto en cinta de color verde y en n*[ai]*lon. Que el proceder delictivo fue descubierto a través de un operativo público de prevención, el que tuvo lugar en el puesto de control fijo de la Sección Vial 'Carapari' dependiente del Escuadrón N° 61 'Salvador Mazza' de Gendarmería Nacional".*

#37393315#363770687#20230405085947283

Seguidamente, entendió que *"(c)onforme a las circunstancias fácticas acreditadas, queda claro que la conducta desplegada por* [R.] *se adecúa al delito de transporte de estupefacientes, en carácter de autora, previsto y reprimido en el artículo 5 inciso "c" de la ley Nº 23.737 y art. 45 del CP, al encontrarse debidamente acreditadas las circunstancias de tiempo, lugar y modo que conforman el tipo penal mencionado".*

Sobre el punto, valoró que *"(s)e estableció que la acusada transportó material estupefaciente dentro del territorio nacional, aspecto que configura el elemento objetivo del tipo, lo que se materializó en este supuesto con el traslado de la sustancia prohibida. A ello se le debe agregar, a los fines de configurar la norma penal, que esa conducta llevada adelante por* [R.] *contó con el elemento subjetivo del tipo penal bajo estudio, en el caso siendo necesario el dolo directo, lo que quedó en evidencia en cuanto se demostró que la acusada procedió con voluntad de concretar el accionar delictivo y también lo hizo con conocimiento de lo que se estaba transportando, por lo que el tipo penal escogido por la Fiscalía en función del hecho descripto y la conducta desplegada es la adecuada. A mayor abundamiento se dirá que dicho dolo directo resulta patente de la pericia celular practicada, de donde se desprende que la acusada negociaba el traslado de la droga, y que*

#37393315#363770687#20230405085947283

incluso regateaba un mayor precio para su trabajo ilícito".

Al analizar la responsabilidad en el hecho que no fue controvertido, señaló que *"(s)e destaca que* [R.] *fue madre a temprana edad, que habría vivido episodios de violencia doméstica y conforme nos contó en este juicio, resultando creíble su testimonio, habría sufrido abusos sexuales. Aquello trajo aparejado que no pudiera conseguir un trabajo formal lo que repercutió en su situación económica y social, con la que tuvo que afrontar en soledad la crianza de 3 hijos, siendo un caso donde se puede advertir una serie de aspectos que colocan a* [R.] *como una persona vulnerable por su pobreza, su juventud con la que afrontó la maternidad y todo lo que se dijo acerca de su historia de vida".*

De seguido, mencionó que *"(E)n función de ello la defensa sostuvo, en el juicio de responsabilidad, que* [R.] *no tuvo alternativas al tomar la decisión de transportar el material estupefaciente, lo que contextualizó como un estado de necesidad justificante. Aquella postura esgrimida por la defensa obliga a reflexionar acerca del estado de necesidad justificante previsto en el art. 34 inciso 3 del CP. En ese sentido la norma prevé una causal de no punibilidad para aquel o aquella que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño".*

#37393315#363770687#20230405085947283

Respecto a este tópico, expuso que *"(e)l legislador ha previsto para estos casos la inculpabilidad de quien ha transgredido una norma penal en procura de preservar un derecho personal, el que se estima – valorativamente- de mayor trascendencia que el infringido. Por lo tanto, la persona que obra bajo esas circunstancias tiene que haberse representado que su accionar está destinado a evitar un mal mayor que se produciría de no actuar de esa forma, siendo el mal que se quiere sortear inminente – urgente- y previo al hecho, es decir ex ante. Si bien es una tarea difícil y discutida por la jurisprudencia y la doctrina acerca de cómo ponderar los bienes jurídicos que se ponen en juego frente a la disyuntiva con la que debe actuar el que está frente a un estado de necesidad, lo adecuado para zanjar este aspecto es* […] *analizar el caso concreto, considerando las circunstancias personales y que rodearon al que procedió en ese contexto".*

Posteriormente, valoró que cuando B.A.R. actuó como lo hizo, estando acompañada, en ese momento, por uno de sus hijos, no fue con el propósito de evitar un mal mayor, sino que lo hizo para poder sortear su situación económica. En ese sentido, entendió que este caso escapa al supuesto del art. 34 inciso 3 del CP, pretendido por la defensa.

En esa senda, ponderó que "[R.] *es una mujer que por su historia de vida es vulnerable,*

#37393315#363770687#20230405085947283

pero aquello no fue lo único que movilizó su proceder y por eso sostengo nuevamente que este aspecto debe ser analizado al momento de la determinación de la pena".

Paralelamente, memoró que *"(E)sta decisión se sustenta en la prueba de cargo, siendo relevante, por un lado, las escuchas telefónicas donde se advierte que* [R.] *planificaba con seguridad lo que estaba haciendo, negociaba el precio de lo que obtendría por su trabajo ilícito, es decir que actuaba en forma natural. Tampoco advierto cuál fue el mal más grave e inminente que pretendió evitar con su proceder, cuando en este juicio se dijo que uno de los motivos que la impulsó a realizar este transporte fue el de obtener una suma de dinero para construir un baño en su casa. Es decir que hubo una proyección económica facilista, desde luego determinada por su situación de vulnerabilidad, pero se advierte que contaba con otras formas para lograr su objetivo, como ser la actividad que emprendió ahora de vender empanadas e incluso la ayuda social que recibe del Estado. Sobre esto último* [R.] *dijo que tenía asistencia social del Estado a través de los planes sociales y que vendía empanadas. Aquello da la pauta de que contaba con herramientas para poder hacerse de recursos económicos lícitamente; sin embargo, optó para la forma rápida y contraria al derecho penal, conociendo de tal ilicitud tal como quedó demostrado".*

#37393315#363770687#20230405085947283

Por todo ello, entendió que correspondía *"(r)echazar la causal de justificación invocada por la defensa en los términos del artículo 34 del Código Penal –estado de necesidad-, y en consecuencia determinar la responsabilidad penal de* [B.A.R.] *en orden al delito de transporte de estupefacientes perpetrado en carácter de autora, conforme a los artículos 45 del CP y 5 inciso C de la ley 23.737, siendo su estado de vulnerabilidad un aspecto de valoración en los términos del art. 41 del CP".*

III. Habida cuenta de que no hubo planteos acerca de la existencia del hecho, la participación de B.A.R. y la calificación legal de la conducta atribuida a aquélla, corresponde abocarse al agravio de la defensa vinculado al pronunciamiento del tribunal *a quo* en cuanto rechazó el pedido de absolución con cita en el art 34. inc. 3 del CP.

Establecido cuanto precede, la evaluación de los elementos reunidos en la carpeta judicial y la sentencia condenatoria cuestionada nos conducen a sostener que la decisión del tribunal con funciones de juicio no es susceptible de ser convalidada, aunque por razones diversas a las invocadas por la parte recurrente, como se analizará en los párrafos venideros.

Para realizar un juicio sobre el encuadre de la conducta por la que fue condenada la imputada resulta necesario atender y valorar, especialmente,

#37393315#363770687#20230405085947283

que de la prueba producida se desprende que B.A.R. es una mujer joven y única referente parental de sus tres hijos menores de edad, de siete y tres años, con quienes convive en una vivienda de condiciones extremadamente precarias, consistiendo éste en una única habitación de techo de chapa y piso de cemento, sin servicios de luz, agua potable, cloaca ni instalaciones de baño.

A ello debe agregarse que la imputada es el único sustento económico de su hogar y no cuenta con trabajo formal alguno ni familia extensa de contención.

En esa senda, se encuentra probado que a los doce años de edad y a instancias de su progenitora inició una relación afectiva con un hombre mayor que ella, con quien se le impuso convivir y, en ese contexto, resultó víctima de abusos sexuales.

Surge, también, que durante los primeros años de su adolescencia, luego de ser expulsada del domicilio familiar por su progenitora, transitó la situación de calle, ámbito en el cual cayó en la prostitución como medio de subsistencia. A los trece años de edad ocurrió su primer embarazo, producto de una relación que mantuvo con un hombre veinticinco años mayor que ella, con quien convivió un tiempo exiguo hasta que fue abandonada por éste y regresó a vivir con su madre, quien se encontraba enferma.

#37393315#363770687#20230405085947283

Luego, cuando su primogénito contaba con un año de edad conoció a Franco Ferreyra, con quien mantuvo un noviazgo de cinco años de duración, relación de la cual, a sus dieciocho años, nacieron sus hijos mellizos, de actuales tres años de edad.

Nuevamente y habiendo resultado víctima de violencia por parte de su pareja -aspecto sobre el que se ampliará más adelante- en el año 2020 fue abandonada por el progenitor de sus hijos menores.

Ahora bien, tomando en consideración las condiciones y circunstancias de vida de B.A.R. -esquemáticamente señaladas en los párrafos que anteceden-, no caben dudas de que nos encontramos ante una persona que ha transitado su breve trayectoria de vida en un contexto de gran vulnerabilidad -socioafectiva, psíquica, económica, laboral y de violencia de género- que claramente influyó para que aquélla se haya involucrado en una actividad ilícita como salida para procurar una mejora habitacional en resguardo de la salud física de sus hijos pequeños, tal como se alega.

IV. Las circunstancias señaladas nos obligan a analizar el caso a la luz de los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art. 75 inc. 12, CN) a fin de dar una adecuada respuesta jurisdiccional al caso particular en cumplimiento de los deberes asumidos con el sistema de protección de derechos humanos.

#37393315#363770687#20230405085947283

Desde esa óptica, es útil memorar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos -CorteIDH- ha expresado que "*(t)oda 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. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los 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*" (CorteIDH, "Furlan vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134).

También es menester recordar que aún cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación.

En ese sentido, es dable destacar la Recomendación General Nº 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer que, dentro de las recomendaciones sobre el acceso de la mujer a la justicia, en su párrafo 14.d) indica que *"(L)a buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se*

#37393315#363770687#20230405085947283

ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos […], *sensibles a las cuestiones de género* […]".

En otras palabras, las y los operadoras(es) del derecho, al momento de resolver situaciones como la que se presenta en el caso en estudio, deben poner énfasis en el especial tratamiento que amerita la condición de mujer, y más aún cuando se suman otras circunstancias que la tornan especialmente vulnerable, contemplando las particularidades y el contexto en que se desarrollan las conductas reprochadas.

Aquellos principios rectores fueron cristalizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años en diferentes precedentes (ver Fallos 334:1204 y 336:392) y, más recientemente, el 17 de mayo de 2022, en la causa FMZ 41001077/2011/TO1/4/1/RH3 "Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito" (Fallos 345:298), en el cual el alto Tribunal sostuvo que *"(e)l juzgamiento de los hechos imputados debe necesariamente efectuarse con perspectiva de género, aspecto que resulta de obligatoria consideración en*

#37393315#363770687#20230405085947283

virtud de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer – `Convención de Belem do Pará´, de la cual Argentina es signataria desde 1996”, circunstancia que impone a la judicatura a resolver bajo esa perspectiva.

A su vez, respecto de los delitos vinculados a las drogas, como el aquí en trato, diversos foros internacionales han propugnado su abordaje mediante un enfoque de género.

En ese sentido, la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) elaboraron un informe titulado *“Mujeres y drogas en las Américas: Un diagnóstico de políticas en construcción”*, en el que se da cuenta de la necesidad de analizar la persecución penal de la narcocriminalidad bajo la perspectiva de género recogida, a su vez, en diversos instrumentos supranacionales.

De aquel informe se desprende que *“(L)a mayoría de las mujeres que ingresan al mundo de las drogas ilícitas lo hacen al nivel más bajo, como portadoras humanas y como `micro-traficantes´ en pequeña escala, y por lo tanto no ocupan un papel de liderazgo en el proceso de comercialización* […] *los perfiles de las mujeres* […] *participantes en la industria de las drogas indican que estas mujeres son jóvenes, pobres, analfabetas y con muy poca*

#37393315#363770687#20230405085947283

escolaridad, madres solteras y responsables por el cuidado de sus hijos y de otros miembros de su familia. En la mayoría de los casos, estas mujeres no tienen un papel preponderante en las redes de narcotráfico y se encuentran concentradas en los niveles más bajos de la cadena, en los cuales los premios son pocos y la violencia por lo general es muy común".

Se expresó también que "*(L)os enfoques de políticas punitivas para los delitos relacionados con las drogas, incluidas las prolongadas sentencias o las sentencias con un mínimo obligatorio de reclusión, han demostrado ser en gran parte ineficaces como disuasivos para aquellas personas que son dominadas por la pobreza, la violencia y/o la drogodependencia* […] *La mayor parte de los estudios realizados hasta el presente con las poblaciones de reclusas en la región indican que un alto porcentaje de mujeres reclusas en las Américas están cumpliendo sentencias por delitos no violentos relacionados con las drogas que en la mayoría de los casos son resultado directo de la pobreza y de la falta de otro tipo de oportunidades y/o mujeres que han sufrido la violencia y la coerción por parte de sus parejas o de otros hombres*".

V. Ahora bien, circunscrito el agravio a la procedencia o no de la causa de justificación alegada por la defensa, adelantamos que, a nuestro modo de ver, la jueza Marta Liliana Snopek analizó

#37393315#363770687#20230405085947283

adecuadamente los aspectos dogmáticos del estado de necesidad justificante previsto en el art. 34 inc. 3, CP, en cuanto a que consideró que la actuación de la señora B.A.R. no obedeció a evitar un mal mayor, en los términos y con el alcance que requiere la norma citada.

Con acierto, la jueza de la anterior instancia advirtió que es una tarea difícil -discutida por la doctrina y jurisprudencia- ponderar los bienes jurídicos en juego, o la entidad de los males (el que se causa y el que se pretende evitar), a los fines de evaluar el estado de necesidad justificante.

Es en este punto donde entendemos que radica la dificultad para determinar rigurosamente, en el caso, cuál es el valor de los bienes jurídicos en juego. Se nos presenta, por ende, un dilema complejo de resolver, por cuanto, sin abundar en la polémica, es cierto que, por un lado, se encuentra la importancia que tiene la concreta salud de los niños de la imputada (en particular, su afectación por la falta de acceso al agua potable e instalaciones sanitarias), pero tampoco es menos cierto que, del otro lado, está en juego la salud pública como bien jurídico afectado por el transporte de estupefacientes atribuido, con todos los males que esa conducta genera en la población en general y especialmente en la salud y desarrollo de los jóvenes

#37393315#363770687#20230405085947283

y niños que tienen acceso a temprana edad a sustancias tóxicas.

Esas son las razones por las que entendemos que resulta prudente y más adecuado considerar configurado el injusto penal y valorar las circunstancias personales que rodearon al hecho en el estrato de la teoría del delito en el que corresponde vincular el injusto a su autor, es decir, en la culpabilidad.

VI. La jueza con funciones de juicio no pasó por alto las especiales circunstancias de vida de B.A.R., destacó su vulnerabilidad y la tomó en cuenta al graduar la pena. Incluso, resolvió con perspectiva de género al perforar el mínimo legal de la escala penal prevista para el delito por el que la encontró responsable, decisión que, además, fue aceptada por el Ministerio Público Fiscal habida cuenta de la evidente falta de agravio de esa parte ante esta instancia (cabe aclarar, en este punto, la opinión contraria del suscripto en cuanto a la perforación de los mínimos de las escalas penales previstas en el Código Penal).

Observó, especialmente, que *"(a)l ser madre de tres hijos, siendo su deseo evitar que aquéllos tengan que pasar una historia de vida similar a la de ella, resulta equitativo brindarle una oportunidad para que reconduzca su vida manteniendo el vínculo con sus hijos. Para ello considero necesario establecer la pena por abajo del mínimo*

#37393315#363770687#20230405085947283

previsto por la norma transgredida, con el propósito de darle una oportunidad a esta madre a rehacer su vida junto a sus hijos".

La jueza decidió con fundamento en los principios de equidad y justicia, el fin resocializador de la pena y en función de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de *Belém Do Pará* y de acuerdo a los parámetros de los arts. 40 y 41 del CP, es decir, *"(v)alorando la naturaleza del hecho (transporte de estupefacientes), la modalidad empleada (sin presentar ninguna sofisticación), su comportamiento procesal (conforme a derecho), las condiciones personales y en especial su situación de vulnerabilidad que fue detallada previamente, la inexistencia de antecedentes penales computables en su contra, son elementos que hacen a su personalidad y gravedad del hecho delictivo perpetrado, los que permiten concluir que resulta justa, equitativa y razonable la aplicación de una pena, orientada a la prevención especial, y fijarla en tres (3) años de prisión de ejecución condicional, más multa mínima de cuarenta y cinco (45) unidades fijas, bajo las reglas de conductas que a continuación se detallaran"*.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, todas las consideraciones efectuadas por la jueza de la anterior instancia nos conducen a individualizar el

#37393315#363770687#20230405085947283

caso en un supuesto concreto de inculpabilidad, encuadre que nos permite abarcar, en su cabal dimensión, la forma en que todos los condicionantes de vida de la imputada -pretéritos y coetáneos al hecho- la colocaron en una situación equivalente al estado de necesidad disculpante en el que se torna inexigible una conducta conforme a derecho.

Se trata de una disquisición propia de la teoría del delito, materia opinable por cierto, pero, como desarrollaremos en los párrafos siguientes, las circunstancias personales de B.A.R., obrantes en el legajo judicial, permiten, a través de un enfoque interseccional, arribar a la conclusión de que la opción por lo ilícito obedeció a una creencia -fundada en su historia vital- que la llevó a entender que aquélla era la única opción viable o posible para brindarle a sus niños condiciones de higiene mínimas para evitar males mayores a su salud.

Repárese en que la imputada, con anterioridad, había recurrido a otras alternativas para subsistir, con riesgo para su integridad y salud, y que es un dato de la realidad que el Estado no puso a su alcance las herramientas suficientes que le permitieran otra opción para salir de esa situación y de esa manera poder cubrir las necesidades básicas, en un contexto de extrema pobreza, al igual que padecen gran cantidad de personas en nuestro país que no tienen aún acceso a cloacas o agua potable según estadísticas oficiales.

#37393315#363770687#20230405085947283

Todo ello nos lleva a comprender que tendría asidero su percepción sobre su falta de opciones suficientes.

Entendemos que a la hora de analizar el grado de reproche a efectuar -que es la esencia de la culpabilidad normativa- debe previamente comprenderse en toda su extensión la situación personal y familiar de la imputada y luego preguntarnos hasta qué punto es posible recriminarle su injusto cuando su ámbito de autodeterminación se encontraba tan restringido, es decir, cuando su abanico de opciones era tan acotado.

No se trata de afirmar la inexistencia de otras alternativas conforme a derecho ni de una inevitable determinación a cometer el delito sino de que, a la hora de juzgar, las particularísimas circunstancias señaladas tornarían inexigible la pretensión de una conducta diferente.

El caso de inexigibilidad de una conducta conforme a derecho en el estrato de la culpabilidad dentro de la teoría del delito es el del estado de necesidad disculpante, y si bien no podríamos encuadrar con exactitud el caso en el célebre ejemplo de la tabla de Carneades, es posible extraer análoga conclusión en cuanto a que la reducción del ámbito de autodeterminación resulta tal que alcanza para neutralizar el reproche de la culpabilidad.

Según la opinión dominante en el derecho argentino *“(l)a inculpabilidad encuentra fundamento en la concurrencia de un menoscabo anormal de la*

#37393315#363770687#20230405085947283

libre determinación de la voluntad del autor, originado en un contexto caracterizado por circunstancias especiales. Se verificaría en el estado de necesidad disculpante, la doble disminución del injusto y de la culpabilidad por el hecho, ya que 1) la legitimidad del fin perseguido incide sobre el desvalor de acción, pues el autor ha obrado para conjugar un peligro; 2) desde que se verifica un bien salvado, eso influye sobre el disvalor del resultado; 3) el contenido de culpabilidad por el hecho es menor, pues aunque la situación extraordinaria no excluye la autodeterminación conforme a la norma, la dificulta esencialmente; y 4) tampoco la acción refleja una censurable actitud del autor ante el orden jurídico, pues no es asimilable a la concurrencia de circunstancias normales. Consecuentemente, pese a que el injusto y la culpabilidad no resultan excluidos sino disminuidos, debe renunciarse al reproche de esta última" (Righi, Esteban. *Derecho Penal, Parte General*. 1ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, páginas 344/345).

Conforme las constancias obrantes en esta carpeta, ponderando la singularidad del caso concreto donde se relevan circunstancias de pobreza estructural, correlativas a un déficit de contención normativa y afectiva que ha signado el desarrollo adolescente de la imputada y que resultaron condicionantes de situaciones de calle, prostitución,

#37393315#363770687#20230405085947283

violencia y marginalidad social, económica, laboral y educativa, consideramos que el accionar de B.A.R. estuvo enmarcado, como ya explicamos, en un estado de necesidad disculpante 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 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.

Es sabido que la insatisfacción de estas necesidades básicas conlleva un riesgo de salud y que, más aún, éste se exacerba cuando se trata de niños sin capacidad de autonomía en sus conductas de higiene y en épocas de temperaturas invernales.

En el contexto de vulnerabilidad socioeconómica extrema padecida por la nombrada -que lejos de ser circunstancial se avizoraba como estructural-, al que se agrega el estado de desamparo y desprotección en el que creció y se desarrolló, resulta verosímil considerar que *"(u)n cúmulo de situaciones (…) la llevaron a actuar como actuó y a considerar que la única alternativa para sortear la dificultad económica para construir un baño en su domicilio, fue transportar droga.* [B.] *realmente no contaba con otros medios eficaces para cubrir las necesidades básicas y esenciales a ella y su familia, porque su coyuntura social, cultural, familiar, y de género, no le permitía, en lo*

#37393315#363770687#20230405085947283

inmediato, resolver esos problemas principales", tal como sostuvo la defensa.

Todos los padecimientos mencionados fueron probados durante el juicio, a su vez, por prueba testifical que permitió conocer suficientemente la singularidad del caso y comprender la forma en la que aquel contexto de vulneración de derechos fue condicionante en la subjetividad de B.A.R. para emprender la conducta por la que fue condenada, a fin de evitar el daño en la salud o la vida de quienes se hallaban confiados a su deber de cuidado.

En ese sentido, cabe traer a colación las declaraciones testificales brindadas en el debate por la licenciada Mónica Jarrúz y el licenciado Marcelo Alejandro Corona, ambos integrantes del equipo interdisciplinario de la Defensoría General de la Nación, quienes fueron coincidentes en destacar la trayectoria de vulnerabilidad familiar y económica de B.A.R.

Así, la licenciada Jarrúz resaltó que "(*H)ay un punto concluyente en* [B.] *y notorio que ella vuelve a tener al cuidado de sus hijos temores exacerbados de que les pase algo, producto de que se reactualiza cargas no resueltas de esto compatible con haber vivido situaciones traumáticas relacionadas a lo sexual. Eso es lo que también se concluye de* [B.]*, que, si bien pudo adaptarse al encuadre de las entrevistas, sostenerse y colaborar, le representó un esfuerzo porque tiene manifiesto*

#37393315#363770687#20230405085947283

este conflicto de las cargas no resueltas. Puede comunicarse con el lenguaje claro, fluido, pero sin embargo también muestra un proceso como pseudo maduro que hace un mecanismo de defensa que la ayuda a sortear estas exigencias y presiones que tiene desde el medio para poder funcionar o responder, sin embargo, tiene estos profundos conflictos en el área afectiva que también invaden lo intelectual y el desempeño de los mecanismos psíquicos. Por todas estas condiciones es que se observa que [B.] *está en una situación vulnerable psicosocialmente y con indicación de terapia psicológica producto de que no se implica en las situaciones de haber vivido violencia de género, porque las describe desde una percepción casi tercerizada con un concepto de sí mismo muy desvalorizado, lo que la puede llevar a pensar que ingresa fácilmente a dinámicas vinculares abusivas".*

Se señaló, además, que el relato de B.A.R. resultaba coincidente con lo sostenido por aquélla en ocasión de la junta médica realizada *"(c)omo también es coherente cuando ella describe el contenido de una situación y los signos anímicos o afectivos que la sobrecargan y se angustia de aquellas situaciones sensibles que no puede manejar o elaborar. Entonces esto en la junta médica mostró aún más la coincidencia y ser compatible con estas situaciones de trayectoria vital un tanto traumáticas que*

#37393315#363770687#20230405085947283

todavía conserva por la falta de elaboración o de tratamiento en esto".

Por su parte, el licenciado Corona destacó ante el tribunal *a quo* la situación de precariedad económica que impera en la vida de B.A.R., quien *"(a)ctualmente refiere recibir transferencias estatales a partir de la asignación universal por hijo de sus tres hijos, en el momento de la entrevista expresó que serían aproximadamente de 36.000 pesos, estos ingresos la ubicarían cercana a la línea de indigencia, muy por debajo a la línea de pobreza en aquel momento. Si bien explica que para cubrir otras necesidades tiene ayudas de un familiar, de una hermana puntualmente le ayuda a veces con alimentos, se observa una situación de precariedad sobre todo económica".*

Agregó que las necesidades básicas de la imputada se encuentran insatisfechas y enfatizó que *"(l)a condición de pobreza y vulnerabilidad en el caso en que hay menores de edad, se dan por la ausencia de agua potable, la ausencia de baño, y también por la ausencia de suministro de agua potable dentro de la vivienda, si bien tienen suministrada por un vecino prestada la electricidad, estos indicadores habitacionales muestran una situación de necesidad básica insatisfecha, sin mencionar también que uno de los puntos de necesidades básicas insatisfechas declara la necesidad de un adulto inserto en el mercado laboral*

#37393315#363770687#20230405085947283

formal e informal de manera estable. Y a partir de los métodos indirectos con lo que se denomina la línea de pobreza de una indigencia los ingresos mencionados en ese momento eran de 36.000 pesos, en el mes de agosto una canasta básica alimentaria para una mujer con 3 niños de esa edad, menores de 5 años, se conformaba alrededor de los 38.700 pesos, la línea de indigencia, mientras que la línea de pobreza se ubicaba en el mes de agosto en un aproximado de 88.000 pesos. Seguramente esta mujer debe contar con algún recurso por lo que expresó en materiales alimentarios de sus familiares, pero a partir de los ingresos que expresó sería únicamente de asignaciones universales, de transferencias estatales, se encontrarían cercanos a la línea de indigencia".

A su vez, de las constancias de la carpeta judicial se desprende que el 25 de enero de 2022, cuatro meses antes del inicio de la presente investigación, la imputada radicó una denuncia contra su ex pareja, Franco Ferreyra, la que tramita ante el Juzgado de Violencia Familiar y de Género del Distrito Judicial de Tartagal. De aquella surge que "*(e)n* [esa] *fecha a horas 04:30 de la mañana el acusado ingresó a su domicilio por la puerta de acceso principal que se encontraba sin seguridad, fue hasta su dormitorio donde la dicente se encontraba dormitando y la sujetó con una piola por el cuello, a lo que intentó defenderse forcejeando*

#37393315#363770687#20230405085947283

con su ex pareja, cuando este agarró un cuchillo provocándole lesiones superficiales en la pierna derecha y [un] *golpe en el muslo izquierdo, luego la denunciante comenzó a gritar pidiendo auxilio, logrando que el causante se retirara* […] *minutos después observa que frente a su casa se paseaba el sr. Ferreyra vocifernado ´te voy a matar´* […] *adjunta certificado médico expedido por la Dra. Silvia Irina Zabczuk del hospital"*.

De lo expuesto, se observa que B.A.R. padeció una sistemática restricción del efectivo cumplimiento de los derechos sociales, culturales y económicos de los que es titular, la que condicionó que desde niña se vinculara con situaciones marginales las que, si bien advierte e intenta evitar para sus hijos, aún no ha podido elaborar por ausencia de una red de contención y acceso a la justicia oportuna. Aquella marginalidad, que ante su deprivación absoluta, fue la constante de su existencia, la llevó a que, con su escaso bagaje educativo y simbólico, realice la conducta de transgresión para mejorar las apremiantes condiciones básicas de vida de sus hijos.

Aún a riesgo de ser sobreabundantes, debemos tener presente las *"100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad"* -aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada el 4, 5 y 6 de marzo de

#37393315#363770687#20230405085947283

2008-, las que consideran en condición de vulnerabilidad a *"(a)quellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico"*.

De aquéllas se desprende también que *"(P)odrán constituir 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. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico"*.

Sostienen, a su vez, que *"(L)a pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia"*.

#37393315#363770687#20230405085947283

En definitiva, vistas las múltiples causales de vulnerabilidad que atravesaba el devenir vital de B.A.R., al momento de resolver y dar una respuesta debemos hacerlo con la empatía y sensibilidad necesarias para poder ponernos en su lugar y, de esa manera, sopesar de un modo más sensible y menos inflexible su conducta antijurídica con las restantes circunstancias que rodean el caso, exigencia derivada de la debida diligencia reforzada que involucra también la actuación del sistema judicial como parte de las obligaciones a las que los Estados se comprometen en el sistema de protección de derechos humanos (cfr. sobre estas cuestiones, entre otros, el artículo de Colby, Thomas B., "*In Defense Of Judicial Empathy*"; Minnesota Law Rewiew: 96:1944. En www.minnesotalawreview.org y CorteIDH "Campo Algodonero vs. México", sentencia del 16 de noviembre de 2009).

Y, con esa directriz, es que entendemos que la respuesta más adecuada y justa es considerar que se presenta una causal de inculpabilidad por reducción del ámbito de autodeterminación de B.A.R. que torna inexigible, en el caso sometido a revisión, una conducta conforme a derecho y neutraliza el reproche penal.

Por último, huelga aclarar que de lo decidido no se deriva la posibilidad de efectuar generalizaciones arbitrarias ni extender la particular solución de este caso a todas las

#37393315#363770687#20230405085947283

situaciones donde se presentan sujetos vulnerables que atraviesan penurias, en tanto muchas personas con dificultades -aun severas- no acuden al delito, y otras que sí recurren a conductas antijurídicas tienen poder de autodeterminación, situaciones a las que, incluso, hizo alusión el Fiscal General ante esta instancia en la audiencia celebrada. El caso sometido a revisión, a diferencia de aquéllos, se encuentra por debajo del umbral mínimo de exigibilidad que funda el reproche normativo de la culpabilidad y fue por ello que, de manera excepcional, arribamos a la solución ya expuesta.

Las razones apuntadas nos permiten concluir, como adelantamos, que en el caso se presentó un estado de necesidad que disculpa la conducta desarrollada por B.A.R. y neutraliza el reproche de su injusto, por lo que corresponde su absolución (art. 34, inc. 2 del Código Penal).

Por lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR a la impugnación deducida por la defensa pública oficial de B.A.R., **ABSOLVER** a B.A.R. en orden al hecho que fue materia de acusación y **REMITIR** con carácter de urgente las presentes actuaciones a origen, sin costas (arts. 34 inc. 2 del CP, 308, 358 inc. b, 362, 365 y 386 del CPPF).

Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial -CIJ- (Acordada 5/2019 de la CSJN) y remítase al tribunal de origen mediante

#37393315#363770687#20230405085947283

pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Firmado: Diego G. Barroetaveña.

Signature Not Verified
Digitally signed by DIEGO GUSTAVO BARROETAVEA
Date: 2023.04.05 09:38:00 ART

#37393315#363770687#20230405085947283