



Financiado por
la Unión Europea

COPOLAD

RECOMENDACIONES Y PRÁCTICAS PARA LA DEFENSA CON ENFOQUE DE GÉNERO DE MUJERES CRIMINALIZADAS POR DELITOS MENORES DE DROGAS

COPOLAD III es un consorcio formado por



FIIAPP
COOPERACIÓN ESPAÑOLA



iila
Organizzazione internazionale italo-latino-americana



Financiado por
la Unión Europea

COPOLAD

COPOLAD



El presente documento ha sido elaborado en el marco de un compromiso adquirido entre el Programa de Cooperación entre América Latina y Europa sobre Políticas de Drogas (COPOLAD) y la Asociación Iberoamericana de Defensorías Públicas (ADIEF) como una de las acciones claves a nivel regional para el avance en la búsqueda de proporcionalidad y alternatividad penal frente a los delitos de baja lesividad relacionados con drogas, en especial, frente a aquellos casos que involucran la participación de mujeres. Esta acción a sido financiada por la Unión Europea.





NOTA PRELIMINAR

En el marco institucional del conjunto de actividades realizadas por el Programa de Cooperación entre América Latina, el Caribe y la Unión Europea en materia de política de drogas (COPOLAD III), la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF) presenta a la comunidad de defensorías públicas las presentes “Recomendaciones y prácticas para la defensa con enfoque de género de mujeres criminalizadas por delitos menores de drogas”.

El documento ha sido desarrollado a través de la asistencia técnica prestada por la Consultora Tirant Lo Blanch SL (Tirant eGob), conformándose el equipo técnico de trabajo por las expertas Ileana Arduino y Julieta Pellegrino Ruiz, bajo la coordinación del experto Mario Germán Sánchez González.

El desarrollo de este trabajo ha sido posible gracias al liderazgo ejercido por el Programa COPOLAD III y Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), y surge del interés por elaborar un documento que sirva de base para el diseño y la implementación de estrategias defensivas en materia penal con perspectiva de género, considerando la situación especial en la que las mujeres se ven inmersas a partir de las dinámicas que generan las drogas en la sociedad.

La pobreza, la condición de migrante y la diversidad sexual se constituyen en disparadores de procesos de estigmatización y discriminación. Las mujeres son reclutadas como el eslabón más frágil dentro de la cadena del tráfico de drogas y, consecuentemente, criminalizadas por sus posiciones marginales en esta cadena.

Considerando el concurso delictual conformado por la trata de personas y el narcotráfico, la comunidad de defensorías públicas no puede ni debe desconocer que las duras y masivas condenas por delitos menores de drogas aplicadas a las mujeres representan una violación a los derechos humanos.

Esta vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres hace imperativa la adopción de medidas y el liderazgo de actividades tendientes a equilibrar la balanza, permitiendo que las personas operadoras del sistema judicial y especialmente las personas defensoras puedan ejercer una defensa técnica efectiva, con perspectiva de género, que contemple y pregone las múltiples alternativas a la prisión que deben tenerse en cuenta a la hora de penar a las mujeres que cometen delitos menores de drogas. Una defensa técnica eficaz ha de ser ejemplificadora para todo el sistema





Financiado por
la Unión Europea

judicial durante el transcurso del camino hacia la proporcionalidad y la alternitud penales.

Las herramientas y prácticas que aquí se aconsejan son, como se ha dicho, una base sobre el cual las personas defensoras pueden pararse para ordenar su estrategia de trabajo. Este documento no contiene en su letra ordenamientos de carácter imperativo, sino que persigue la finalidad de conformar un piso mínimo y un encuadre teórico, a partir de los cuales las personas defensoras, haciendo uso de su formación académica y profesional, puedan desenvolver una defensa técnica efectiva que fortalezca el debate contradictorio en los procesos judiciales y que promueva y proteja los derechos humanos que deben prevalecer en el Estado de derecho.

Finalmente, considerando el carácter internacional y multicultural de la AIDEF y reconociendo los distintos escenarios normativos y judiciales en los que pudieran ser aplicables estas herramientas, el material que aquí se presenta requiere de un indispensable proceso de ajuste a las normas, prácticas e interpretaciones locales.





Financiado por
la Unión Europea



AGRADECIMIENTOS

El Desarrollo de este trabajo ha sido posible gracias al liderazgo ejercido por el Programa COPOLAD III y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF).

En la recolección de datos y discusiones estratégicas del estudio han participado:

- La Secretaría General de la AIDEF, a cargo del Ministerio Público de la Defensa de la Nación de Argentina.
- La Coordinación General de la AIDEF, a cargo de la Defensa Pública de Costa Rica.
- El equipo Técnico del Programa COPOLAD III.
- El área de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina.
- La Comisión sobre Temáticas de Género del Ministerio Público de la Defensa de la Nación Argentina.
- El conjunto de Instituciones que hacen parte de la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF).





ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	5
Metodología de abordaje	6
Enfoque de género en la defensa penal	6
Cómo mejorar nuestra comunicación basada en Género en el marco de la defensa pública.....	7
El rol de las políticas de drogas y la criminalización femenina	7
Impacto del uso de la prisión preventiva.....	7
Impacto diferencial de la privación de libertad	8
El Impacto sobre terceros: maternidad y responsabilidades de cuidado	8
Estrategias de defensa eficaz con enfoque de género	8
Herramientas para una defensa técnica eficaz	9
Control de prejuicios y estereotipos en las decisiones judiciales.....	10
PARTE I. Contextualización	11
1. ALCANCE DELTRABAJO	12
2. EL ROL DE LAS POLÍTICAS DE DROGAS EN EL CRECIMIENTO DEL ENCARCELAMIENTO FEMENINO	14
A. Caracterización socioeconómica de las mujeres criminalizadas por delitos menores de drogas	17
B. Características principales del involucramiento de las mujeres en este tipo de hechos.....	21
C. Uso de la prisión preventiva y acceso a medidas sustitutivas del encierro carcelario	22
D. El impacto diferencial de la privación de la libertad en los derechos fundamentales de las mujeres.....	23
E. El impacto sobre terceros: criminalización por delitos menores de drogas, maternidad y cuidado de otras personas dependientes	24



PARTE II. El enfoque de género en la defensa penal de mujeres frente a delitos relacionados con drogas..... 26

1. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA DEFENSA PENAL DE MUJERES: UN IMPERATIVO PARA LA JUSTICIA EN DELITOS MENORES DE DROGAS A SER LIDERADO POR LAS DEFENSAS PÚBLICAS 27

A. El enfoque de género y la proactividad como una oportunidad para la efectividad de la defensa 32

Una primera hoja de ruta para identificar dimensiones de trabajo 38

Teoría jurídica de la teoría del caso de la defensa: error de tipo basado en desconocimiento en casos de transporte..... 41

Teoría jurídica del caso de la defensa. Estado de necesidad derivado de su extrema vulnerabilidad: se involucra en microtráfico para solventar un tratamiento médico de un hijo. 42

B. La centralidad de la escucha y la construcción de una relación de confianza con la persona defendida para una defensa penal efectiva. Su impacto en relación con el derecho a declarar 43

C. La centralidad de la especialización, la multidisciplinaria y la interagencialidad para trabajar en defensas con enfoque de género 45

D. Algunas experiencias institucionales concretas para asegurar enfoque diferenciado 47

E. La teoría del delito y la teoría del caso articuladas a través del enfoque de género como instrumentos básicos para la efectividad de la defensa 50

PARTE III. Herramientas metodológicas y operativas para la construcción de una defensa efectiva con perspectiva de género frente a delitos relacionados con drogas 52

1. LA TEORÍA DEL CASO COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO Y DE PLANIFICACIÓN DEL TRABAJO 53

2. EL PRIMER CONTROL: ¿TIENE EL ESTADO UN CASO LEGÍTIMO PARA PERSEGUIR PENALMENTE? 55

3. EN EL CASO DE LAS PERSONAS INGESTADAS, EL RIESGO DE VIDA Y LA AUTOINCRIMINACIÓN 56

4. SOBRE LA NECESIDAD DE CONTROLES ESTRUCTOS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS QUE EVITAN EL JUICIO ORAL..... 58





5. HERRAMIENTAS INDISPENSABLES PARA DEFENDER CON ENFOQUE DE GÉNERO: LA INCORPORACIÓN DEL CONTEXTO Y LAS HISTORIAS DE VIDA.....	59
A. La importancia del contexto y el historial de vida para los distintos momentos en que se deben ponderar bienes jurídicos en juego.....	62
B. Distintas líneas para abordar el trabajo sobre el contexto y los historiales de vida	64
C. El caso de “las mujeres de las circunstancias”	65
D. Coacción, engaño en contextos de discriminación y violencia de género ...	68
<i>El caso especial de las personas sometidas a control territorial del crimen organizado.....</i>	<i>70</i>
<i>La consideración específica de circunstancias como delitos cometidos por víctimas de trata y/o explotación o trabajo forzoso. Explorando el principio de no castigo</i>	<i>73</i>
E. Los efectos crónicos de la violencia y su capacidad de condicionamiento sobre la determinación de la conducta	79
F. Las formas extremas de vulnerabilidad en las estrategias de defensa.....	80
6. EL CONTROL TRANSVERSAL DE PREJUICIOS Y ESTEREOTIPOS COMO HERRAMIENTA DE LA UNA DEFENSA EFICAZ.....	85
A. Controles durante la etapa de investigación y hasta la presentación del caso a juicio.....	88
<i>Un primer momento de trabajo: ¿existen los hechos? el control de la acusación. La precisión en la determinación de los hechos, el encuadre jurídico y las formas de atribución. Escrutinio sobre los roles</i>	<i>90</i>
<i>Control de estereotipos y prejuicios asociados al dominio del espacio doméstico y la posición de dependencia en el marco de relaciones sexo - afectivas con varones.....</i>	<i>90</i>
<i>Control de estereotipos en las formas de valorar la credibilidad de las personas imputadas.....</i>	<i>94</i>
<i>El control de estereotipos y sesgos en las decisiones judiciales y la imparcialidad de jueces y juezas.....</i>	<i>95</i>
<i>El peso de las expectativas de comportamiento y los roles estereotipados en la imposición de penas y en las decisiones sobre medidas cautelares</i>	<i>97</i>
7. EL LITIGIO EN TORNO A LA IMPOSIBILIDAD DE REPROCHAR EL HECHO IMPUTADO: DISCUTIR LA CULPABILIDAD CON ENFOQUE DE GÉNERO	99
8. LA DEFENSA PENAL EFECTIVA EN EL LITIGIO DE MEDIDAS CAUTELARES ..	104
A. Consideraciones generales	104
B. Estándares con enfoque diferenciado en la discusión sobre medidas cautelares	106



9. EXPLORANDO OTRAS RESPUESTAS: HACIA LA CENTRALIDAD DE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y PENAS ALTERNATIVAS PARA DELITOS MENORES POR DROGAS.....	110
10. EL CONTROL DE LA DEFENSA ANTE LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA Y DURANTE LA EJECUCIÓN PENAL	113
A. Las tareas de cuidado y su impacto en las discusiones sobre la libertad de las personas acusadas y condenadas por delitos menores de drogas	114
B. La defensa y el control de la violencia institucional en el ámbito penitenciario	120
ANEXO. Jurisprudencia comparada.....	125





Financiado por
la Unión Europea

COPOLAD

RESUMEN EJECUTIVO

COPOLAD III es un consorcio formado por





RESUMEN EJECUTIVO

“Recomendaciones y Prácticas para la Defensa con Enfoque de Género de Mujeres Criminalizadas por Delitos Menores de Drogas”

El presente documento constituye una guía para la defensa técnica de mujeres criminalizadas por delitos menores de drogas, con un enfoque específico en la perspectiva de género. A través de estas recomendaciones, se busca mejorar la efectividad de las defensas públicas, promover alternativas al encarcelamiento y asegurar que las decisiones judiciales se ajusten a los estándares de derechos humanos con una mirada crítica sobre los estereotipos de género. La defensa debe articular estrategias que reconozcan la situación de vulnerabilidad de las mujeres y aseguren una justicia más equitativa y efectiva.

La propuesta no contiene normas imperativas, sino de directrices que pueden ser adaptadas y contextualizadas según el marco normativo de cada país. El objetivo es garantizar una defensa técnica efectiva que promueva y proteja los derechos humanos, fortalezca el debate contradictorio en los procesos judiciales y promueva la justicia con perspectiva de género.

A continuación se hace mención algunos de los aspectos que son desarrollados en detalle a lo largo del documento.

Metodología de abordaje

El enfoque metodológico de este trabajo está inspirado en la Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que establece la necesidad de aplicar enfoques diferenciados para determinados grupos de personas privadas de libertad, como las mujeres. Estas recomendaciones se centran en la defensa de mujeres criminalizadas por delitos menores de drogas, aunque también son adaptables para ser utilizadas en la defensa de otros grupos en situaciones similares.

Enfoque de género en la defensa penal

La defensa penal con enfoque de género se fundamenta en la necesidad de abordar las desigualdades estructurales y las asimetrías basadas en el sexo, la expresión de género y la orientación sexual que afectan a las mujeres criminalizadas. Esto implica



reconocer que muchas de estas mujeres no solo enfrentan la criminalización, sino que son, a su vez, víctimas de distintas formas de violencia de género. El enfoque de género es una obligación reforzada para las defensorías públicas, y debe aplicarse de manera proactiva desde los momentos iniciales del caso hasta la culminación del proceso y, si es necesario, hasta la ejecución de la pena.

Cómo mejorar nuestra comunicación basada en Género en el marco de la defensa pública

Lenguaje inclusivo y no sexista: Se recomienda evitar el uso del genérico masculino para referirse a todas las personas, ya que invisibiliza a las mujeres y a la comunidad LGBTI+. También se sugiere evitar nombrar a las mujeres como dependientes, secundarias o subalternas, y utilizar términos genéricos que no estén marcados sexualmente.

Respeto a la identidad de género: Es importante que el lenguaje en la defensa respete la identidad de género de la persona, evitando expresiones que supongan una preferencia de un género sobre otro y asegurando que se empleen términos adecuados para referirse a personas lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersexuales y no binarias.

El rol de las políticas de drogas y la criminalización femenina

La implementación de políticas de drogas ha tenido un impacto significativo en el incremento del encarcelamiento de mujeres, particularmente en el ámbito de los delitos menores relacionados con drogas. Las mujeres criminalizadas por este tipo de delitos suelen pertenecer a sectores sociales vulnerables, con baja escolarización y una débil o inexistente relación con el mercado laboral formal. Esta situación de vulnerabilidad socioeconómica las coloca en posiciones subalternas dentro del mercado de drogas, muchas veces como transportadoras o vendedoras de pequeñas cantidades. A pesar de su rol marginal en la estructura criminal, estas mujeres enfrentan sanciones desproporcionadamente severas, similares a las de personas con mayor participación en el comercio de drogas.

Impacto del uso de la prisión preventiva

Un mayor porcentaje de mujeres que de hombres se encuentra en prisión preventiva por delitos de drogas, lo que refleja una desigualdad en la aplicación de la justicia. Las leyes de drogas, caracterizadas por imponer sentencias largas y restrictivas, limitan el acceso a medidas alternativas al encarcelamiento, afectando de manera



desproporcionada a las mujeres. Además, las políticas de drogas tienden a excluir a las mujeres de ciertos beneficios, como la libertad anticipada, agravando aún más su situación.

Impacto diferencial de la privación de libertad

El encarcelamiento tiene un impacto específico en las mujeres, no solo por su vulnerabilidad al abuso físico y mental durante la detención, sino también por la incapacidad de satisfacer sus necesidades específicas dentro de los centros penitenciarios. Según el Comité CEDAW, persisten graves deficiencias en el sistema penitenciario para mujeres, como la falta de mecanismos de supervisión con perspectiva de género y la ausencia de alternativas no privativas de libertad. Este tipo de situaciones exacerban las desigualdades estructurales y aumentan las cargas de cuidado que las mujeres asumen, afectando su rol como madres y cuidadoras.

El Impacto sobre terceros: maternidad y responsabilidades de cuidado

La histórica desigualdad en la distribución de las tareas de cuidado hace que muchas mujeres criminalizadas también tengan la responsabilidad de cuidar a sus hijos u otras personas dependientes. El encarcelamiento de estas mujeres tiene efectos devastadores sobre sus familias, lo que subraya la urgencia de adoptar un enfoque de género en la defensa de estos casos. Una defensa penal técnica y efectiva debe tener en cuenta el impacto que el encarcelamiento tiene sobre estas terceras personas, proponiendo medidas alternativas que garanticen la protección de los derechos de las mujeres y sus dependientes.

Estrategias de defensa eficaz con enfoque de género

La defensa penal de mujeres criminalizadas por delitos menores de drogas requiere una estrategia que considere la concurrencia de vulnerabilidades particulares y la exposición diferencial a la violencia de género. Estas son algunas de las estrategias clave:

Teoría del caso: Es esencial que la defensa articule una teoría del caso que tenga en cuenta el contexto estructural, social y económico en el que se encuentran las mujeres. Deben explorarse factores como la violencia de género, la coacción o la participación forzada en actividades delictivas, así como las responsabilidades de cuidado que asumen.



Control de prejuicios y estereotipos: La defensa debe trabajar activamente para eliminar los estereotipos de género que puedan influir en el proceso judicial, desde la fase de investigación hasta la decisión final. Se debe cuestionar cualquier interpretación que refuerce roles de subordinación o que trivialice la situación de vulnerabilidad de la mujer imputada.

Medidas no privativas de libertad: El documento promueve la centralidad de medidas alternativas al encarcelamiento, destacando que el encierro carcelario no solo impacta negativamente en las mujeres, sino también en sus hijos y otras personas dependientes.

Proporcionalidad penal: Es crucial asegurar que las penas sean proporcionales a los delitos cometidos, evitando sanciones excesivas y desproporcionadas para las mujeres que desempeñan roles menores en el tráfico de drogas.

Herramientas para una defensa técnica eficaz

Incorporación del contexto y las historias de vida: La defensa debe trabajar en la recolección de información detallada sobre la biografía de la acusada, sus redes de apoyo, su autonomía y las responsabilidades de cuidado que asume. Este enfoque situacional permite construir una defensa más comprensiva y efectiva.

Evaluación de las condiciones de vulnerabilidad: Es importante mapear las condiciones de vulnerabilidad a las que se enfrenta la mujer acusada, incluyendo la violencia de género, la discriminación y los vínculos forzados con estructuras criminales.

Protección de la autonomía: La defensa debe examinar cuidadosamente el nivel de autonomía de la mujer en relación con los hechos imputados, evaluando si su participación en el delito fue producto de coerción o necesidad extrema.

Capacidad de comprensión y ejercicio de libertad: Es fundamental que la defensa plantee si la mujer tuvo la capacidad real de comprender la naturaleza de su comportamiento y si actuó bajo libertad o coerción. La defensa debe mostrar que, en muchos casos, la acción criminal no es el resultado de una decisión libre, sino de la situación de extrema vulnerabilidad.



Financiado por
la Unión Europea

Control de prejuicios y estereotipos en las decisiones judiciales

La defensa también debe prestar especial atención a cómo se valoran los hechos y las pruebas en el proceso judicial. Es su función controlar los estereotipos que puedan influir en las decisiones de jueces y fiscales, asegurando que se tome en cuenta la perspectiva de género en todas las etapas del proceso. Este control no se limita al momento de la sentencia, sino que debe ser transversal a todo el procedimiento, especialmente en la aplicación de medidas cautelares.



PARTE I. Contextualización



1. ALCANCE DEL TRABAJO

Este trabajo ha considerado especialmente los lineamientos de la OC- 29-2022 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*”, del 30 de mayo de 2022¹. Dicho instrumento, de reconocible peso jurídico en nuestros países, introduce dos criterios que se han considerado aquí.

Por un lado, la noción de enfoque diferenciado, en la asunción explícita de que la adecuada tutela de la igualdad y la no discriminación reclama el reconocimiento de las diferencias de contexto y situacionales en el abordaje de las políticas estatales pero en lo que nos ocupa, también en el litigio caso a caso.

Por otro lado, el documento es superador de las concepciones esencialistas que limitaban el análisis de género a la noción de “mujer” o “mujeres” abstractamente consideradas, para encarar un abordaje que confiere a distintos colectivos, entre los cuales la exposición a desigualdades, discriminación y violencia de género constituye un denominador común, pero con situaciones específicas que han merecido tratamiento diferenciado en la estructura de ese documento.

El material que aquí se presenta está centrado en la situación de mujeres sometidas a procesos penales por delitos menores de drogas, con foco en aquellas que además tienen a su cargo responsabilidades de cuidado de otras personas dependientes, lo que la OC aborda bajo el título “*Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*”.

Por supuesto, estas personas pueden además pertenecer a otros de los colectivos diferenciados en dicho documento, a saber, personas LGBTIQ+, mujeres indígenas, mujeres mayores de edad, en situación de privación de libertad. Dada la imposibilidad práctica de abordar en un documento único y con la profundidad que esto demanda, se optó por centrar el desarrollo en torno a las características del primero colectivo aludido, con necesarias referencias a consideraciones que deben tenerse desde un enfoque interseccional. Aclarado el alcance del trabajo, resta señalar que el abordaje de la situación específica de los demás colectivos también urge e interpela a las defensas, pero en este trabajo entendemos que limitarnos a enumerar grupos sin asegurar tratamiento en profundidad a todos, podría resultar en una nueva forma de invisibilización.

¹ Disponible [aquí](#).



Respecto del colectivo LGBTIQ+ debe prestarse especial atención atento a que las exigencias de una defensa con enfoque de género así como las obligaciones establecidas en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las Mujeres "Convención de Belem do Pará" (CBDP) deben ser garantizadas respecto de esta población.

La Corte IDH además de considerarlo expresamente en la Opinión Consultiva referida, ha dicho en el caso Vicky Hernández vs. Honduras, que en tanto la Convención de Belém do Pará es un instrumento vivo, *"La violencia en contra de las personas fundamentada en la identidad o expresión de género, y específicamente en contra de las mujeres trans, también se encuentra basada en el género, en cuanto construcción social de las identidades, funciones y atributos asignados socialmente a la mujer y al hombre. Su manifestación responde, no obstante, a un patrón específico de violencia y discriminación por lo que debe abordarse teniendo en cuenta sus particularidades para brindar una respuesta adecuada y efectiva (...) La orientación sexual y la identidad de género son categorías protegidas por la Convención Americana y (...) Además, esta Corte ha sostenido que la identidad de género es "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento"*, por lo que "el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad"²

² [Corte IDH, Vicky Hernández vs. Honduras](#), sentencia del 26 de marzo de 2021, párr. 128 y 129. La referencia al CBDP como instrumento vivo está tomada de una cita que la Corte IDH hace (párr. 130) del documento de la CIDH [Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América](#) del 12 de noviembre de 2015.



2. EL ROL DE LAS POLÍTICAS DE DROGAS EN EL CRECIMIENTO DEL ENCARCELAMIENTO FEMENINO

No obstante que la representación de la población masculina sigue siendo mayoritaria en todos los sistemas penitenciarios del mundo, es una realidad constatable que las políticas de drogas estructuradas en torno al prohibicionismo han tenido, entre muchos otros impactos nocivos, un aumento significativo en la cantidad de personas privadas de la libertad y un sostenido crecimiento de las tasas de encarcelamiento de mujeres en particular³.

La Comisión Interamericana de la Mujer (CIM) al efectuar su presentación “Enfoque de género en materia de mujeres privadas de su libertad” como contribución previa al dictado de la OC- 29-/22 “*Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*” informó que:

“En las Américas, las mujeres y las niñas representan el 8,4% de la población carcelaria (6,3% sin incluir a los Estados Unidos, que tiene aproximadamente 30% de la población carcelaria mundial de mujeres con más de 200,000). Después de los Estados Unidos, Brasil (44,700) y México (10,832) figuran entre los países del mundo con mayores números de mujeres privadas de libertad, mientras que El Salvador tiene una de las tasas de encarcelación de mujeres más altas (58.4 por cada 100,000). El número global de mujeres y niñas privadas de libertad ha aumentado en un 53% desde el año 2000, mientras que el número de hombres privados de libertad ha aumentado en un 20% durante el mismo periodo [...]. En algunos países, el número de mujeres y niñas en prisión ha aumentado aún más, particularmente Brasil (más de cuatro veces el nivel del año 2000), El Salvador (diez veces el nivel del año 2000) y Guatemala (más de cinco veces el nivel del año 2001).”⁴

Esa información es conteste con la producida por otros diagnósticos que indican que América Latina ostenta hoy la tasa más alta de mujeres privadas de la libertad en todo el mundo, siendo ésta de un (30%)⁵. Esa tasa disminuye a 14% si excluimos a Estados Unidos que ocupa el primer puesto en cifras totales de personas privadas de

³ Cf. Chaparro, S., Pérez Correa, C. y Youngers, C. (2017). [Castigos irracionales, leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina](#), Colectivo de Estudios Drogas y Derecho (CDD) Informe Regional 2017.

⁴ CIM (2021). [Enfoque de género y personas privadas de la libertad](#) p. 3 y siguientes.

⁵ A los efectos comparativos, vale la pena mencionar que la tasa europea es del 10%. Hair, H. y Walmsley, R. (2024). [World female imprisonment list. Women and girls in penal institutions, including pre-trial detainees and remand prisoners](#), en *World Prison Brief*, Institute for Crime and Justice Police Research y Birbeck University, 2024.



la libertad a nivel mundial. Países como El Salvador con una tasa de 42% y Uruguay con una tasa de 29%, se encuentran entre los cinco países con el mayor porcentaje de encarcelamiento de mujeres en el mundo. Esa tasa, sin considerar Estados Unidos, creció un 24,5% entre el año 2000 y el año 2022, apenas 5 puntos por debajo de la tasa de crecimiento mundial que se ubicó en el 29.5%⁶.

Esta fuente también coincide en que Brasil ocupa el tercer lugar entre los países con más personas privadas de libertad en el mundo detrás de Estados Unidos y China: cuenta con casi 43.000 mujeres privadas de la libertad, la cifra más alta de América Latina.

Son cifras que dan cuenta de un proceso de sostenido aumento. Como aquellos estudios que muestran que, desde el año 2000 en Centroamérica, la población carcelaria femenina de El Salvador aumentó más de siete veces, y de Guatemala seis veces. En América del Sur, la población femenina privada de la libertad en Brasil se cuadruplicó en los primeros veinte años de este siglo⁷.

En la misma línea, se ha señalado que *“si bien las tasas varían según el país, el porcentaje de mujeres encarceladas por drogas puede oscilar entre el 40 y el 80 por ciento de la población carcelaria femenina, mientras que el de los hombres tiende a ser significativamente menor”*. Los datos recopilados para un informe de la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos (WOLA) publicado en 2020 muestran que en Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá y Perú, la proporción de mujeres encarceladas por razones relacionadas con drogas es al menos un 30 por ciento mayor que en el caso de los hombres (...)”⁸. Por su parte, es consistente con estos datos lo informado por Naciones Unidas en su Reporte Mundial sobre Drogas del año 2018, cuando señala que *“Cuando las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal, esto se debe con frecuencia a los delitos relacionados con las drogas. Desde el punto de vista de la imposición de penas, la proporción de mujeres condenadas por delitos relacionados con las drogas es mayor que la correspondiente a los hombres”*⁹.

Por último, según un informe elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en año 2019, *“en la última década, la población femenina encarcelada se incrementó en un 52%, más del doble de lo que creció la población total encarcelada.*

⁶ Ibid.

⁷ Hair, H. y Walmsley, R. (2024), Op. Cit.

⁸ Youngers, C. (2023). [Liberarlas es justicia. Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento en América Latina](#), WOLA /IDPC/Dejusticia p. 6.

⁹ UNODC (2018). [Informe Mundial sobre las drogas. Resumen, conclusiones y en materia de políticas](#), p. 16 y p. 21.

Las subregiones donde se observó un mayor incremento son el Caribe (85%) y el Cono Sur (63%)¹⁰.

En Argentina, el Servicio Penitenciario Federal (SPF) informa a abril de 2024 que el porcentaje general de mujeres privadas de la libertad en todos los sistemas – considerando la organización federal del país- es de un constante 4% que aumenta a un 7% en el caso de las detenidas en unidades dependientes de la autoridad federal, precisamente porque allí se alojan quienes son privadas de libertad en el marco de investigaciones penales por drogas¹¹.

Otra fuente indica que “la población detenida en cárceles de Argentina pasó de 46.288 en 2002 a 85.283 en 2017, un aumento del 84%. En ese mismo período la población carcelaria por drogas aumentó un 252%. Cuando nos aproximamos a la distribución por género, esta misma fuente informa que el 43,6% del total de las mujeres presas en Argentina lo estaba por delitos de drogas”¹².

Corina Giacomello, en un estudio publicado en 2020, presentó la siguiente representación gráfica de la distribución según género de la población privada de la libertad por drogas en los países de América Latina¹³:

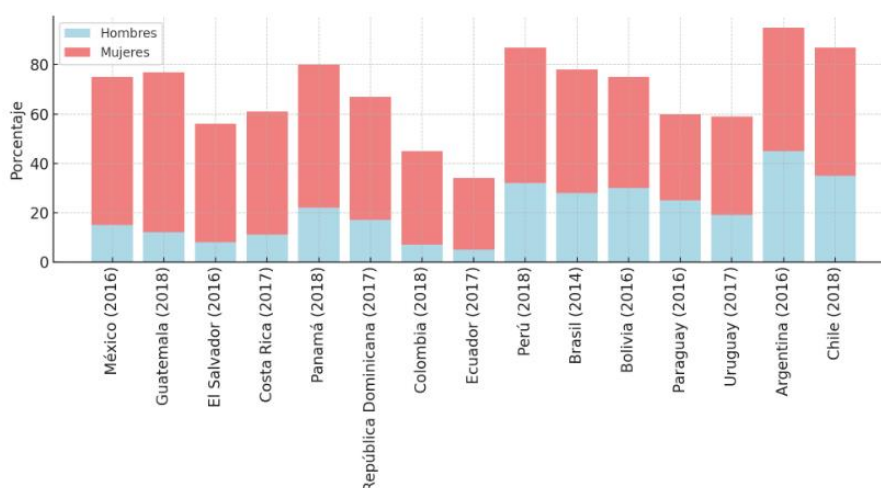


Gráfico basado en Giacomello, 2020.

¹⁰ BID (2019). [Dentro de las prisiones de América Latina y el Caribe: una primer mirada al otro lado de la reja](#), p. 13.

¹¹ Una nota aparte merece el impacto de la llamada desfederalización (ley 26.052) que implicó que en algunas provincias sean las justicias locales, y no ya la justicia federal, las que investiguen delitos menores de la ley 23.737. Eso trasladó el problema del aumento por las privaciones de libertad de la justicia federal a la justicia local por casos de drogas, incrementándose la cantidad de procesos iniciados y correlativamente la cantidad de personas privadas de la libertad. Puede verse más en Guzmán, P. y Zarza, A. (2020). [Desfederalización en materia de estupefacientes](#), publicación del gobierno de la República Argentina, sin datos de jurisdicción ministerial.

¹² CELS (2022). [La guerra contra el narcotráfico](#), Argentina.

¹³ Giacomello, C. (2020). Los impactos de género de las políticas de drogas en las mujeres: estudios de casos en México, *International Development Policy | Revue internationale de politique de développement* [En ligne], 12 | 2020.



Como bien advierte la Corte IDH, al analizar el crecimiento de las tasas de encarcelamiento femenino y la falta de correlación con las tasas de crecimiento de la población penitenciaria en general, la relación se establece “*en la existencia de políticas criminales que carecen de una perspectiva de género*” (OC- 29-22, párr. 123). A su vez, en ese mismo sentido, muestra cómo esta “*feminización del narcotráfico a su vez, tendría relación directa con la feminización de la pobreza*”¹⁴. Enfocando directamente en los contextos de crimen organizado, con análisis en la situación de Honduras, México, El Salvador y Guatemala, la CIDH ha advertido “*(...) un incremento exponencial del número de mujeres encarceladas (...). La población penitenciaria femenina en El Salvador, desde el 2000 hasta el 2021 se multiplicó más de siete veces, aumentando de 371 a 2.710 mujeres encarceladas respectivamente. En Guatemala, del 2001 al 2021, se multiplicó más de seis veces, aumentando de 433 a 2.782 respectivamente. En Honduras, desde 2002 hasta 2018, se multiplicó casi dos veces, aumentando de 614 a 1.160 respectivamente; a noviembre del 2020, se registraban 1.118 mujeres privadas de libertad (...)*”.

“Este incremento se relaciona con las políticas públicas de seguridad de ‘mano dura’ para combatir el crimen organizado en esta subregión (...). Esta situación afecta de forma diferenciada a las mujeres, quienes se encuentran principalmente detenidas por delitos vinculados con la criminalidad organizada , destacando los delitos de extorsión y los relacionados con las drogas como las principales causas de encarcelamiento (...) las mujeres, niñas y adolescentes dado que éstas pueden ser tanto víctimas como victimarias; se encuentran en posiciones de debilidad en la cadena de poder de las pandillas y de otras estructuras criminales; son ellas quienes realizan actividades con mayor riesgo a ser detenidas, y muchas veces son forzadas a realizar actividades delictivas bajo amenazas contra ellas y sus familias”¹⁵

A. Caracterización socioeconómica de las mujeres criminalizadas por delitos menores de drogas

La primera constatación que debe tenerse presente es que la criminalización por drogas se concentra, cualquiera sea la expresión sexo genérica de las personas alcanzadas por la persecución penal, en delitos menores conforme la multiplicidad de conductas que prohíben las distintas legislaciones en cada país.

La CIDH en su informe del año 2023, “Mujeres privadas de la libertad en las Américas” sostuvo que “la mayoría de las mujeres encarceladas en la región se involucra con la comisión de delitos como consecuencia de diversos factores que se vinculan principalmente con reducidas oportunidades económicas y educativas que derivan en

¹⁴ Dejusticia et al (2016). [Mujeres, delitos de drogas y prisión preventiva en América Latina](#), p. 3.

¹⁵ CIDH (2023-B). [Norte de Centroamérica. Impacto del crimen organizado en mujeres, niñas y adolescentes](#), párr.185, 187, 188.



situaciones de pobreza, responsabilidades financieras respecto de las personas bajo su cuidado, contextos de violencia, y consumo de drogas”¹⁶.

En ese sentido se ha puesto en evidencia que “si se analizan tan sólo los datos oficiales enviados por los países a la ONUDD, en el marco de las obligaciones de reporte anual (ARQs) en el año 2018, la mayoría de los países revela un sesgo alto hacia la persecución de delitos asociados a la posesión de estupefacientes por sobre aquellos que pretenden ser el foco de las estrategias para contener el problema mundial de las drogas. En una selección de 34 países pertenecientes a América y Europa, aproximadamente un 60% informa un sesgo superior al 70% en la persecución de la posesión por sobre los delitos de tráfico. En tanto, un 35% de ellos supera el 80% de la persecución en la posesión de estupefacientes. Es decir, la mayoría de estos países concentra los esfuerzos policiales y judiciales en materia de control de drogas en aquellos delitos menores que se derivan de lo estipulado en la Convención de 1988”¹⁷. Bajo esta dinámica de criminalización, se estimó hace varios años, que el 18% de la población mundial privada de la libertad lo está por delitos relacionados con la legislación de drogas¹⁸.

Es posible constatar que, por regla, las personas criminalizadas por drogas tienen una lábil o inexistente relación con el mercado laboral, presentan trayectorias de escolarización básica interrumpidas en sus niveles más bajo y sus condiciones de vida dan cuenta del atravesamiento de condiciones estructurales de pobreza. Eso se replica en las condiciones de explotación a que son sometidos dentro del propio ámbito de la actividad criminalizada. Nadie discute ya que la política de persecución se centra en los actores más subalternos de las economías criminalizadas, como la del mercado de drogas¹⁹.

Además, existe una acreditada conexión entre la discriminación estructural en razón de género *“que limita el acceso a oportunidades económicas y laborales y la sobrecriminalización [...] Las mujeres perciben las consecuencias de las sanciones penales de manera diferente, muchas veces con un mayor impacto en sus hijos y familias”*²⁰

Ya en el año 2015 la CIDH alertó que *“De acuerdo a la información y a las cifras a las cuales ha tenido acceso la Comisión, existen (...) un creciente número de mujeres muchas de ellas madres con hijos a su cargo, que se encuentran cumpliendo medidas que entrañan la privación de la libertad por infracciones a la ley de drogas, usualmente por consumo, posesión de pequeñas cantidades de drogas y microtráfico. A juicio de*

¹⁶ CIDH (2023-A). [Informe Mujeres privadas de libertad en las Américas](#), párr. 4.

¹⁷ Fusero M. y Souto Zabaleta, M. (2021). [Organismos internacionales y la criminalización por drogas](#), RESET /ILSED, Buenos Aires, Argentina, p. 4.

¹⁸ World Drug Report 2016, UN, p. 101.

¹⁹ Cf. Chaparro, S., Pérez Correa, C. y Youngers, C. Op. Cit, p. 31 y siguientes.

²⁰ PNUD (2015), [Políticas de control de drogas y desarrollo humano](#), p. 7 y p. 32.



la Comisión, el análisis de los motivos y las consecuencias de esta situación ponen de manifiesto que subyacen diversas vulnerabilidades y violaciones a derechos humanos que deben ser analizadas más detenidamente y consideradas adecuadamente en las políticas públicas de drogas”²¹

Para no sobreabundar en especificaciones, de acuerdo con el diagnóstico incorporado en la Opinión Consultiva 29-22 de la Corte IDH con apoyo en múltiples fuentes informa que:

“En Argentina [...] según una encuesta penitenciaria del 2019, el 84% de los varones privados de su libertad señalaron que sus hijas e hijos se encontraban a cargo de sus madres, mientras que un 19% de las mujeres detenidas indicó que los padres eran responsables de sus cuidados. De similar forma, para el 2015, en Panamá se estimaba que el 68% de las mujeres encarceladas eran solteras y el 81% era madre, siendo el 65% de las mujeres privadas de libertad jefas de familia. Para el 2017, en Costa Rica el 76% de las mujeres privadas de libertad eran madres, el 53,2% no tenía pareja estable, y el 65% se dedicaba a labores domésticas no remuneradas. En Colombia, para el 2020, el 60% de las mujeres privadas de libertad contaban con algún grado de escolaridad de básica primaria; al mismo tiempo, el 94% eran madres, en su mayoría de menores de edad, y el 75% era cabeza de familia con escasos recursos económicos para el sostenimiento del hogar, de las cuales, muchas eran las principales proveedoras” (OC 29-22, párr. 121).

Otro elemento muy importante en la caracterización de quienes son criminalizadas, más recientemente enfatizado por los organismos de derechos humanos, es la cuestión del cuidado: *“La CIDH encuentra un vínculo estrecho entre las responsabilidades de cuidado de las mujeres y la comisión de delitos motivada por la falta de recursos económicos para solventar las necesidades básicas de sus familias. (...) En este escenario, considerando que la mayoría de las mujeres encarceladas son madres y principales responsables económicas, la insuficiencia de medios para afrontar los gastos de cuidado de las personas bajo su cuidado constituye un factor esencial que contribuye en su involucramiento con la comisión de delitos”²².*

La sobrecriminalización de las personas afrodescendientes también es un rasgo entre la población penal femenina y *“podría obedecer a una suma de factores subyacentes, entre los cuales destacan la discriminación racial estructural, el control policial con sesgo étnico-racial, la pobreza y, la falta de oportunidades educativas y de empleo (...)”*. Por ejemplo, en Brasil, de acuerdo con datos oficiales, entre enero y junio de 2022, las mujeres afrodescendientes (Pardas y Pretas) representaban el 59% de la población carcelaria femenina total (...). En Panamá, el Grupo de Trabajo de Expertos sobre Afrodescendientes durante su visita al país en el 2013, observó que las mujeres

²¹ CIDH (2015) [Informe Violencia, niñez y crimen organizado](#), 11 de noviembre de 2015, párr. 100.

²² CIDH (2023- A) , Op. Cit. párr. 48.



afrodescendientes estaban “*excesivamente representadas en las cárceles*”, quienes en su mayoría habían sido condenadas por delitos relacionados con las drogas o por delitos callejeros²³.

En el caso de quienes pertenecen a comunidades indígenas la situación es también acuciante porque son muy altos los niveles de subregistro y podrían ser cifras mucho más altas, sobre todo considerando la heterogeneidad territorial, la cantidad de comunidades, etc. Comenzar a visibilizar esa situación a través del litigio es un objetivo para la defensa pública. Algunos datos para dar cuenta de esto:

“*Una de las primeras dificultades que hay que abordar es la escasez de datos e informes oficiales sobre las mujeres indígenas privadas de la libertad*”. Por ejemplo, en Colombia el último informe es del 2006 y documenta la situación general de la población indígena privada de la libertad, pero no está desagregada por género. En el informe de Julio de 2021 dado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) no se encuentran datos que registren el número de mujeres indígenas privadas de la libertad. Sin embargo, en Colombia la tendencia de criminalización hacia las mujeres es por los delitos relacionados contra la salud pública, es decir por narcotráfico. En Ecuador, el conteo estadístico se ha fundamentado en el auto reconocimiento de las mujeres como indígenas (...) muchas comunidades indígenas han sido desplazadas de sus territorios lo que dificulta su identificación. En consecuencia, solo 59 mujeres en todo el sistema carcelario son reconocidas como indígenas, procesadas por aborto y narcotráfico. A su vez, en Chile, mujeres indígenas que migran desde Perú, Bolivia y Argentina con el objetivo de subsistir o en búsqueda de oportunidades, se ha advertido que en estos tránsitos se generan espacios para criminalidad en especial en delitos como el narcotráfico (...). Por último, en México para el 2014 las mujeres indígenas en prisión representaban un 5.19% siendo una minoría respecto a la población privada de la libertad. Estas mujeres son discriminadas por el hecho de ser indígenas y sufren una alta criminalización por delitos relacionados con narcotráfico”²⁴.

La defensa de estas personas reclama consideraciones adicionales: el impacto del encierro carcelario respecto de sus formas de vida y prácticas ancestrales, las barreras idiomáticas que las exponen a mayores vulneraciones de derechos en los operativos de detención, la dificultad de comprender sus cosmovisiones sin adecuado asesoramiento y capacidad de interpretación incluso por parte de quienes les defienden, entre otros problemas documentados y que pueden ser ampliados en el Informe “*Las Mujeres indígenas y sus derechos en las Américas*”²⁵.

²³ Ibid. párr. 58 -59.

²⁴ APT (2021). [Abrir las puertas de la justicia para las mujeres indígenas privadas de libertad](#), Asociación para la Prevención de la Tortura Suiza, 21 de agosto de 2021.

²⁵ CIDH (2017). [Las mujeres indígenas y sus derechos en las Américas](#), 17 de abril de 2017. La Corte IDH en su OC 29-2022 afirmó “ En Colombia, el INPEC ha identificado que, en el caso de personas indígenas encarceladas, los delitos más frecuentes son el tráfico, fabricación o porte de



B. Características principales del involucramiento de las mujeres en este tipo de hechos

Si bien *“las investigaciones sobre el papel de las mujeres y los jóvenes en la cadena de suministro de drogas son muy escasas”*²⁶ y más allá de las particularidades en las políticas de persecución y las figuras penales que se utilizan en cada país, hay un dato que se constituye de forma transversal a todas las realidades que se van conociendo a través de los procesos de judicialización. Es que *“si bien es usual que sean empleadas en los niveles más bajos de la organización, como para transportar o vender pequeñas cantidades de droga, ellas suelen sufrir las mismas duras consecuencias, incluidas penas severas, al nivel de aquellos con una mayor participación en el comercio de drogas”*²⁷.

Por otra parte, la gravitación de la coacción o distintas formas coercitivas, conectadas con el sometimiento a distintas formas de violencias de género en sus relaciones interpersonales, es una de las razones por las cuales las mujeres suelen verse involucradas en delitos como los que nos ocupan.

Se trata de una tendencia a nivel mundial, reconocida expresamente en el Informe *“Causas y consecuencias del encarcelamiento de mujeres”*, llevado adelante por la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra las Mujeres en el año 2013. Dicho informe puntualiza que en México, se estima que al menos el 40% de las mujeres privadas de la libertad por delitos por drogas, actuó con coacción por parte de sus novios o esposos²⁸.

En directa relación con este dato, según los datos producidos por el BID en el informe previamente citado al analizar el crecimiento de la población femenina encarcelada, *“el 18% de las mujeres que están en la cárcel cometió su delito con alguien más, frente al 7% de los presos hombres, mientras que un 39% de las mujeres privadas de libertad tiene a su pareja detenida en simultáneo. Sólo un 5% de los hombres declara tener a su pareja en prisión”*²⁹.

estupefacientes y el homicidio, siendo el primero más común en las mujeres y el segundo más común en los hombres. En México, el Instituto Nacional de Mujeres constató que los principales delitos por los que son encarceladas las mujeres indígenas son homicidio y “delitos contra la salud”, usualmente relacionados con las drogas. Al mismo tiempo, la privación de la libertad puede ser utilizada como mecanismo para censurar y criminalizar a las y los líderes indígenas. En estos casos, el enjuiciamiento de las personas se caracteriza por períodos prolongados de prisión preventiva”, párr. 284.

²⁶ UNODC (2018), Op. Cit. p. 22.

²⁷ Ibid., p. 7.

²⁸ 4 ONU (2013). [Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres](#) (A/68/340), 21 de agosto de 2013, apartado II.B.

²⁹ BID (2019), Op. Cit. p.12.



Por otro lado, en base a datos sistemáticos para el período 2012 - 2016 reportados por los Estados de Naciones Unidas, se ha concluido que *“algunas mujeres involucradas en el tráfico de drogas son víctimas de la trata de personas, incluida la trata con fines de explotación sexual. La participación de las mujeres en la cadena de abastecimiento de drogas con frecuencia es atribuible a la vulnerabilidad y la opresión, cuando se ven forzadas a actuar por miedo. Además, las mujeres pueden aceptar una retribución inferior a la de los hombres: algunos investigadores han observado que las mujeres podrían verse obligadas a aceptar tasas de pago inferiores a las de los hombres por llevar a cabo actividades de tráfico de drogas, lo que significa que es más probable que algunas organizaciones de narcotraficantes utilicen a mujeres como ‘mulas’”*³⁰.

C. Uso de la prisión preventiva y acceso a medidas sustitutivas del encierro carcelario

En casi todos los países *“un mayor porcentaje de mujeres que de hombres se encuentra en detención preventiva por casos de drogas. En resumen, las leyes de drogas, caracterizadas por sentencias excesivamente largas y restricciones a la aplicación de alternativas al encarcelamiento y a ciertos beneficios como es la libertad anticipada, afectan a las mujeres de manera desproporcionada”*³¹.

En Argentina, los datos oficiales del Servicio Penitenciario Federal (SPF) según su primer informe trimestral 2024, disponible *online*, indican que mientras que la tasa de personas presas sin condenas general es del 44%, la de mujeres asciende al 55%. Otras fuentes enfocadas en los delitos por drogas indican que *“un gran porcentaje de las y los detenidos por drogas no tienen condena”*. En 2017, el 54% de las y los presos en todo el país ya habían recibido sentencia en primera instancia. En el caso de las y los presos por drogas ese porcentaje era de apenas un 33%, es decir que la mayoría estaba esperando el juicio en la cárcel (...). a mayor parte de las mujeres privadas de la libertad por la ley 23.737 cometió delitos no violentos e infracciones de menor escala (...) el 82% de las mujeres condenadas en 2016 recibieron penas de hasta 4

³⁰ UNODC (2018), Op. Cit. Pág. 14. En idéntico sentido, dos años antes, es decir en 2016, un consorcio de organismos estatales y no estatales presentó información en audiencias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dirigidas a la adopción de “medidas para reducir el uso de la prisión preventiva”. Los datos pueden verse en el documento [Mujeres, delitos de drogas y prisión preventiva en América Latina](#). Posee datos de Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, México y Uruguay y las dinámicas relevadas son las mismas con acento en el problema de las personas ingestadas y las mujeres que son obligadas a ingresar drogas en prisión. Participaron las siguientes organizaciones: Asociación Costarricense para el Estudio e Intervención en Drogas (ACEID), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de Argentina, el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad de México, la Corporación Humanas- Chile y Colombia, el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), la Junta Nacional de Drogas del mismo país, la Procuración Penitenciaria de República Argentina y Washington Office on Latin America (WOLA).

³¹ Youngers, C. Op. Cit. p. 6.



años. Las sentencias judiciales muestran que la gran mayoría se trata de delitos de comercialización (76%), tenencia (17%) y contrabando (6%)”.

En comparación, las cifras disponibles indican que es en Argentina donde se registra la más alta tasa de mujeres en prisión preventiva, junto con Paraguay, con porcentajes que llegan al 66.5% y 64% respectivamente. En Costa Rica, la tasa de prisión preventiva de mujeres privadas de la libertad es del 34,6%, situación similar a la de Colombia donde el porcentaje de mujeres presas por drogas sin condenas es de 27,43%³².

D. El impacto diferencial de la privación de la libertad en los derechos fundamentales de las mujeres

Los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales tienen por constatadas una multiplicidad de impactos diferenciales en el caso en que las mujeres transitan por el sistema penal, con especial foco en la privación de libertad en instituciones penitenciarias.

El Comité CEDAW, en la ya referida Recomendación General nro. 33 , párr. 48 del año 2015, señaló que “la justicia penal tiene efectos sobre su acceso a la justicia, debido a su alto grado de vulnerabilidad al abuso mental y físico y a las amenazas durante el arresto, la interrogación y la detención” y agregó como observaciones puntuales que persiste:

- la imposibilidad de satisfacer necesidades específicas de las mujeres detenidas,
- la falta de mecanismos de examen independientes, de supervisión y que tengan en cuenta la perspectiva de género en el ámbito penitenciario y finalmente,
- falta de alternativas a la detención no privativas de la libertad que tengan en cuenta la perspectiva de género.

Por su parte la CIDH, en su *“Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”*³³ sostuvo de manera categórica la correlación entre las políticas de drogas y su impacto diferencial en razón de género al afirmar que *“El incremento en el número de mujeres privadas de libertad en la región, y en consecuencia del uso de la prisión preventiva respecto a esta población, deriva*

³² Tirant e Gob (2024). Documento técnico de estándares mínimos iberoamericanos para la humanización de la política criminal y penitenciaria, p. 10.

³³ CIDH (2017). [Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas](#), 3 de julio de 2017. párr. 200.



principalmente del endurecimiento de políticas criminales en materia de drogas, y de la falta de perspectiva de género para abordar la problemática”.

Además a lo largo de todo el informe ha remarcado la correlación entre las situaciones de desigualdad y discriminación histórica que se expresa en el recurso a múltiples estereotipos (párr. 199) y la acentuación de todos los riesgos que ello entraña, cuando *“(…) las mujeres se encuentran privadas de su libertad y bajo el control de las autoridades del Estado”*. Al respecto, la Corte Interamericana³⁴ ha analizado el impacto diferencial de la pena privativa de la libertad en las mujeres, y ha hecho notar que, en el contexto de privación de libertad, las mujeres se encuentran bajo el *“completo poder” de los agentes del Estado, y en una situación de indefensión*” (párr. 195). Agrega luego que, debe tenerse en cuenta que *“el encarcelamiento de las mujeres adquiere una dimensión propia que resulta en vulneraciones particulares a sus derechos, derivadas de su condición de género”* (párr. 198).

Ese mismo informe refiere que es deber tener presente en toda política pública, que ser mujer puede implicar una mayor exposición a la violencia sexual.

E. El impacto sobre terceros: criminalización por delitos menores de drogas, maternidad y cuidado de otras personas dependientes

La desigualdad histórica en la distribución de las tareas de cuidado y/o trabajos reproductivos³⁵ también reclama atención al momento de considerar la urgencia en asegurar enfoque de género en el abordaje de casos de personas que enfrentan procesos penales y tienen al mismo tiempo, la responsabilidad de cuidar y proveer atenciones básicas a hijas, hijos y otras personas dependientes.

La CIDH en su Informe del año 2017, también *“advierde que de conformidad con informes de sociedad civil, aproximadamente el 10% de los hijos de madres encarceladas queda a cargo de sus padres, mientras que cuando se priva de libertad al padre, la mayoría de los hijos continúa bajo el cuidado de sus madres (...)”*. Su encarcelamiento ocasiona severas consecuencias para sus hijas e hijos, y para las personas que se encuentran bajo su cuidado, tales como personas con discapacidad y personas mayores. Por su parte, esta Comisión ha señalado que la privación de libertad de las mujeres tiene consecuencias graves para los niños y niñas, debido a que generalmente el cuidado de los mismos queda a cargo del pariente más cercano, separando a veces a los hermanos, y requiriéndose en la mayoría de las veces, la

³⁴ Se hace cita del caso Corte IDH, [Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú](#). Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303 y párr. 313.

³⁵ Así lo reconoce la CIDH en el Informe que venimos refiriendo aquí al destacar *“el impacto y las cargas específicas que han llevado históricamente a las mujeres en razón de su sexo y roles sociales tradicionales. Muchas mujeres son aún las principales responsables de la crianza de sus hijas e hijos, actúan como cabezas de familia, y tienen personas bajo su cuidado”* (párr. 201).



intervención de servicios sociales para apoyar en su bienestar, e incluso, de la institucionalización” (párr. 201).

Sin ambigüedades, con apoyo en múltiples informes y análisis especializados, dicho organismo reconoce allí mismo que esa circunstancia genera *“la ruptura de lazos de protección [que] ocasiona que las personas bajo su cuidado queden expuestas a situaciones de pobreza, marginalidad y abandono, mismas que a su vez, pueden desembocar en consecuencias de largo plazo, tales como involucramiento en organizaciones criminales, o incluso, institucionalización”* (párr. 201).

En términos cuantitativos se ha establecido para el año 2019 que *“en 25 países de la región existen entre 1.710.980 y 2.307.048 NNA con al menos uno de sus padres privado de la libertad, de los cuales entre 359.305 y 484.480 tienen a, por lo menos, uno de sus padres privado de la libertad por delitos de drogas”*³⁶ y entre los impactos relevados los más significativos son: el agravamiento de vulneraciones de derechos preexistentes, el estigma y la asunción de responsabilidades no acordes con sus edades derivadas de la privación de libertad de sus referentes adultas, entre muchas otras³⁷.

También la CIDH, en su Informe Garantías de derechos de niños, niñas y adolescentes, del año 2017, correlacionó el impacto de la persecución por delitos menores de drogas con la afectación de dichos derechos:

*“los hijos e hijas de personas privadas de libertad sufren graves efectos en el disfrute de sus derechos como consecuencia del encarcelamiento de sus padres con impactos en su desarrollo integral, bienestar y en el acceso a oportunidades en igualdad de condiciones con el resto de niños (...). Ésta es una problemática en crecimiento debido al elevado número de personas privadas de libertad en la región, especialmente en conexión a la excesiva utilización de la prisión preventiva y a la aplicación de penas privativas de libertad para delitos no violentos relacionados con las drogas como el microtráfico”*³⁸

³⁶ Giacomello, C. (Dir.). (2019). [Informe Regional “Niñez que cuenta: impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe.](#) Ciudad Autónoma de Buenos Aires. (CWS) Oficina Regional para América Latina y el Caribe, p. 9.

³⁷ Ibid. p. 17-18.

³⁸ CIDH (2017). [Informe Garantías de derechos de niños, niñas y adolescentes](#), párr. 8.



Financiado por
la Unión Europea

COPOLAD

PARTE II. El enfoque de género en la defensa penal de mujeres frente a delitos relacionados con drogas





1. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA DEFENSA PENAL DE MUJERES: UN IMPERATIVO PARA LA JUSTICIA EN DELITOS MENORES DE DROGAS A SER LIDERADO POR LAS DEFENSAS PÚBLICAS

Cualquiera sea el rol que ocupemos en el proceso penal, la perspectiva de género nos exige considerar la existencia de desigualdades o asimetrías basadas en el sexo, la expresión de género o la orientación sexual de las personas, sean éstas precedentes o contemporáneas del hecho investigado, en particular aquellas que se derivan del hecho de que las personas imputadas resulten, simultáneamente, víctimas de distintas formas de violencias de género.

Esto ha sido sistematizado de manera bastante didáctica por la Suprema Corte de Justicia de México³⁹. Esta Corte estableció como condiciones mínimas para el aseguramiento de la perspectiva, las siguientes dimensiones de trabajo que comprenden a todos los operadores, defensa incluida:

- Identificar si existen situaciones de poder que den cuenta del desequilibrio y de la situación de desventaja por razón de género y analizar el contexto de violencia que vivían las inculpadas, a fin de garantizarles el acceso efectivo e igualitario a la justicia;
- Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género;
- En caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones;
- De detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable; evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo

³⁹ Amparo directo en revisión 6181/2016, Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Resuelto en sesión de 7 de marzo de 2018. También puede verse Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.



con el contexto de desigualdad por condiciones de género y los efectos de la violencia.

La CIDH sostiene además que la perspectiva de género: *“(...) debe entenderse como un método de análisis de la realidad que permite visibilizar la valoración social diferenciada de las personas en virtud del género asignado o asumido, y evidencia las relaciones desiguales de poder originadas en estas diferencias.(....)”*⁴⁰.

Cuentan en estas circunstancias las exigencias que impone al conjunto del sistema de justicia el desarrollo del deber de debida diligencia reforzada (conf. artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y sus interpretaciones)⁴¹. En la Recomendación No. 35 de CEDAW estableció que deben erradicarse *“las prácticas judiciales que hagan caso omiso de una historia de violencia por razón de género en detrimento de las acusadas”* (Apartado IV. a 29.c.ii). Previamente, conforme la Recomendación General nro. 33 enfatizó que deben institucionalizarse sistemas de asistencia jurídica y defensa pública que sean accesibles, sostenibles y respondan a las necesidades de las mujeres, con asistencia oportuna, continua y efectiva en todas las etapas de los procedimientos judiciales o cuasi judiciales, incluidos los mecanismos de solución de controversias alternativos y los procesos de justicia restaurativa, que aseguren que los proveedores de asistencia jurídica y defensa pública sean competentes, sensibles a las cuestiones de género (Apartado III.E).

Esa misma recomendación tuvo como una situación constatada que *“la mujer sufre discriminación en casos penales debido a lo siguiente: a) falta de alternativas a la detención no privativas de la libertad que tengan en cuenta la perspectiva de género, b) imposibilidad de satisfacer necesidades específicas de las mujeres detenidas, y c) falta de mecanismos de examen independientes, de supervisión y que tengan en cuenta la perspectiva de género. La victimización secundaria de la mujer por el sistema de justicia penal tiene efectos sobre su acceso a la justicia, debido a su alto grado de vulnerabilidad al abuso mental y físico y a las amenazas durante el arresto, la interrogación y la detención* (Apartado D.48).

En materia de drogas, la insistencia con dicho enfoque está directamente relacionada con la incidencia desproporcionada que ha tenido sobre este conjunto de la población la política criminal centrada en la persecución del tráfico de drogas y más específicamente en sus modalidades más elementales.

Es útil considerar que en la Directrices Internacionales sobre Derechos Humanos y Políticas de Drogas, se ha recomendado a los Estados y sus organismos *“Tomar todas las medidas legislativas, administrativas y de política necesarias para asegurar*

⁴⁰ CIDH (2023-A), Op. Cit. párr. 85.

⁴¹ Corte IDH, *“González y otras (Campo Algodonero) vs. México”*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, entre muchos otros casos.



que las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres sean tomadas en cuenta en los esfuerzos para abordar la participación en el tráfico de drogas y la dependencia de las economías de drogas ilícitas y “poner a disposición intervenciones específicas de género que tengan como objetivo principal la desviación del sistema de justicia penal, y abordar los factores subyacentes que conducen a que las mujeres entren en contacto con el sistema de justicia penal”⁴².

Dado el carácter estructural de la discriminación en razón de género y el rol reproductor que los sistemas de justicia suelen tener cuando omiten toda consideración de sus implicancias (CIDH, 2007), es de importancia capital que quienes defienden a las personas que son acusadas penalmente y estén alcanzadas por esas desigualdades, discriminaciones y violencias les garanticen atención suficiente a ellas y a la forma en que pueden incidir esas circunstancias en la caracterización de los hechos y su juzgamiento. No hacerlo “puede enmascarar una serie de violencias y padecimientos históricos que deben formar parte del análisis integral que realizan las agencias del sistema de justicia”⁴³.

También a nivel penitenciario, las defensas saben ya y conocen que las demandas sobre la institución son distintas, y por lo tanto sus obligaciones, cuando se trata de abordar la situación penitenciaria de hombres y mujeres. Por lo cual estas instituciones *“deben ser muy conscientes de las necesidades especiales de sus asistidas encarceladas para poder accionar correctamente y bajo un formato diferenciado en procura de que esas necesidades resulten adecuadamente atendidas. Un modo de asistencia único para hombres y mujeres corre el riesgo de no contemplar esas diferencias y desatenderlas gravemente, por lo que resulta imperioso asumir la necesidad de una defensa especializada en género sensible que desarrolle criterios diferenciados para las mujeres”*⁴⁴.

Por otra parte, *“la defensa pública tiene la virtud de ser el ámbito por definición desde el cual ha de exigirse el efectivo cumplimiento de las políticas públicas, sea interviniendo en procedimientos administrativos o en casos judiciales de naturaleza penal o civil”*⁴⁵.

Es precisamente mediante un correcto **encuadre de los hechos que cumpla con el deber establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará y la recomendación de la regla nro. 17 de las Reglas de Brasilia** de prestar atención a

⁴² Documento publicado con el auspicio de ICHRP, Comisionado de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, ONUda, WHO y UNDP (2019). [Directrices Internacionales sobre Derechos Humanos y Políticas de Drogas](#), p. 18.

⁴³ [Guía para la investigación y el juzgamiento con perspectiva de género en materia de drogas](#), Aramis Lascano Coord. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 2022, P. 12.

⁴⁴ AIDEF (2015), Op. Cit. p. 20.

⁴⁵ AIDEF (2022). [Manual de Aplicación de las 100 Reglas de Brasilia en el ámbito de la Defensa Pública](#), Versión actualizada, p. 12.



la concurrencia de otras circunstancias que suelen generar asimetrías como la raza, la etnia, nacionalidad o la condición de migrante entre otras que hacen al deber de considerar múltiples factores de vulnerabilidad⁴⁶, que la intervención del sistema de justicia, que pone su atención sobre ellas como acusadas, puede ser reparadora en lugar de profundizar esas desigualdades y violencias.

Sobre el alcance y significado del citado artículo 9 conviene tener presente que la Corte IDH, en *Vicky Hernández vs. Honduras*, afirmó que *“insta a los Estados para que, a la hora de adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, tomen en cuenta “la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”*. Esta lista de factores no es *numerus clausus*, como lo indica la utilización de la expresión ‘entre otras’ (...). La identidad de género en determinadas circunstancias [como cuando] se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género⁴⁷.

En este punto, siempre debe asumirse la necesidad de atender estas particularidades teniendo presente que hay una injusticia sustancial en exigir a las personas en abstracto, con prescindencia de las circunstancias en que ellas se hallan, más aún si prevenir o mitigar esas circunstancias es, además, una obligación estatal incumplida. Garantizar el cumplimiento de este enfoque *“requiere alejarse de la neutralidad normativa, de la utilización de estereotipos y atender el contexto [...] en busca de una igualdad formal y material que produzca una igualdad real a partir de la aplicación de los principios rectores en materia de derechos humanos y de género en particular. Incluye el ejercicio de agudizar la mirada frente a normas aparentemente neutrales que pueden estar escondiendo una aplicación discriminatoria⁴⁸*.

Es prácticamente imposible pensar en poder cumplir con el requisito de **idoneidad técnica de la defensa** sin una adecuada **formación para la adopción de la perspectiva de género e interseccional** como una herramienta de trabajo básica⁴⁹.

⁴⁶ Es casi una regla que “la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres” (cf. CEDAW. [Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia](#) CEDAW/C/GC/33, 3 de agosto de 2015, párr.8). Por su parte, en [“Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica”](#) de las Naciones Unidas, publicado el 15 de mayo de 2019, se afirma que “El aumento de la vigilancia policial de ciertas poblaciones, debido a los prejuicios raciales y étnicos que se suman a los ligados al género, supone riesgos para algunas mujeres. Las mujeres pertenecientes a minorías raciales y étnicas y las mujeres indígenas son objeto de estereotipos específicos y profundamente perjudiciales y de un control desproporcionado” (párr. 27).

⁴⁷ Corte IDH, *Vicky Hernández vs. Honduras*, Op. Cit, párr. 129.

⁴⁸ 2024, [Guía de prácticas aconsejables para juzgar con perspectiva de género](#), Suprema Corte de Justicia, Provincia de Buenos Aires, Argentina, P. 14.

⁴⁹ Ver al respecto DPLF (2021). [Manuela. 10 años de injusticias. Amicus curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos](#), marzo de 2021.



De hecho en el ámbito de AIDEF existe un enfático reconocimiento del deber de incorporar la perspectiva de género y la interseccionalidad en todos los servicios que prestan las instituciones que la integran, con especial foco en las estrategias de litigación⁵⁰.

Si asumimos esto, resulta estimulante la perspectiva que asume la Defensoría Penal Pública de Chile cuando en su *“Modelo de Defensa de Género para la Defensa Penal Pública”* postula que visto estructuralmente y más allá del caso a caso, *“el derecho a la igualdad implica que durante el proceso penal se reconozcan y resuelvan los factores de desigualdad real y discriminación de quienes son llevados ante la justicia. En esto, el apego del principio de igualdad ante la ley constituye un elemento orientador, ya que supone la adopción por parte del Estado, de medidas de compensación, que implican que el servicio de defensa penal se entregue con criterios de especialización”*⁵¹.

Al respecto debe recordarse que según la Corte IDH, en el primer caso en su historia en que se analizaron las violaciones al derecho de defensa de una mujer imputada en un proceso penal, la exigencia de idoneidad hace parte de la obligación del Estado al momento de asegurar una **defensa eficaz**:

*“Es necesario que la institución de la Defensa Pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de toda persona inculpada de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. La Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional”*⁵².

Además, debe tenerse presente que el comité CEDAW, en distintos pronunciamientos, ha entendido que *“los proveedores de asistencia jurídica y defensa pública [deberán ser] competentes, sensibles a las cuestiones de género, respetuosos de la confidencialidad y [tener] el tiempo suficiente para defender a sus clientes”*⁵³. Al pronunciarse sobre un caso con una mujer imputada, el Comité sostuvo que violaba

⁵⁰ Ver al respecto “Conclusiones del Seminario Internacional “Reglas de Bangkok en el Sistema de Justicia y Defensa Pública: Seguridad, Justicia y Paz”, organizado por el Ministerio de la Defensa Pública de la República del Paraguay, con el apoyo de AIDEF (Asunción, 4-6 marzo 2015) y Declaración del II Encuentro de Defensas Públicas Iberoamericanas y I Encuentro de Sistemas Penitenciarios, “Por una Justicia de Género”, San José de Costa Rica, 2013, (Acuerdo noveno), citados por AIDEF (2015) Manual Regional las Reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública, p. 36.

⁵¹ Resolución Exenta nro. 495 del 14 de diciembre de 2022 que crea el [Modelo de Defensa de Género para la Defensa Penal Pública](#), p. 10. Según se explica allí el modelo está informado por un trabajo de diagnóstico efectuado a través de Inspecciones temáticas de género desarrolladas en el transcurso del año 2021.

⁵² Cf. [Manuela Vs. El Salvador](#), sentencia de 2 de noviembre de 2021, párr. 122.

⁵³ CEDAW (2015). [Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia](#). CEDAW/C/GC/33, párr.37, b.



la Convención CEDAW el hecho de que el Estado no se cerciore *“al designar a un abogado defensor, de que su asistencia fuera eficaz”*⁵⁴.

Esa necesidad de eficacia desde una perspectiva comprensiva de cómo las asimetrías de género impactan en la vida de las personas, guarda relación con una cuestión muy básica para poder sostener una defensa competente: asumir que el derecho al acceso a la información como una expresión básica del acceso a una defensa penal efectiva, tiene particularidades que obligan a considerar la situación de estas personas. Para lo cual el enfoque que se propicia aquí es indispensable.

Al respecto, se ha señalado que las mujeres *“pueden encontrarse especialmente afectadas por el analfabetismo, así como por la falta de acceso a información y conocimiento sobre sus derechos y el funcionamiento de los sistemas de justicia. Adicionalmente, la desconfianza en las fuerzas de seguridad y la justicia se encuentra justificada por un funcionamiento histórico de estas instituciones que redundan en la criminalización e impunidad de la violencia en su contra, reforzando los estereotipos sociales (...). La defensa técnica incluye el asesoramiento de la imputada sobre deberes y derechos”*⁵⁵.

A. El enfoque de género y la proactividad como una oportunidad para la efectividad de la defensa

Ahora bien, aunque el desarrollo de los estándares internacionales se ha concentrado durante mucho tiempo en la exigencia de debida diligencia a quienes acusan y juzgan, progresivamente se ha avanzado en señalar que también las personas acusadas de delitos penales tienen derecho a que las cuestiones de género sean consideradas cuando atraviesan procesos penales en calidad de acusadas.

Estamos ante una forma de protección específica. Y esa forma de protección encuentra mejores condiciones para garantizarse si no depende de la sensibilidad de género de quienes acusan y/o juzgan, sino que es incorporada desde el primer contacto con el caso por quienes deben asegurarles una adecuada defensa técnica. Desde ya, es importante que la adopción de este enfoque de género se produzca desde los momentos iniciales del caso, y continúe en todas las intervenciones hasta que el proceso culmine, y si fuera el caso, hasta que se ejecute la pena impuesta.

Al respecto, vale la pena recordar aquí que la Corte IDH tiene dicho que: *“El derecho a la defensa, aún más en procesos penales, es un componente central del debido proceso, y debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona*

⁵⁴ Cf. [CEDAW. Comunicación núm. 88/2015. “X vs. Timor Leste”](#), 26 de febrero de 2018, párr. 6.5.

⁵⁵ Sánchez, L. Op. Cit. p. 11; p. 25,



*como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena*⁵⁶

En directa línea con esto están los “*Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal*” aprobados por Resolución de la Asamblea General (UNODC, 2013). Entre ellos, el Principio nro. 10 dispone la equidad en el acceso con expresa mención de las mujeres como un grupo que demanda asistencia específica⁵⁷ y el nro. 13 que contempla que “los Estados deben establecer mecanismos para asegurar que todos los proveedores de asistencia jurídica posean la educación, la formación, las aptitudes y la experiencia adecuadas a la naturaleza de su trabajo, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos de que se trate y los derechos y necesidades de las mujeres, los niños y los grupos con necesidades especiales”.

Entonces, la efectividad que no es posible sin idoneidad, reclama a su vez una adopción transversal del enfoque de género en la construcción del caso con sustento hasta el fin del proceso, incluso hasta en la ejecución de la pena si fuera el caso.

Pero ¿qué implica adoptar este enfoque en relación con la teoría del delito y la teoría del caso, como dos instrumentos de trabajo de las defensas en sistemas penales adversariales?.

Desde ya, no tiene ninguna relación con la mera invocación genérica y abstracta de normas y estándares que nos hablan del carácter estructural de la discriminación y la violencia, sin explicar cómo conectan con cada caso. Esto es importante señalar porque es una práctica habitual que, aunque en apariencia correcta, no deja a las personas exentas de riesgo de indefensión.

Por el contrario, “*un enfoque interseccional conlleva valorar cómo intersectan en cada situación concreta los diferentes motivos discriminatorios y las razones de género, maximizando el alcance protector de los derechos humanos*”⁵⁸. También, como bien

⁵⁶ Caso [Barreto Leiva Vs. Venezuela](#), sentencia de 17 de noviembre de 2009, párr. 29, y Caso [Grijalva Bueno Vs. Ecuador](#), sentencia de 3 de junio de 2021, párr.100.

⁵⁷ Principio nro. 10: “Se deben adoptar medidas especiales para asegurar un acceso real a la asistencia jurídica a las mujeres, los niños y los grupos con necesidades especiales, tales como las personas de edad, las minorías, las personas con discapacidad, las personas con enfermedades mentales, las personas que viven con el VIH y otras enfermedades contagiosas graves, los consumidores de drogas, las poblaciones indígenas y aborígenes, los apátridas, los solicitantes de asilo, los ciudadanos extranjeros, los migrantes y los trabajadores migratorios, los refugiados y los desplazados internos, entre otros. Tales medidas deben tener en cuenta las necesidades especiales de esos grupos y adecuarse al sexo y la edad de las personas. Los Estados deben velar también por que se preste asistencia jurídica a las personas que viven en zonas rurales, alejadas y social y económicamente desfavorecidas y a los miembros de los grupos en situación de desventaja económica y social”

⁵⁸ Sánchez, L. (2022). Coordinadas para pensar la defensa penal efectiva con perspectiva de género y enfoque diferenciado, en AAVV, [Defensa penal efectiva con perspectiva de Género en América Latina. Análisis y recomendaciones para el abordaje de las defensas penales en contextos de violencia contra la mujer](#), p. 6.



se ha sintetizado, sobre cuál es el punto de encuentro de las distintas definiciones de lo que significa trabajar con un enfoque de género, *“la constante ha sido el reconocimiento de las desigualdades estructurales y la necesidad de intervenir sobre ellas para modificar las condiciones de existencia de las mujeres y demás personas con identidades sexo genéricas diversas”*⁵⁹.

Ese enfoque implica entonces que, en el caso de la defensa penal, se debe llevar al trabajo en cada caso y en los distintos niveles en que una defensa debe trabajar, la pregunta por cuánto y de qué manera las desigualdades y subordinaciones que el régimen de género impone concretamente a una persona -entre otras formas de opresión y que deben ser consideradas conf. artículo 9 de la Convención de Belém do Pará⁶⁰- , inciden en el hecho de que aquélla termine involucrada en una conducta que podría ser reprochable penalmente.

Es tarea indelegable de la defensa, aunque no exclusiva, trabajar para que constatado ese impacto, se le otorgue relevancia jurídica y jurisprudencial, de modo tal que en el caso se concluya que la imposición de una respuesta penal puede ser innecesaria, desproporcionada o directamente contraria a la ley. Esto puede ser porque se está exigiendo a alguien una conducta sobre la base de algo que no sería razonable exigir, o porque no pudo conocer, porque no pudo tomar cursos alternativos, porque no tuvo opción real, porque existió desatención estatal previa estructural, entre otras posibilidades que inciden en los distintos niveles en que se analiza si procede o no la aplicación de una respuesta penal⁶¹.

Mirado desde la perspectiva de la obligación de no discriminar y la garantía de igualdad efectiva, desentenderse del impacto diferencial de la aplicación de la norma es una práctica discriminatoria. En la Opinión Consultiva 16/99, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

“[...] Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el

⁵⁹ Asensio, R. y Di Corleto, J. (2020) Metodología Feminista y dogmática penal en [Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género](#), Defensoría General de la Nación de la República Argentina y Programa Eurosocietal. Serie Cohesión Social en la práctica, Colección Eurosocietal nro. 14, p. 23.

⁶⁰ Dice el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará “ Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”

⁶¹ En esta línea ver, Ortega Ortiz, A. (2021). Teoría del delito y perspectiva de género, en Vela Barba, E. coord. [Manual para juzgar con perspectivas de género en materia penal](#), publicación de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. P. 224 y siguientes.



principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁶².

Además la Corte IDH ha advertido que *“la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2 de la Convención”⁶³.*

A eso debe sumarse que los Estados deben *“garantizar un efectivo e igualitario acceso a la justicia de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad agravada”⁶⁴*, tal como ocurre con las personas afectadas por las asimetrías y desigualdades en razón de género, entre muchas otras.

Adicionalmente, en la Recomendación General No. 25, el Comité de la CEDAW del año 2004 estableció que *“un enfoque jurídico o programático puramente formal no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. (...) No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas (...) y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente”* (Apartado II. 8).

⁶² Corte IDH (1999). [El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal](#). Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, N°. 16, párr. 119.

⁶³ Corte IDH, [Radilla Pacheco vs. México](#) sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 338; [Fernández Ortega y otros. vs. México](#). sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235; [Rosendo Cantú y otra vs. México](#), sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 218.

⁶⁴ La cita es del caso de [Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá](#), Sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 254 y aunque refiere a una persona migrante pero es enteramente aplicable a la población que nos ocupa.



Para todo esto es indispensable fomentar un posicionamiento proactivo en relación con la actividad defensiva tal como demandan los sistemas acusatorios⁶⁵, lo que significa explorar defensas que vayan más allá de señalar los déficits de la acusación fiscal que, vale la pena rescatar, también deben ser impugnados cuando la propia actividad persecutoria carece de enfoque de género. En esa línea es útil tener presente aquí que la Red de Fiscales Antidrogas de la Federación Iberoamericana de Ministerios Públicos (RFAI), en su “Guía de buenas prácticas en materia de drogas” sostiene que:

“[...] La incorporación de la perspectiva de género es fundamental e indispensable para un eficaz enjuiciamiento de los responsables de las maniobras narco criminales dado que esta mirada del fenómeno permite visibilizar las estructuras de desigualdad y poder entre los géneros al interior de las organizaciones y así advertir quiénes son los responsables que se enriquecen con este negocio ilegal y, por el contrario, quiénes desempeñan tareas de escasa relevancia que, a su vez, suelen estar en una situación desfavorable que es aprovechada para sacar rédito por aquellos –incluso muchas veces a través del sometimiento y la explotación–. De esta forma, el enfoque con perspectiva de género permite ascender en la escala de responsabilidad en tanto que en la mayoría de los casos las mujeres involucradas en delitos de tráfico ilícito cumplen funciones menores dentro de una trama organizacional más amplia y compleja que difícilmente es alcanzada por las mallas del sistema penal dado que son ellas las que paradójicamente se encuentran más expuestas”⁶⁶.

Así, es clave trabajar en la presentación de otras explicaciones o interpretaciones disponibles apoyadas en una relectura de las herramientas tradicionales de la dogmática penal, procesal y de la propia jurisprudencia, robustecida por el apoyo que ofrece el desarrollo constante de nuevos estándares en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Se ha señalado incluso que los propios precedentes de la Corte IDH reclaman esa proactividad al definir las características de la defensa penal a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos:

⁶⁵ Di Corleto, J. (2019) [Defensa penal y perspectiva de género. Asistencia jurídica integral para mujeres en conflicto con la ley penal](#) en Arduino, I. Dir. *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia*, INECIP, Argentina, p. 65 y siguientes.

⁶⁶ RFAI (2022), [Guía de buenas prácticas en materia de drogas](#), publicación de la Red Iberoamericana de Fiscales, con la colaboración de la Red de Cooperación Penal Internacional (REDCOOP) y el Proyecto CRIMJUST de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2022. En un sentido más amplio, los organismos internacionales y espacios abocados más globalmente a políticas de drogas reclaman que frente a la dificultad de cumplir con los objetivos de las convenciones de drogas de la ONU, es necesario incorporar perspectiva de DDHH, género y resaltar la necesidad de tener en cuenta las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres y las niñas en relación con el problema mundial de las drogas y, en cuanto a los Estados Miembros, aplicar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) así como garantizar el principio de no discriminación entre varones y mujeres, Ver por ejemplo, [Documento final Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Drogas \(UNGASS\) Nuestro compromiso conjunto de abordar y contrarrestar eficazmente el problema mundial de las drogas](#), ONU 2016 entre otros.



“La Corte IDH (...) ha utilizado (...) el adjetivo “adecuada”, para calificar la defensa. También ha usado la frase verdadera defensa, y rechazado la defensa aparente y exigido una defensa “diligente”. Todos esos adjetivos y frases suponen, en consecuencia, el derecho a “hacer efectiva una defensa eficaz”, esto es, el derecho a tener una defensa proactiva y no meramente crítica de la acusación”⁶⁷ y más recientemente, en el caso Manuela vs. El Salvador ya mencionado aquí sostuvo que “la defensa técnica debe evitar que los derechos de la representada se vean lesionados, y, por tanto, debe respaldar sus alegatos ofreciendo prueba de descargo”⁶⁸.

En otro orden, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, abordadas por AIDEF en diversos instrumentos, también conducen a asumir esta inexorable relación entre efectividad de la defensa y adopción de un enfoque de género e interseccional. En la medida en que disponen que *“los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato digno, adecuando el servicio a sus circunstancias singulares”* (Regla nro. 2), están advirtiendo sobre la necesidad de generar capacidades concretas y específicas para asegurar esa adecuación del servicio.

En cuanto a la interseccionalidad, si bien la cantidad de definiciones y análisis sobre lo que ella implica resulta inabarcable desde la perspectiva de esta guía, podemos con apoyo en el sistema interamericano al señalar que se trata de la *“superposición de varias capas de discriminación [...] que lleva o expone a una o varias formas de discriminación que se expresan en experiencias cuyos impactos son manifestados con diferencia entre mujeres”⁶⁹.*

Por último, las defensas en extremo pasivas y limitadas a resaltar la concurrencia de vulnerabilidades, sin discutir hechos ni oponer defensas basadas en ausencia de elementos probatorios que den fundamento a la acusación, renuncian a revisar la tipicidad entre otros aspectos discutibles y corren el riesgo de terminar generando una reducción de las defensas de género a la invocación de vulnerabilidades, lo cual es pasible de objeciones por ser funcional a la construcción de otras formas de estereotipos.

⁶⁷ Binder, A. Cape E. y Namorazde, Z. (2015) [Defensa Penal Efectiva en América Latina](#), publicación de ADC, CERJUS, CONECTAS, DEJUSTICiA, ICCPG, iDDD, IJPP, INECIP, p. 91.

⁶⁸ Corte IDH b, 2021, párr. 127.

⁶⁹ CIDH (2019). [Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe](#)”, párr. 9.



Una primera hoja de ruta para identificar dimensiones de trabajo

Como punto de partida, tengamos presente que la CIDH ha señalado que cuando no se considera el contexto de violencia y discriminación de género, el grado de vulnerabilidad, así como el nivel de involucramiento en las organizaciones por parte de quienes son llevadas a juicio, estamos ante *“una ausencia general de perspectiva de género en la investigación, enjuiciamiento y sanción a mujeres involucradas en actos ilícitos en estos contextos”*⁷⁰.

Toda esta información de diagnóstico y caracterización sobre las formas en que las mujeres terminan involucradas en este tipo de delitos es obligación que sea considerada y la defensa debe aprovechar productivamente. Esto no sucede cuando se limita a señalar la obligación estatal como si ella no estuviera comprendida en su alcance.

Así como no basta con señalar cómo deben hacer su trabajo las demás agencias y operadores, tampoco basta con encuadrar a nuestras defendidas en algún tipo de vulnerabilidad genéricamente referida. Es necesario considerar la utilidad que tienen las sucesivas advertencias y problematizaciones que desde el ámbito de los derechos humanos se vienen haciendo en relación con los resultados de la política criminal actual, para hacerlos gravitar en el caso concreto.

Para eso, se propone aquí un esquema de ítems para trabajar adecuadamente con el enfoque de género e interseccional que se propone, relacionado directamente con los patrones que exhiben las personas que se ven involucradas en este tipo de hechos. No se trata de darlos por sentado sino, precisamente, de aprovechar esa información para no pasar por alto el análisis sobre si concurren en el caso que toca defender.

Entonces el enfoque diferencial que considere la dimensión de género⁷¹ demanda cubrir, desde el primer momento y según las informaciones disponibles en cada caso, los siguientes niveles de información:

- **Mapear la posible concurrencia de condiciones de vulnerabilidad particulares** en materia socio económica, cultural, social, educativa, con especial atención a las condiciones generales de acceso a garantía de derechos básicos y condiciones de subsistencia, **relacionadas directamente con las reducidas oportunidades económicas y educativas, y situaciones**

⁷⁰ CIDH (2023-B). [Norte de Centroamérica. Impacto del crimen organizado en mujeres, niñas y adolescentes](#), 17 de febrero de 2023, párr.190.

⁷¹ CIDH (2017). [Guía práctica para reducir la prisión preventiva](#), punto B-1, pág. 50.



de pobreza como factor desencadenante del involucramiento en delitos de microtráfico⁷².

- Considerar la posibilidad de que en el hecho graviten factores que den cuenta de una **exposición diferencial a la violencia y la discriminación en razón de género**, con especial atención a:
 - **la exposición a violencias sexo genéricas o simple subordinación en el marco de relaciones interpersonales afectivas o familiares**, lo que tiene implicancias en los casos en que **resultan perseguidas solo por el vínculo que tienen con algún varón**.
 - **los vínculos de sujeción, como pueden ser la participación forzada o determinada patriarcalmente en estructuras en contexto de crimen organizado**. En este sentido, según el caso, es útil tener presente que se ha advertido ya en el SIDH al señalar que en aquellos países donde operan grupos como maras, pandillas o similares “(...) *Dada la situación de extrema violencia practicada por estos grupos criminales y en particular, el desprecio por las mujeres y el postulado de su supuesta inferioridad y subordinación, todas ellas se encuentran en grave riesgo de enfrentar preocupantes actos de violencia. Así, la Comisión ha tenido conocimiento que los motivos que conducen a las mujeres a unirse a las pandillas son diversos e incluyen la búsqueda de protección, acceso a armas, drogas y dinero, como también reintegrar un grupo tras abandonar hogares marcados por padres o familiares abusivos. Para ello, las mujeres han de someterse a pruebas de acceso que pueden incluir golpizas, violaciones sexuales grupales o la obligación de mantener relaciones sexuales con todos los miembros de la pandilla*”⁷³.
 - **los vínculos laborales (formales o informales, legales o ilegales)** que deben ser considerados para evaluar su gravitación en el involucramiento delictivo.
 - **La posición en territorios y comunidades donde se estructuran jerarquías sociales entre las cuales las de género son muy relevantes**, lo cual incluye **considerar situaciones de diversidad cultural y sus formas de organización social**.

⁷² CIDH (2023-A). [Informe Mujeres privadas de libertad en las Américas](#), párr. 46.

⁷³ CIDH (2019). [Informe Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes](#), 14 de noviembre de 2019, párr. 194.



- Siempre tener presente su **intersección con otros posibles factores de exposición diferencial por motivos de raza, etnia, edad, orientación sexual, identidad y expresión de género y discapacidad.**
- **Identificar la posibilidad de contacto diferencial con autoridades estatales**, en particular fuerzas de seguridad, tal como ocurre con **poblaciones frecuentemente criminalizadas, formal o informalmente, como por ejemplo, trabajadoras sexuales, personas en situaciones de prostitución, migrantes, trabajadores informales, personas en situación de calle**, entre otras posibilidades.
- **Indagar con especial énfasis las cargas de cuidado y trabajo reproductivo que suelen asumir diferencialmente las mujeres** dado que “en el caso particular de las mujeres vinculadas con delitos de drogas, la información disponible indica que se dedican a esta actividad porque la conciben una opción laboral para adquirir ingresos al mismo tiempo que ejercen sus responsabilidades de cuidado -por ejemplo, comercializando desde sus hogares -, o para obtener recursos adicionales a los que generan otros miembros de la familia . A modo de ejemplo, un estudio en México concluyó que la mayoría de las mujeres en prisión se refirió a sus responsabilidades como madres como la primera razón para involucrarse en el tráfico de drogas . En Colombia, del total de las mujeres encarceladas por delitos de drogas encuestadas, el 58.6% indicó que su motivación para cometer el delito se vincula con la falta de recursos para solventar las necesidades del hogar . En la misma línea, datos oficiales de Uruguay dan cuenta que el *“micro narcomenudeo’ es principalmente utilizado como estrategia de supervivencia por las mujeres con personas a su cargo”*⁷⁴

Esas informaciones a su vez deben conectar con la teoría jurídica que mi teoría del caso pretende sostener. Así, aunque vamos a profundizar en estos temas más adelante, veamos dos ejemplos. Es importante aclarar que no son desarrollos exhaustivos, sino sólo ejemplos de cómo podría organizarse un trabajo de litigio que se asegure incorporar enfoque en nuestras formas habituales de identificar qué informaciones son relevantes y qué indagaciones llevar adelante.

⁷⁴ Ibid, párr. 49. En nota al pie la CIDH remite a los siguientes informes: Equis: Justicia para las Mujeres de México, Corporación Humanas de Colombia y Corporación Humanas de Chile, La situación particular de las mujeres recluidas por delitos de drogas, septiembre de 2015, p. 4. Equis: Justicia para las mujeres, Políticas de drogas, género y encarcelamiento en México: Una Guía para Políticas Públicas Incluyentes, 2018, p. 24. UNODC y Ministerio de Justicia de Colombia, Caracterización de condiciones socioeconómicas de mujeres relacionadas con 54 problemas de drogas, 2019, p. 17.



Teoría jurídica de la teoría del caso de la defensa: error de tipo basado en desconocimiento en casos de transporte

Cuestiones relevantes de la teoría del delito, según el caso:

- Invencibilidad del error.
- Vencibilidad del error.

Mis principales informaciones:

¿Qué debo acreditar?	Informaciones básicas	Enfoque diferencial de género
<p>No pudo salir del error.</p> <p>No se pudo razonablemente representar que se trataba de drogas.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo llegó a la sustancia? ¿En qué contexto? - ¿Quién le propuso la actividad? - ¿Cuáles son sus recursos educativos y formativos - ¿Qué pago recibió o se le prometió? ¿Guarda relación con el valor de lo que transportaba? - ¿Primera vez que lo hacía? 	<p>Recursos educativos y simbólicos para discutir posibilidades de salir del error:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cuál es su nivel de instrucción? ¿Trabajó antes? ¿Tiene una vida social y acceso a la información? - ¿Salió alguna vez de su barrio, de su comunidad y de su ciudad? - Relación con la o las personas que le propusieron la actividad: <ul style="list-style-type: none"> ¿es pareja o ex pareja? ¿es un familiar con ascendencia? ¿Es su jefe? ¿Es un referente comunitario? <p>(En todas las informaciones sobre el vínculo indagar sobre: asimetría, desigualdad, sometimiento, sujeción)</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Depende económicamente de estas personas? ¿Cuánto? ¿Cómo se expresa esa dependencia? - ¿Depende emocionalmente de estas personas? ¿Cuánto? ¿Cómo se expresa esa dependencia?



Teoría jurídica del caso de la defensa. Estado de necesidad derivado de su extrema vulnerabilidad: se involucra en microtráfico para solventar un tratamiento médico de un hijo.

Cuestiones relevantes de la teoría del delito, según el caso:

- Inminencia o actualidad del peligro.
- Protección de un bien jurídico equivalente o superior, considerado en forma concreta, no mera ponderación abstracta de bienes jurídicos.
- Inexistencia de otros medios o vías para proteger el bien
- No haber concurrido a provocar el daño que se pretende evitar.

Mis principales informaciones:

¿Qué debo acreditar?	Informaciones básicas	Enfoque diferencial de género
<p>Se encuentran presente los elementos del estado de necesidad</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Situación socio económica y sanitaria. - Integrantes del grupo familiar y/o bajo su cuidado. - Condiciones habitacionales. - Historial de salud y atención. - Ingresos y sus fuentes. - Redes de ayuda y sostén. - Servicios públicos y programas sociales efectivamente disponibles. - Estructura sanitaria en el lugar donde viven. 	<ul style="list-style-type: none"> - ¿Cómo son las tareas de cuidado? ¿compartidas, en soledad? ¿Desde cuándo? - ¿Cuántas personas tiene a su cargo? ¿edades? - ¿Situación sanitaria? - ¿Trabaja o no trabaja? ¿cómo coordina el cuidado con el trabajo? - ¿Es formal o informal el trabajo? ¿Qué relación tiene con los ingresos mínimos, por debajo de la línea de pobreza o no? - ¿Tiene obra social o cobertura médica? ¿Cubren la medicación que necesita? ¿Cuál es el costo de la medicación? ¿Qué relación tiene con sus ingresos? ¿Cuánto debería ganar para costearlo? ¿En cuánto tiempo lo juntaría? ¿En cuánto tiempo necesitaba garantizar el acceso a la medicación? - ¿Tiene acceso a hospitales o centros de salud público? - ¿Recibe algún tipo de apoyo tipo pensión o subsidio estatal? ¿Con qué finalidad? ¿es suficiente? - ¿Intentó otras formas de cubrir el costo de la



		<p>medicación? Si, no, por qué? ¿Había efectivamente otras formas disponibles?</p> <p>- ¿Cuáles son los recursos sanitarios del lugar en el que viven? ¿Tienen demoras en la atención? eran esas demoras compatibles con las necesidades médicas a atender?</p>
--	--	---

B. La centralidad de la escucha y la construcción de una relación de confianza con la persona defendida para una defensa penal efectiva. Su impacto en relación con el derecho a declarar

En los casos de mujeres imputadas de delitos es muy importante que el enfoque de género guíe las entrevistas con ellas. Todas las estrategias de defensa demandan privilegiar la escucha de aquella persona a la que se representa, porque además ese contexto es un ámbito privilegiado para asegurar a las personas que defendemos, su derecho a ser informadas sobre el proceso que se les sigue.

Yendo a estos casos en particular, no es lo mismo defender varones que mujeres, ni es lo mismo el tipo de hechos que se imputan. Conocer sobre la dinámica de estas formas de criminalizaciones es un primer paso, para luego maximizar el rendimiento de las entrevistas como insumo imprescindible para la elaboración de una teoría del caso robusta.

En primer lugar, la defensa debe tener presente que no son los mismos los impactos de verse sometida a proceso que los de un varón, por ejemplo, porque ellas suelen cargar mayoritariamente con obligaciones quedan desatendidas y eso impacta en las condiciones mismas de tránsito por el proceso; Tampoco es lo mismo para una persona migrante que para alguien que vive en el mismo país donde el proceso tiene lugar.

En segundo lugar, es muy importante tener presente que los sesgos y prejuicios de género suelen atravesar a todas las personas y eso demanda una posición de revisión consciente en nuestras formas de acercarnos e indagar: *“el diseño de una estrategia de defensa con perspectiva de género exige, por un lado, asumir que incluso las valoraciones personales de la defensa pueden estar informadas por prejuicios de género, y por el otro lado, procurar desafiarlas con un abordaje que recoja la singularidad del hecho respecto del cual corresponde asesorar y asistir. En pos de este objetivo, una de las primeras medidas a tomar es ofrecer una escucha activa que facilite la presentación de aquellos datos diferenciales con el tipo de delito cometido, con las modalidades escogidas y, finalmente, con las razones que las llevaron a*



*involucrarse en la actividad, incluyendo la posibilidad, pero no la asunción automática, de un contexto previo de violencia*⁷⁵.

En tercer lugar, la interdisciplina —sobre la que nos explayamos en el punto siguiente— también puede ser un auxilio para la realización de las entrevistas. Se puede, por ejemplo, evaluar la conveniencia de apoyar la tarea con algún profesional de otro campo, ya sea en la entrevista misma o en su preparación previa.

Se trata de prácticas que pueden mejorar mucho la calidad de la información que se obtiene, al tiempo que se procura reducir el impacto que puede implicar, en términos de revictimización, la evocación y relato de historias y circunstancias de situaciones que exponen vulnerabilidades múltiples.

En cuarto lugar, como profesionales, debemos tener presente que la persona entrevistada nos adjudica un saber muy específico, que lo poseemos, y que mantener la horizontalidad en la conversación es una responsabilidad de la persona que entrevista. Prestar mucha atención al lenguaje corporal y los silencios, respetar las necesidades de pausa, las derivas, reconduciendo con amabilidad. Evite indagar sobre detalles morbosos, amarillistas. Jamás hacer juicio de valor sobre el hecho que se les imputó ni sobre lo que relata en general.

Las entrevistas son ámbitos de indagación, lo más importante es la escucha. No atiende a un cuestionario, eso distrae, nos hace seguir un documento pero no lo que está pasando en la entrevista misma. Si se escucha con atención, sabrá qué cosas fueron dichas ya, pero sobre todo, encontrará mejores condiciones para detectar cosas novedosas y líneas de trabajo para explorar.

Por supuesto, todo ese despliegue no es una tarea social o de pura empatía. Está directamente ligado con el deber de defender con eficacia y con ponderar también la conveniencia de otro derecho muy importante: declarar o abstenerse de hacerlo. Algo difícil de resolver sin escucha: la defensa tiene que conocer lo que la acusada tiene para decir y asesorarla sin prejuicios⁷⁶.

La no consideración por parte de la Defensa de lo que las personas acusadas tienen para decir, fue severamente cuestionado por la Corte IDH en el caso *Manuela vs. El Salvador*: “ (...) si bien puede ser una estrategia de litigio válida evitar que la persona acusada declare, en este caso, donde la defensa no ofreció prueba de descargo,

⁷⁵ Di Corleto, J. y Carrera, M.L. (2019). [Mujeres infractoras víctimas de violencia de género. Bases para la construcción de una defensa técnica eficaz](#), en Arduino, I. (Dir. invitada) *Revista Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre el sistema de justicia, “Género, diversidad sexual y justicia”*, publicación anual de CEJA/INECIP, Año 18 nro. 22, p. 124.

⁷⁶ Entre las condiciones de competencia para asegurar la efectividad del derecho de defensa, la Recomendación General nro. 33 de CEDAW establece “que los proveedores de asistencia jurídica y defensa pública sean (...) sensibles a las cuestiones de género” (RG nro. 33, Párr. 51.g).



*renunciar a la declaración de Manuela y a la declaración de la madre ofrecida inicialmente, implicaba dar por ciertos los hechos tal como los planteaba la fiscalía*⁷⁷ (Corte Idh, 2021, Párr. 128).

Desde ya, no acceder a la entrevista con prejuicios no implica dar por cierto y probado todo aquello que se nos relata porque *“la declaración de la persona acusada está sujeta, como cualquier otra fuente de información que se pretenda llevar como medio de prueba al juicio, al análisis de qué tramos de los hechos que postulo pueden ser acreditados con ese testimonio o bien, cuáles afirmaciones fácticas de la fiscalía pueden ser debilitadas con una versión distinta (...). No alcanza con postular fácticamente una posibilidad distinta, por más persuasiva y dotada de claridad que sea, tiene sentido en la medida en que cuente con prueba suficiente en su apoyo. Esto no implica invertir la carga probatoria sino tener claro que ofrecer prueba que apoye la hipótesis que contiene el descargo de la persona acusada*⁷⁸.

Desde ya, en cuanto a la oportunidad, debe ser lo más anticipadamente posible siempre que las condiciones lo permitan. Si en cambio se llega con la entrevista recién a las puertas del juicio, estamos ante una pérdida significativa de oportunidades defensivas. En este sentido, si bien la defensa no tiene límite para ofrecer esa declaración ni debe adelantar su decisión al respecto, eso no implica que ella misma se esté enterando de manera demorada cuál es la versión que la acusada tiene de los hechos.

Otra exigencia siempre es armonizar el derecho a declarar con la conveniencia o no de hacerlo, algo que reclama una tarea de acompañamiento con claridad pero debe dejar claro que las opciones son de la persona defendida: *“Aun cuando la persona acusada esté tutelada por el derecho a no contestar preguntas tal como sucede en la mayoría de nuestros sistemas procesales y por la presunción de inocencia que impide cualquier coerción para obtener su declaración, la decisión sobreviniente sobre su declaración no debe perder conexión con el rumbo que reclama la teoría del caso. Siempre hay que considerarla teniendo en cuenta la voluntad de declarar de la persona acusada*⁷⁹ y su utilidad en la estrategia de defensa.

C. La centralidad de la especialización, la multidisciplinaria y la interagencialidad para trabajar en defensas con enfoque de género

La apelación al **trabajo interdisciplinario** y el apoyo en disciplinas distintas al derecho penal es indispensable para producir modificaciones en las formas de interpretar y aplicar el derecho y de relacionarse con la información que da cuenta

⁷⁷ El destacado nos pertenece.

⁷⁸ Arduino et. al, Op. Cit. p.110 y 111.

⁷⁹ Ibid., P. 114.



sobre la *experiencia de las mujeres* porque *“la autorreferencialidad del derecho ha sido un obstáculo para la comprensión del contexto y las experiencias particulares que se reflejan en él. Las disciplinas sociales resultan una herramienta fundamental para despertar nuevas sensibilidades y percepciones, a la vez que advierten elementos relevantes del contexto”*⁸⁰.

Si el enfoque de género es básicamente introducir en la discusión jurídico penal que se da en un caso, el peso que distintas formas de desigualdad y asimetría deben tener al momento de considerar los hechos, muchas de esas informaciones requieren ser producidas con el auxilio de otros campos disciplinares que pueden ofrecer mejores elementos para dar cuenta de su peso y el sentido en que deben ser interpretadas. En otras palabras, para trabajar con eficacia y enfoque de género *“la mirada estrictamente jurídica es tan indispensable como insuficiente para litigar este tipo de casos”*⁸¹.

Si tenemos consciencia del contexto en que se litiga, quienes defienden deben lidiar con posturas consolidadas, con la permanencia de algunos decisores pero a veces también dinámicas más estructurales de funcionamiento aun atravesadas por culturas patriarcales, clasistas y/o racistas que impactan en este tipo de casos.

En esa línea se ha advertido que con cierta regularidad, *“[...] los tribunales parecen no medir el impacto de la pobreza extrema en mujeres que son cabeza de familia, que tienen grandes responsabilidades de cuidado y escasas posibilidades de insertarse en un mercado laboral de insuficiente formalización”*. Esto implica que las mismas desventajas con las que se encuentran dentro de la propia dinámica de la actividad criminal, se replican *“[...] respecto de los tribunales, en especial en casos en los que sus niveles de alfabetización pueden operar como una barrera para expresarse en el lenguaje empleado por abogados/as en los tribunales”*⁸².

Este peso de los sesgos estructurales que suelen tener los sistemas de justicia penal fue expresamente advertido por el Comité CEDAW al señalar que *“[...] la violencia por razón de género contra la mujer está arraigada en factores relacionados con el género, como la ideología del derecho”*⁸³. Precisamente allí donde la práctica habituales la de indiferencia estructural o explícita discriminación, como ocurre cuando en lugar de comprender adecuadamente las discriminaciones y

⁸⁰ Custet Llambi, M. R. (2023) *Perspectiva de género en la argumentación jurídica*, Editores del Sur, Argentina, p. 174.

⁸¹ Arduino et. Al. (2024), *Herramientas de litigación ante la criminalización de emergencias obstétricas*, Editorial Didot, Buenos Aires, p. 117.

⁸² Asensio R. y Di Corleto, J. Op. Cit. 32.

⁸³ Recomendación N° 35 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) “sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N° 19” .



desigualdades como violencias y asimetrías, se las naturaliza o utiliza estereotipadamente para justificar respuestas punitivas en lugar de revisarlas.

D. Algunas experiencias institucionales concretas para asegurar enfoque diferenciado

En esta línea pueden identificarse experiencias que vienen transitando el camino de la **especialización**, la **transversalización** y la **multidisciplina**. Por ejemplo, el Instituto de la Defensa Pública de Guatemala. Allí existe un despliegue territorial de “*Coordinaciones de enfoque de género*”, desde las cuales se trabaja articuladamente con quienes ejercen la defensa. Según la presentación oficial intervienen “*coordinando, en los procesos asignados a los abogados defensores, una estrategia multidisciplinaria de defensa con perspectiva género en los casos de mujeres sindicadas, conceptualizada como una herramienta metodológica interdisciplinaria que permite visibilizar el contexto cultural patriarcal en que él se encuentran inmersas las usuarias, que se convierten en “víctimas victimarias” en el proceso penal derivado no solo de patrones de crianza estereotipados sino de sesgos estructurales contruidos histórica y socialmente en cada caso concreto*”⁸⁴.

En recopilaciones de buenas prácticas efectuadas por AIDEF se ha descrito este trabajo del siguiente modo: “*Cuando una mujer se encuentra involucrada en un proceso penal, el diseño de la teoría del caso se inicia en una mesa redonda multidisciplinaria en la cual participan el Defensor o Defensora titular del caso concreto, una psicóloga/o, una trabajadora social que realiza el trabajo de campo, una experta que realiza el peritaje de género, la dirección del análisis de género y dogmática penal del caso concreto de la Coordinadora de Género, y se procede al análisis riguroso del caso concreto con la finalidad de detectar si la imputada actuó por condicionamientos de género. En el peritaje de género que se elabora se procura detectar sesgos de género en sus tres componentes: cultural, estructural y normativo*”⁸⁵.

En Costa Rica, la experiencia del “*Modelo para la atención integral a mujeres vinculadas a un proceso penal y sus familiares dependientes en situaciones de vulnerabilidad*” del año 2014 que “*en coordinación con la Oficina de Cooperación y Relaciones Internacionales del Poder Judicial de Costa Rica, impulsó la creación de la Red Interinstitucional para la atención integral a mujeres vinculadas a un proceso penal y sus familiares en situaciones de vulnerabilidad, con el fin de brindar una*

⁸⁴ Disponible [aquí](#).

⁸⁵ Miranda Stampes, M. y Martínez, S. (2015). [Manual Regional: Las Reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública](#), Asociación Interamericana de Defensores Públicos, Documento de trabajo nro. 36, Eurosocial, p. 49.



respuesta integral a la problemática social, familiar o económica que viven las mujeres involucradas en un conflicto penal”⁸⁶.

En Sudamérica, de manera pionera la Defensoría General de la Nación en Argentina trabaja con estas herramientas: la Comisión sobre Temáticas de Género creada por la Defensora General de la Nación en el año 2007. Su misión estructural es la transversalización de la perspectiva de género tanto en relación con la gestión de los casos como a nivel institucional. Esta Comisión funciona en un entorno institucional que además generó otras herramientas y capacidades tales como el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad, cuya dirección está en cabeza de una licenciada en Trabajo Social y a su vez, el 70% de su dotación de personal pertenece a ese campo profesional. Este Programa tiene como objetivo “(...) desarrollar abordajes con incidencia sobre la desigualdades y discriminaciones que (...) en muchos casos aparecen agudizados a partir de intervenciones del sistema de administración de justicia, en razón del sesgo criminalizador de la pobreza y otros factores de subordinación social vigente en el campo institucional”⁸⁷. Esta circunstancia, conforme vimos en el apartado I de este trabajo, aplica dramáticamente a las personas criminalizadas por delitos de drogas. Entre sus funciones está específicamente la de producir informes o pericias sociales para el trabajo en los casos desde un enfoque de interseccionalidad, algo que también se advierte en la existencia de programas y comisiones que trabajan con migrantes, personas refugiadas y desplazadas, junto con otras áreas específicas de violencia de género que actúan bajo supervisión de la Comisión Temática de Género aludida más arriba⁸⁸.

En Chile también se formalizó una área especializada muy recientemente, mediante la creación de una “Mesa de Género en la Defensoría Penal Pública” que está integrada además por todas las personas que titularizan las jefaturas de las distintas áreas de la Defensoría Pública, en lo que se advierte un esfuerzo de transversalización institucional del enfoque diferenciado. En forma previa, se había dictado un protocolo de actuación llamado “Modelo de Defensa de Género para la Defensa Penal Pública”, aprobado por resolución en el año 2022⁸⁹.

Conforme la resolución dictada en el año 2023 su creación respondió a que:

“(...) En el ámbito de la aplicación del principio de igualdad de género entre hombres y mujeres es necesario destacar que someter la actividad estatal a este principio,

⁸⁶ Ibid., p. 39.

⁸⁷ Conforme la información oficial publicada [aquí](#).

⁸⁸ Conforme Resolución DGN 219/2021.

⁸⁹ Resolución Exenta nro. 495 del 14 de diciembre de 2022 que crea el [Modelo de Defensa de Género para la Defensa Penal Pública](#). Según se explica allí el modelo está informado por un trabajo de diagnóstico efectuado a través de Inspecciones temáticas de género desarrolladas en el transcurso del año 2021.



implica considerar que las mujeres y las personas pertenecientes a los colectivos LGTBIQ+ se encuentran en una posición desigual —estructural e histórica— en relación a los hombres hétero y cisgénero, por lo que en la aplicación del sistema penal se deben incorporar otros elementos de análisis para equiparar sus respectivas posiciones y, en particular, es necesario que los operadores jurídicos observen la realidad criminal y social, no quedándose exclusivamente en las categorías jurídicas tradicionales. Así, resulta imprescindible que un profesional de la defensa penal pública estudie los fenómenos y las estructuras sociales y los constructos de poder para aplicar legítimamente las consecuencias jurídico-penales de una norma y que el enfoque de género resulta indispensable al momento de analizar ciertas categorías penales, ya que éste sostiene que existe una construcción cultural de las diferencias sexuales, de manera tal que es posible explicar desde las relaciones de poder entre sujetos de distinto sexo y, además, aplicarlo a la interpretación de las normas penales, puesto que estas concepciones estereotipadas de género son utilizadas ampliamente por los operadores del sistema de justicia criminal”.

En dicho Protocolo de actuación se establece, entre otras precisiones, que cuando confluyen distintas situaciones de vulnerabilidad sobre una misma persona defendida “el defensor o defensora deberá remitir los antecedentes de la causa al Jefe/a Regional de Estudios y/o al Coordinador/a Regional en un plazo de dos días hábiles desde que tomó conocimiento de la condición especial del imputado/a. En atención a las características y la teoría del caso, el/la jefe/a regional de estudios y/o del coordinador regional determinará si el/la defensor/a, mantendrá la titularidad de la causa o si ésta debe ser remitida a otro/a defensor/a especializado/a en otra línea de defensa, instruyendo siempre una mirada interseccional del caso”⁹⁰ y luego se suman normas de capacitación específicas en género para quienes intervengan en primeros momentos del proceso, con independencia de definir luego, según necesidad, los casos sean asumidos enteramente por defensas especializadas o “preferentes”, que además deben ser acompañados por equipos de apoyo o equipos “psicosociales”. Por otra parte, el documento “*Estudio Guía para elaboración de pericias sociales de la Defensoría Penal Pública*” contiene previsiones específicas en relación con la adopción de adecuada perspectiva de género en la realización de pericias e informes sociales, así como una evaluación muy sustantiva acerca de cómo se implementan esos instrumentos y cuáles son las formas en que las defensas trabajan, pero sobre todo, podrían trabajar sobre ellas⁹¹.

Todas estas iniciativas responden a la Directriz nro. 9 de los ya referidos “*Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia jurídica en los sistemas de justicia penal*” donde se establece que “*Los Estados deben adoptar medidas aplicables y adecuadas para garantizar el derecho de la mujer a recibir*

⁹⁰ Ibid, punto 1 del Modelo de Defensa, p. 12.

⁹¹ Forttes Godoy, Ma. (2019). [Estado actual de pericias sociales Guía para la elaboración de pericias sociales](#) de la Defensoría Penal Pública, encargado por la Defensa Pública.



asistencia jurídica, en particular, deben: a) aplicar una política activa de incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas, leyes, procedimientos, programas y prácticas relativos a la asistencia jurídica para garantizar la igualdad entre los géneros y un acceso igual y equitativo a la justicia; b) adoptar medidas activas para lograr que, en lo posible, se disponga de abogadas para representar a las mujeres inculpadas, acusadas o víctimas; c) prestar asistencia jurídica, asesoramiento y servicios de apoyo en los tribunales, en todas las actuaciones judiciales, a las mujeres víctimas de la violencia, a fin de asegurar su acceso a la justicia y evitar la victimización secundaria (...)”.

E. La teoría del delito y la teoría del caso articuladas a través del enfoque de género como instrumentos básicos para la efectividad de la defensa

Se ha señalado acertadamente que: *“La teoría del delito no siempre resulta suficiente para hacer justicia al caso analizado (...). [Prescindiendo] de los contextos sociales en los que se aplica, o de las particularidades de los sujetos involucrados en el suceso, la teoría del delito puede conducir a la deshumanización de la respuesta estatal (...). La teoría del delito no puede estar por encima de los postulados constitucionales y descartar, en pos de una supuesta racionalidad, principios fundamentales como los de igualdad y no discriminación. En estos términos, una de las posibles fuentes de inequidad es la relacionada con la discriminación padecida por diferentes grupos en situación de desventaja política, económica y social y, entre ellos, las mujeres (...). Para este desafío, la perspectiva de género ofrece herramientas que habilitan una revisión de las prácticas jurídicas y de la dogmática penal tal como las conocemos”*⁹².

¿Cómo se llevan esos niveles de información que dan cuenta sobre la desigualdad y la desventaja y su gravitación al ámbito donde debemos trabajar jurídicamente el caso? A través de una **clara identificación de hechos y circunstancias** —que a su vez deben ser acreditados con prueba— que desde este enfoque son relevantes para la cuestión discutida y para **correr los velos** que la generalidad, la falsa universalidad y la mal llamada neutralidad ponen para la adecuada consideración de las distintas circunstancias vitales y los contextos en que ellas ocurren.

*“En reiteradas ocasiones lo que es irrelevante para el derecho tradicional, es pertinente, relevante y determinante para el derecho con perspectiva de género [...]. La cultura patriarcal se estructura sobre **estereotipos nocivos y sesgos** que impactan en la determinación de la relevancia de los elementos a considerar para la formulación de hipótesis y el planteamiento de los problemas jurídicos como, asimismo, para la solución de éstos”*⁹³.

⁹² Asensio, R. y Di Corleto, J. Op. Cit. p. 19-21.

⁹³ Custet Llambí, M. R. Op. Cit. p. 139- 140.



Financiado por
la Unión Europea

Sin hechos contextualizados sobre los que llamar la atención, corremos el riesgo de deslizarnos por invocaciones robustas de estándares jurídicos, de doctrinas y formas de interpretación que no anclan en el caso que pretendemos discutir, ni tampoco veremos conmovearse las teorías jurídicas y sus usos más habituales. Al trabajar sobre el contexto y los historiales de vida volvemos sobre esta cuestión.





Financiado por
la Unión Europea

PARTE III. Herramientas metodológicas y operativas para la construcción de una defensa efectiva con perspectiva de género frente a delitos relacionados con drogas





1. LA TEORÍA DEL CASO COMO INSTRUMENTO METODOLÓGICO Y DE PLANIFICACIÓN DEL TRABAJO

Una práctica que debe neutralizarse en la litigación es plantear inoportunamente cuestiones que no son propias del momento en que se encuentra el caso. Por ejemplo, como ocurre cuando aún con el objetivo de poner de relieve las vulnerabilidades que concurren sobre una persona, la Defensa se concentra en aspectos que son más útiles para discutir la intensidad de la pena o los juicios de culpabilidad, propio de los momentos finales de los procesos.

Por ejemplo, cuando una persona Defensora insiste en que su defendida es madre soltera, jefa de hogar o que se vio involucrada en el hecho por razones de subsistencia, argumentos que son propios del debate de la exigibilidad de conductas o de la existencia de causales de justificación y no considera que es el momento de trabajar aspectos que tienen que ver con la existencia misma del hecho. Es decir, con las posibilidades de adjudicar causalmente esos hechos, con la regularidad de los procedimientos por los cuales el Estado conoció el hecho y cuestiones relacionadas con la suficiencia probatoria para sostener la probabilidad de que el hecho se haya cometido.

También puede suceder, que el no uso o el no dominio del enfoque de género coloque a la defensa en una posición más limitada que la que podría ofrecer con un adecuado abordaje. Así ocurre cuando quien defiende se precipita ofreciendo acuerdos o respuestas basadas en la moderación de las penas, *“como si de esta manera estuvieran haciendo justicia. Aunque esas respuestas pueden mejorar parcialmente la situación procesal en algún caso, son insuficientes para asegurar el derecho de las mujeres a un juicio justo e imparcial. Por lo demás, mantienen intacta la idea de que la teoría del delito puede mantenerse ajena a los principios constitucionales que rigen en nuestro ordenamiento legal”*⁹⁴.

Así se pierden chances de efectividad defensiva en dos niveles:

- Probablemente, los argumentos propios de otra etapa sean descartados precisamente por eso, porque no es el momento, porque la oportunidad de discutir es el juicio mismo y,

⁹⁴ Asensio y Di Corleto, Op. Cit. 40.



- Aquellos que no han sido trabajados adecuadamente en el momento mismo en que correspondía controlar la acusación, por ejemplo en las audiencias iniciales llamadas de imputación, formulación de cargos o de acusación pierden eficacia precisamente porque no se los ha planteado en el momento adecuado y luego tienen todas las dificultades de los planteos tardíos.

Para eso es indispensable, en cada caso concreto, pensar en la **teoría del caso como un instrumento estratégico** que permite además de trabajar en sus tres componentes - **teoría jurídica, teoría probatoria y teoría fáctica** -, **ordenando los hechos** según su relevancia, **evaluando las decisiones posibles sobre el futuro del caso** y **monitoreando** constantemente la solidez y coherencia de los planteos que voy desplegando.

De manera muy esquemática⁹⁵, podemos decir que frente a una acusación, la Defensa puede:

- **Cuestionar total o parcialmente la prueba ofrecida**, la adecuada relación de la persona acusada con el hecho, la precisión con que se definen las conductas que se pretende reprochar en todo o en parte, que pretende la acusación. Se trata del caso de una defensa centrada en apuntar los **déficits de su contraparte**.
- **Discutir** el alcance que pretende darse con la **calificación** elegida o la significación jurídica misma, por ejemplo, sin discutir hechos y pruebas pero proponiendo una teoría jurídica distinta.
- **Construir** una **teoría del caso** completamente **autónoma**, que trabaje sobre otros hechos y por lo tanto procure informaciones y pruebas sobre aquello que pretende relevante y los conecte con una determinada teoría jurídica. Este nivel de defensa es el de mayor autonomía respecto de la acusación, en el entendido de que *“la defensa asume un verdadero rol autónomo y va en busca de otras fuentes de información que le permiten contextualizar, encontrar explicaciones, plantear escenarios diferenciados”*⁹⁶.

Estas defensas autónomas generan expectativas para casos como los que nos ocupan porque mediante una adecuada vertebración de la teoría del delito y la teoría del caso, articuladas con un transversal enfoque de género, encuentran en esa autonomía de la defensa en su forma de abordar los casos mejores condiciones de posibilidad.

⁹⁵ Hay muchas formas de clasificar las estrategias posibles, seguimos acá la sugerida por Lorenzo, L. y Lopardo, M. (2021) Los caminos de la prueba. Textos de estrategia y litigación, Editores del Sur, Argentina, P. 96.

⁹⁶ Ibid, p. 106.



2. EL PRIMER CONTROL: ¿TIENE EL ESTADO UN CASO LEGÍTIMO PARA PERSEGUIR PENALMENTE?

Si bien esta guía está enfocada en la adecuada incorporación de perspectiva de género en el diseño de las estrategias de defensa y se dirá en todo momento que eso demanda atención desde el primer contacto con el caso, es clave no desatender a lo que siempre se debe atender al tomar contacto con una imputación:

- ¿Estamos ante una tenencia para consumo personal que no es típica?
- ¿Está prescrita la acción?
- Si existen plazos de investigación: ¿están vigentes?
- ¿Existen impedimentos procesales o de otro tipo para proceder? (por ejemplo, fue denunciada por alguien que no puede denunciar)
- ¿Hubo requisita policial? ¿Fue en flagrancia el hecho? ¿Cómo se justificó la requisita? ¿Fue regular el procedimiento?
- ¿Se usaron agentes provocadores?
- ¿Hubo allanamiento? ¿Fue fundada la orden que lo autorizó?
- ¿Cómo se custodiaban los hallazgos? Se observaron protocolos u otros requisitos?
- ¿Se inició por denuncia anónima? ¿Hay fuentes independientes para avanzar?
- ¿Se obtuvo alguna declaración irregular? ¿Había un entorno coercitivo? ¿Existen elementos de prueba que fueron producto de autoincriminación no válida?
- ¿Hay testigos encubiertos? ¿Son válidos estos aportes para iniciar una investigación?
- ¿Hubo golpes, torturas u otras vejaciones que guardan relación con el inicio del procedimiento?



3. EN EL CASO DE LAS PERSONAS INGESTADAS, EL RIESGO DE VIDA Y LA AUTOINCRIMINACIÓN

Hasta aquí algunas de las preguntas que debe hacerse una persona al asumir una defensa para cubrir controles generales sobre la actividad persecutoria y su legalidad. Pero en los casos de delitos de drogas, como ocupa un lugar de especial relevancia, la práctica de la ingesta o encapsulamiento por vía vaginal, entre otras maniobras empleadas para traficar y/o contrabandear según corresponda en cada orden jurídico. ¿Qué pasa con los supuestos en que las personas al padecer una descompensación clínico-médica u otra circunstancia que los lleve a demandar atención médica se encuentran con se revela que están ingestadas o encapsuladas y, en su caso, los profesionales de la salud denuncian el hecho?

Considerando los marcos normativos de cada país y los alcances del secreto médico, las defensas deben explorar la posibilidad de que esas conductas - con total claridad en los casos en que la detección es producto de la intervención profesional médica, sin previa intervención de autoridades policiales- quede exceptuada de toda actividad persecutoria porque, en el conflicto de bienes jurídicos en juego, debe primar la protección de la salud.

A modo de ejemplo, puede tenerse presente que en Argentina, existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se resolvió - tras la detección de ingesta de droga para traficar - que el interés estatal en perseguir los delitos cede frente al riesgo que existe para el derecho a la vida de quien acude al centro de salud, con riesgo de vida⁹⁷. La Corte argentina entendió que en abstracto se trataba de ponderar entre “el derecho a la confidencialidad que le asiste a todo habitante de la Nación que requiere asistencia a un profesional de la salud –una acción privada incluso para quien se encuentra realizando una conducta delictiva, en tanto parte integrante de su ámbito de su autonomía individual (...) y el interés del Estado en la persecución de los delitos; pero, en concreto y en el caso, se trata nada menos que del derecho a la vida de una persona y ese interés del Estado”⁹⁸.

⁹⁷ Los hechos del caso fueron los siguientes: En el año 2002, la guardia de emergencias de un hospital público puso en conocimiento de la policía que ingresó una persona para ser atendida a raíz de una obstrucción intestinal a la que se le extrajeron del cuerpo trece cápsulas con material estupefaciente. El paciente fue imputado por la comisión del delito de transporte de estupefacientes y, posteriormente, condenado por ese delito a la pena de cuatro años de prisión, multa e inhabilitación absoluta por el término de la condena. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar al recurso de la defensa, declaró la nulidad de todo lo actuado y absolvió al imputado.

⁹⁸ Corte Suprema de la Nación Argentina. [Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733](#). Sentencia del 20 de abril de 2010.





Para esta discusión es importante que la Defensa maneje adecuadamente la legislación disponible sobre los alcances del secreto médico, tanto las prohibiciones que pesan sobre los profesionales de salud como las excepciones, así como los Códigos de ética Médica que suelen tener un principio férreo del deber de guardar secreto como garantía del derecho efectivo al acceso a la salud.

Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que *“el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”*.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso De La Cruz Flores vs. Perú⁹⁹, del año 2004, se pronunció sobre el deber médico de guardar secreto sobre aquello que conoce en el marco de su intervención profesional. A nivel local una sentencia de la Corte peruana había establecido que era obligación del médico denunciar aquellas conductas ilícitas de las que tomara conocimiento.

La Corte en cambio, refutó aquello¹⁰⁰ y sostuvo que:

“la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional”, con cita expresa del Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial citado aquí arriba (párr. 97).

“(...) los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos” (párr. 101).

⁹⁹ Corte IDH. Caso [La Cruz Flores vs. Perú](#). Sentencia del 18 de noviembre de 2004.

¹⁰⁰ Se recomienda además la lectura del voto razonado del juez Sergio Ramírez en el caso, en el que se expone sobre el alcance del secreto.



4. SOBRE LA NECESIDAD DE CONTROLES ESTRICTOS EN LA CELEBRACIÓN DE ACUERDOS QUE EVITAN EL JUICIO ORAL

No es poco frecuente en nuestros países la celebración de acuerdos de juicio abreviado, acuerdos sobre los hechos o avenimientos según la denominación jurídica, que coinciden en la renuncia al juicio oral y contradictorio sobre los hechos.

No se trata de una medida necesariamente nociva pero muchas veces su sobreutilización puede obedecer a deficiencias en el litigio y preparación de los casos. Lo importante es que aun cuando se trate de una respuesta acordada como la que aquí nos ocupa, la defensa ponga en juego la dimensión de género, tanto como si el caso fuera llevado a juicio oral.

Otro uso distorsivo, advertido por la CIDH, es la celebración de acuerdos para “compensar” prisiones preventivas extendidas. Ha advertido dicho organismo: *“En el marco de la utilización de los procesos abreviados o inmediatos, la CIDH llama a los Estados a adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que las personas imputadas sean sometidas a procesos que responden principalmente a la motivación de reducir la prisión preventiva, y que no garantizan plenamente las garantías del debido proceso (...)”*¹⁰¹.

En lo que aquí interesa, además de las condiciones de validez del consentimiento y otros requisitos, enfatiza en que *“a pesar de la naturaleza expedita del proceso, el dictado de la condena debe basarse en un análisis exhaustivo del caso, y no únicamente en el acuerdo presentando ante la autoridad judicial por el fiscal”*¹⁰²

¹⁰¹ CIDH (2017) Recomendación 7.

¹⁰² Ibid.



5. HERRAMIENTAS INDISPENSABLES PARA DEFENDER CON ENFOQUE DE GÉNERO: LA INCORPORACIÓN DEL CONTEXTO Y LAS HISTORIAS DE VIDA

Una persona que asume la defensa en estos casos debe trabajar siempre situadamente y en los siguientes **niveles de información**:

- Sobre la **biografía** de esa persona y sus formas de relación;
- Sobre su **redes de dependencia** y su autonomía para decidir;
- Sobre su posición en relación con **antecedentes** de violencias de género;
- Sobre las **responsabilidades y cargas de cuidado** que pesan sobre ella, considerándolas en el contexto de asimetrías y desigualdades que caracterizan la distribución de ese tipo de tareas;
- Sobre las características de los **contextos** estructurales, sociales, económicos y culturales en que ocurren los hechos que se les imputan.

Se trata de trabajar con estos niveles de información para luego conectarlos adecuadamente para que adquieran relevancia jurídica y no queden solo como un listado de vulnerabilidades o vulneraciones de derechos inconexa del instrumental jurídico con el que se decide el caso.

Al contrario, todo el instrumental jurídico dogmático y procesal debe atravesarse con estos niveles de informaciones, porque el desafío es incorporar hechos - generalmente ignorados - al amparo de las teorías que universalizan y se apoyan en nociones de aparente neutralidad, pero que en realidad, considerada adecuadamente la gravitación de desigualdades y asimetrías como las de género, NO deben quedar fuera para definir si una persona debe o no responder penalmente o, llegado el caso, con qué intensidad corresponde que lo haga:

“En definitiva, si las experiencias de las mujeres habilitan nuevos conocimientos (...) hay hechos que la tradición penal descarta por insignificantes [que] son revalorizados al exigir que el razonamiento jurídico contemple el contexto específico en que la acusada estaba inmersa”¹⁰³.

Urge abandonar las defensas limitadas a reducir la intensidad punitiva, sin discutir la materialidad del hecho o si es posible realmente vincular a una persona a aquel, para

¹⁰³ Asensio y Di Corleto, Op. Cit. Pág. 36.



poder articular defensas que bajo los principios rectores del derecho penal y procesal penal se apoyen en una presentación robusta de hechos, pruebas y argumentaciones jurídicas que tengan la capacidad de disputar el sentido y la interpretación de la ley aplicable, históricamente indiferente a las desigualdades y asimetrías de este tipo porque *“confundir lo desconocido con lo improbable también es parte de la justicia patriarcal”*¹⁰⁴.

Así, un **adecuado trabajo sobre los hechos, las experiencias vitales y el contexto** en que aquellas ocurrieron permitirá, según el caso, atravesar los niveles de análisis que se efectúan a través de la teoría del delito como instrumento de trabajo predilecto para el desarrollo de una buena teoría jurídica en apoyo de la teoría del caso de la defensa, que siempre debe tener como centro los hechos imputados. Por ejemplo:

- Discutir las **posibilidades reales de conocer el tipo de conducta** del que se está participando según el **contexto económico, social y cultural** de la persona involucrada así como las posibilidades de caer en **errores**, genuinos o provocados por terceros, en cada caso concreto y desde la propia experiencia vital, para trabajar sobre la tipicidad y el dolo; Pueden ser errores sobre la sustancia, sobre la cantidad, sobre qué es efectivamente lo que están resguardando o trasladando, entre muchos otros ejemplos.
- Evaluar **cómo operan las necesidades vitales en la decisión** de las personas al involucrarse en determinado tipo de hechos o no, para evaluar si concurren o no **causas de justificación**.
- Discutir la posibilidad de atribuir un hecho a una persona que está sujeta a condiciones que nos obligan a pensar cuánta **autonomía** concreta hubo en el caso, que es la forma en que la autonomía debe discutirse y no en abstracto.
- Discutir la **proporcionalidad y necesidad** de la respuestas penales en particular el **encierro carcelario**, y en particular las necesidades de cautela procesal dada su gravitación en la libertad de las personas, incluyendo la **trascendencia** de esa pena **a terceras personas** porque, como bien se ha señalado también hay que *“problematizar la idea de autonomía de las personas de la cual parte el derecho penal, como seres susceptibles de ser extirpados de sus redes de apoyo y comunidades, sin afectación a éstas, ya que esta idea parte de una visión masculinizada que invisibiliza las redes de cuidado que existen y los cuidados que realizan principalmente mujeres”*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Custet Llambí, Ma. R. Op. Cit. p. 143.

¹⁰⁵ Pérez Correa González, C. y Velázquez Moreno, S. (2021), Delitos contra la Salud y Delincuencia organizada, en Vela Barba, E. coord. [Manual para juzgar con perspectivas de género en materia penal](#), publicación de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. P. 768.



- Trabajar en la **centralidad de la composición y la resolución del conflicto**, metas que la mayoría de los sistemas procesales de la región han incorporado a la par de la averiguación de los hechos, como respuestas adecuadas tanto en términos de menor afectación para los derechos de las personas imputadas a su entorno de cuidado pero también como indicador de respuestas más eficaces desde el punto de vista de la **capacidad reparatoria** y de **reinserción social** como objetivos de la respuesta penal.

Como se advierte de los ejemplos listados aquí arriba, esas posibles discusiones se corresponden con distintos momentos del proceso.

Una habilidad básica de la defensa es saber **qué es lo que se discute en cada momento**, aunque desde el primer momento en que se conoce una acusación el trabajo se proyecta sobre todas las hipótesis posibles, incluyendo desde el primer momento la posibilidad de un juicio oral¹⁰⁶.

En realidad, difícilmente pueda identificarse una investigación eficaz - cualquiera sea el tema- con capacidad explicativa y sobre todo persuasiva, sin contextualizar los hechos. Es un artificio sostener que en un proceso solo se abordan los elementos típicos de la figura penal que se trate. Si además se trata de incorporar dimensiones históricamente ignoradas - como la desigualdad estructural o el peso de las relaciones atravesadas por la violencia de género- trabajar sobre el contexto es indispensable para poder propiciar *“una relectura crítica del derecho [que] facilita que la decisión jurídica sea más sensible a las particularidades de un caso”*¹⁰⁷.

La estructura básica de quién, cómo, cuándo, dónde y por qué es productiva y auxilia la tarea de los litigantes tanto cuando acusan como cuando juzgan. De modo tal que el trabajo sobre el contexto y el historial de vida no debe pensarse como un anexo, una carga de información paralela con la que disputar la centralidad de los hechos en discusión.

La defensa debe abrir cada una de esas preguntas - quién, cómo, cuándo, dónde y por qué - a fin de poder introducir en cada nivel información que pueda dar cuenta de hechos jurídicamente relevante para probar que es importante considerar entre los hechos una situación de violencia, desigualdad y/o vulnerabilidad que debe ser

¹⁰⁶ La Defensoría Pública de Chile recomienda para las defensas en general que “aunque muchos casos se resuelven con una salida alternativa, es importante preparar un caso como si esto no fuera a ocurrir, porque si el fiscal te hace una oferta de último momento que no es razonable, no deberías tener la tentación de tomarla sólo porque no estás preparado para ir al juicio. Para preparar cada caso, es un buen hábito desarrollar una rutina, teniendo claras las etapas durante las cuales las diligencias de la defensa deberían desarrollarse”, Deshazo, A. (2007). [Una guía práctica para Defensores Penales](#), Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile, P.108.

¹⁰⁷ Asensio, R. y Di Corleto, J. Op. Cit. p. 33.



considerada . violencia de género. Todas estas preguntas responden también a las exigencias de adecuación típicas pues encierran elementos tales como el sujeto activo, la modalidad comisiva, el sujeto pasivo.

Es sumamente importante trabajar sobre el contexto y conocerlo. Aproximarnos al hecho con historicidad y de manera situada, permite identificar explicaciones jurídicamente relevantes que tengan capacidad de competir con la que se promueve, por ejemplo, desde la acusación. No basta con postular que los hechos se insertan en un determinado contexto, hay que construir la relevancia jurídica de esas circunstancias, conectarlas con los hechos que son objeto de juicio y, desde luego, acreditarlas.

Este trabajo luego debe ser traducido a los términos de discusión en el proceso: la teoría del caso siempre demanda una teoría jurídica, no me alcanza con acumular hechos sugerentes, incluso, probarlos. Podré hacer eso en la medida en que tenga relevancia jurídica y según cada contexto y oportunidad, el caso se definirá. En algunos casos podré discutir en el nivel de la tipicidad objetiva, en otros podré disputar en torno a la ausencia de dolo o plantear un caso de antijuridicidad o exclusión de la culpabilidad.

Lo que aquí se propone implica no renunciar al máximo de defensa posible. Lo que sí debe evitarse es las indagaciones sobre el contexto o las vulnerabilidades luego conduzcan sólo a defensas dirigidas a pedir atenuantes o morigeraciones, que renuncian a disputar los hechos, la participación de las personas, la posibilidad de que la conducta esté justificada porque se han protegido en concretos bienes superiores y/o la posibilidad de exigir conductas distintas dadas las circunstancias.

A. La importancia del contexto y el historial de vida para los distintos momentos en que se deben ponderar bienes jurídicos en juego

Cualquiera sea la oportunidad en que el análisis del caso exija una ponderación de bienes jurídicos, y eso no se reduce solo a la viabilidad o no de causas de justificación, es importante que la defensa trabaje sobre la necesidad de que esos juicios sean efectuados en concreto, desde:

- Las posiciones reales que ocupan las personas en el mundo, el impacto real de sus acciones , considerando sus posibilidades de acuerdo con sus circunstancias de vida y no con expectativas promedio a las que no llegan.
- Teniendo presente sus limitaciones y sobre todo, la ausencia o no de garantía de sus derechos fundamentales, o lo que es lo mismo, la acreditación o no de



las obligaciones que los Estados tienen con las personas a las que luego reclaman por vía de la persecución penal.

- La consideración del daño en el caso concreto. Es claro que en los delitos de peligro que son la mayoría de los que suelen imputarse en estos casos, ese juicio lo ha hecho el legislador. Pero más allá de las consideraciones constitucionales que ello merezca en cada jurisdicción, la discusión sobre el daño concreto en el caso, que no sujete el reproche a la mera infracción normativa, es también un recurso que las defensas deben desplegar.
- Las condiciones estructurales para evaluar la disposición de cursos de acción alternativos para priorizar la custodia de ciertos bienes jurídicos o sustraerse de peligros, como cuando con liviandad se deja pasar la pregunta acerca de por qué se no denunció, por qué no se fue a la autoridad, entre otros. Es importante sobre trabajar en que bajo circunstancias *“requerir el agotamiento de todos los medios disponibles para superar el peligro sin considerar los obstáculos reales que pueden existir, puede perfilar una exigencia supererogatoria que, en la situación concreta, la mujer no puede cumplir”*¹⁰⁸

Por ejemplo, se ha señalado para el caso del crimen organizado que es extremo, que *“la violencia es uno de los principales vehículos por los cuales se legitima el poder masculino y se establecen relaciones jerárquicas; se ejerce dominación (...) y se utiliza como mecanismo de imposición de integración, respeto y control sobre los miembros masculinos y femeninos del grupo. En particular, (...) la violencia de género contra las mujeres en estos contextos es un elemento crítico y fundamental de la estrategia de terror y dominación de territorios, de transacciones comerciales, de control de la información (...) Las mujeres, sus familias y sus cuerpos son así vistos como parte fundamental de la estrategia delictiva y así, instrumentalizados para en la mayoría de los casos bajo coerción y amenazas”*¹⁰⁹. Pero aún sin esos escenarios drásticos es relevante conocer cómo funcionan las relaciones sociales y su posible peso en las conductas de las personas a las que defendemos, así como en sus posibilidades de decidir otras.

Esa ponderación se puede hacer presente en muchos momentos del proceso y puede brindar una oportunidad de trabajo específico para el trabajo de la defensa. Veamos algunos ejemplos:

¹⁰⁸ González, M.C. (2022) [Estrategias de defensa para mujeres acusadas por delitos de drogas. Desafíos dogmáticos y probatorios](#), en *Revista del Ministerio Público de Defensa de la Nación. Discusiones actuales en torno a la prohibición y regulación de los estupefacientes*, Argentina, p. 69.

¹⁰⁹ CIDH (2019). Informe Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes, Op. Cit. párr. 193.



- La ponderación de la efectiva lesión al bien jurídico protegido (vg. salud pública o denominaciones similares) en relación con la conducta concretamente imputada , puede desencadenar discusiones sobre **ausencia de lesividad, mínima intervención penal, insignificancia, interpretaciones pro homine**, dirigidas a cuestionar la legitimidad misma de la intervención penal pero también para **poner en discusión la necesidad de cautela procesal**.
- Es una dimensión de trabajo sumamente útil para la **discusión sobre respuestas diversificadas del sometimiento del caso a juicio** que debe promoverse cuanto sea posible y encontrar en la discusión sobre el daño concreto que se reprocha una oportunidad para ajustar la intensidad de la respuesta punitiva.
- Obviamente, la ponderación de bienes jurídicos ocupa un lugar protagónico en el **análisis de la concurrencia de estado de necesidad justificante disculpante**, así como en la **consideración de causas de exclusión de la punibilidad**, según cual sea el sistema.
- En relación con **la concurrencia de atenuantes o debates sobre el monto y la modalidad de pena** a imponer.

B. Distintas líneas para abordar el trabajo sobre el contexto y los historiales de vida

En el modelo de trabajo sugerido por la Defensoría General de la Nación de la República Argentina (2020) en el ya citado trabajo “Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad Hacia una teoría del delito con enfoque de género”, se señala que el campo de trabajo de las defensas penales en casos de drogas, conforme la casuística permite perfilar ciertas regularidades en las circunstancias en que las mujeres resultan criminalizadas por drogas:

- El de las imputaciones por hechos cometidos en espacios domésticos - tomando la referencia del llamado caso de las “mujeres de las circunstancias”-
- El de quienes se ven involucradas en este tipo de hechos por el atravesamiento de circunstancias de vulnerabilidad que pueden operar en el sustento de planteos tales como la concurrencia de causales de justificación o disculpa - vg. estado de necesidad -.
- Problemas derivados del sometimiento a situaciones que puedan inducir a error o formas de sujeción extremas, como ocurre con los casos en que las personas están tan condicionadas en su voluntad - y por lo tanto habrá que



trabajar sobre la exigibilidad y/o punibilidad -como producto de situaciones reducción a la servidumbre, esclavitud o trata, entre otras formas de coacción, y/o bien.

- El peso de relaciones signadas por la distintas formas de violencia de género que no se limitan al ámbito doméstico o de relaciones sexo- afectivas.

Como puede verse, son escenarios completamente diversos, que pueden o no concurrir aunque generalmente lo hacen, y es responsabilidad de cada defensa identificar si en el caso que se encuentran abordando, se evidencian circunstancias fácticas que den cuenta de la concurrencia de alguno de los supuestos, así como su capacidad para explicar en un sentido favorable a la estrategia de la defensa, los hechos sobre los que se pretende esclarecer.

Es el trabajo con estas herramientas permite a la defensa recordar a quienes acusan y juzgan que el objetivo es esclarecer qué pasó y no hallar - necesariamente - un culpable dado que según hemos visto, también es obligación de quienes persiguen explorar todas las posibilidades explicativas y no sesgarse a las que apuntan a la culpabilidad de alguien en particular.

Como sea, siempre una “(...) *cuestión es evaluar qué lugar dar a la trayectoria vital de la imputada en la estrategia jurídica. En el supuesto concreto de la violencia, si bien ésta es una temática que aún no está suficientemente explorada en casos de mujeres imputadas, tanto en doctrina como en jurisprudencia se le han reconocido efectos en la determinación judicial de la pena, en la exclusión de la culpabilidad, en el reconocimiento de las causas de justificación, o incluso en la exclusión de la tipicidad subjetiva u objetiva*”¹¹⁰.

A continuación algunas consideraciones para trabajar en estos distintos niveles.

C. El caso de “*las mujeres de las circunstancias*”

La expresión ha sido usada por primera vez en el año 2004 en Estados Unidos para describir que “(...) *los tribunales federales de todo el país han visto surgir un nuevo tipo de delincuentes relacionados con las drogas: mujeres que tienen una participación mínima en delitos relacionados con las drogas, pero que son castigadas de forma desigual por el sistema de justicia penal existente. Estas mujeres son esposas, madres, hermanas, hijas, novias y sobrinas que se involucran en delitos debido a su dependencia financiera, miedo o vínculo romántico con un traficante de*

¹¹⁰ Di Corleto, J. (2020). [Defensa penal y perspectiva de género. Asistencia jurídica integral para mujeres en conflicto con la ley penal](#) en Arduino, I. (Dir.) *Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia*, INECIP/KAS, Argentina, p. 70.



drogas masculino. Estas "mujeres de circunstancias" se encuentran encarceladas y sujetas a sentencias draconianas (...)"¹¹¹.

Bajo esa perspectiva, se presume que las mujeres conocen todo lo que sucede bajo el techo de la vivienda en la que habitan con su familia, pareja y en caso de que afirmen no saberlo, no es poco frecuente que se le reproche indirectamente por haber cumplido el rol eficazmente, pues bajo los estereotipos de la buena ama de casa, ella todo lo debe saber.

Estos roles estereotipados sobre los hechos que ocurren en el ámbito doméstico, en ocasiones son utilizados como argumentos para la fundamentación de la imputación de mujeres en procesos por conductas cuya tipicidad, de mínima, debiera ser puesta en duda. Por ejemplo, casos de mujeres imputadas por atender el teléfono, prestar el vehículo a su pareja o utilizar dinero proveniente de la actividad ilícita que regentea otro¹¹²

Sin embargo, si se ignora el peso de las asimetrías de género, podría pasarse por alto que *"las mujeres no suelen estar en condiciones de controlar las actividades de sus parejas ya que su rol tradicionalmente subordinado en la esfera económica y simbólica dificulta cualquier intento de impedir conductas ilícitas por parte de sus compañeros (...)* Mayores recaudos por parte de la acusación podrían contribuir a develar en una instancia previa a la realización del juicio, los márgenes de acción de las mujeres en casos en los que, como en el aquí analizado, existe un contexto de violencia constante que determina fuertes lazos de dependencia económica y emocional y, por tanto, que sugiere que no es posible establecer una vinculación entre la mujer y la sustancia prohibida"¹¹³

Como puede advertirse, son variadas las posibilidades de intervención ante la constatación de una situación que responda a estas características que venimos describiendo, exigibles al propio fiscal que si no las asume en cumplimiento de su deber de objetividad, deben ser planteadas por la defensa.

En esos escenarios, es imprescindible que de la defensa trabaje en:

- Advertir que la asunción de tareas en el ámbito doméstico no es un privilegio sino una carga y que esa desigual distribución no se puede derivar sin más una

¹¹¹ Gaskins, S. (2004). Women of circumstance. The effects of mandatory minimum sentencing on women minimally involved in drug crimes", The American Criminal Law Review; Chicago Tomo 41, N.º 4, p. 1533-1553. La traducción es propia.

¹¹² Cf. Harrel, M. (2019). [Serving Time for Falling in Love: How the War on Drugs Operates to the Detriment of Women of Circumstance in Poor Urban Communities of Color](#), Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives n° 159, p. 140.

¹¹³ Di Corleto, J. y Carrera, M. L. (2019), Op. Cit. P.116.



posición de dominio y disposición de los estupefacientes ni del poder de decisión, lo cual se relaciona directamente con la tipicidad objetiva y subjetiva.

- Analizar cómo funciona la economía de ese lugar, interiorizarse sobre cómo y quién conoce cuáles cosas ingresan y cuáles salen, o qué hace cada uno de los convivientes del lugar.
- Tener especialmente presente que es un prejuicio asociar rol doméstico prevalente con la construcción de estas mujeres como *“omnicomprensivas y omnipresentes respecto de todos los delitos que pudieran cometerse dentro del domicilio familiar (...)”*¹¹⁴. Es la acusación quien tiene que probar hechos concretos que den cuenta de que ellas poseen y comercializan, la mera presencia en el espacio no es suficiente.

En síntesis, se trata de marcar todos aquellos casos en los que la acusación pretenda confundir predominio del rol doméstico con autoría de la acción típica, confundiendo una mayor presencia doméstica con su participación en el hecho, ya sea como autora o coautora.

En la experiencia argentina, se advirtió que *“una característica común en este tipo de casos es que las sentencias prescindieron de una descripción precisa y clara de la conducta imputada y, en consecuencia, omitieron el análisis individualizado de la prueba de cargo que vinculaba a la mujer con la realización de los hechos imputados”*¹¹⁵, lo cual obliga a enfatizar sobre la importancia del trabajo defensivo sobre:

- Cuestionamientos a la tipicidad, ya sea porque la imputación sea por tenencia o comercialización, es responsabilidad de quien acusa demostrar que *“estas mujeres, además de conocer la existencia del material estupefaciente y el lugar en donde se encuentra guardado, tienen la voluntad y la posibilidad efectiva de disponerlo. Dicho de otro modo, si tienen el poder y el control sobre la sustancia”*¹¹⁶.
- Cuestionamientos sobre la aplicación de las reglas de autoría y participación, exigiendo precisión allí donde el MPF pretenda asignar autoría sin demostrar dominio del hecho, o bien, ofreciendo prueba en contrario. O, también, si fuera el caso, poniendo en discusión la labilidad de la vinculación que pretende cuando el esfuerzo en demostrar alguna forma de participación- primaria o secundaria- se limita a subrayar la presencia de la persona en el lugar, sin

¹¹⁴ Guía PBA, p. 19,

¹¹⁵ PROCUNAR (2022), p.55.

¹¹⁶ PROCUNAR (2022), Op. CIT. p. 57.



ofrecer nada sobre acuerdos previos o posteriores ni en qué consisten los aportes en tanto partícipes.

No debe perderse de vista que en estos casos se ha intentado expandir el ámbito punitivo con apelaciones a teorías como las que sostienen que no es oponible una argumentación basada en la ignorancia de lo que ocurría, si dicha ignorancia pudiera haber sido superada con un mínimo de diligencia, lo que termina por generar una aplicación del derecho penal que muestra que *“las mujeres son perseguidas por conductas que no resultan ilegítimas, sino más bien neutrales. El Estado decide intervenir, de la forma más violenta posible (a través del derecho penal y, con él, de la privación de la libertad) como consecuencia de la aplicación de estándares diferenciados en razón del género”*¹¹⁷

D. Coacción, engaño en contextos de discriminación y violencia de género

Nadie discute que un ejemplo clásico para la exclusión de la culpabilidad o incluso en algunos supuesto de la antijuridicidad misma - aunque con menos frecuencia - es actuar bajo dependencia tal de otra persona o circunstancia que es imposible pensar que cualquier sujeto le sea exigible un comportamiento distinto que aquel que desplegó.

En las investigaciones por drogas es importante trabajar sobre distintos niveles de coacción que puede ser material y/o moral o psicológica, pero cuyo peso en el caso concreto es un trabajo de la defensa porque por fuera de los supuestos de miedo insuperable que excluyen cualquier posibilidad de reproche¹¹⁸, existen otras posibilidades para trabajar en este nivel de análisis sino excluyendo la punición, morigerándola significativamente.

En cualquier caso, es importante acreditar el peso de la coacción sobre la voluntad de la persona que defendemos, así como escrutar con atención que la acusación, o quienes juzgan, desacrediten livianamente el peso de circunstancias coercitivas, que es lo que ocurre cuando se desestima escenarios de este tipo con:

¹¹⁷ Carrera, M. (2019). [Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. Estudio de Jurisprudencia](#), Defensoría General de la Nación, República Argentina, p.15.

¹¹⁸ Se ha documentado que “Innumerables testimonios revelan que la participación de muchas mujeres en los delitos de tráfico y contrabando de drogas, lejos de ser la consecuencia de una voluntad libre y espontánea, es el resultado de la existencia de un temor fundado en la posibilidad real de verse agredidas, en cualquier momento, por las personas que las reclutan y les entregan la droga para contrabandear” Anitua y Picco (2012), [Género, drogas y sistema penal Estrategias de defensa en casos de mujeres “mulas”](#) en *Violencia de género. Estrategia de litigio para defensa de mujeres*. Defensoría General de la Nación/ Embajada Británica Buenos Aires, Argentina, p. 239.



- **Apelaciones a expectativas de comportamiento heroico**, basado en deberes de cuidado o concepciones sobre qué es o no una conducta íntegra en base a estereotipos sobre sus funciones en el ámbito familiar.
- **Apelaciones a comportamientos cívicos adecuados**, como denunciar, acudir a la autoridad, sin considerar elementos tales como la posible connivencia de los eslabones más poderosos con policías y otros agentes públicos. No se trata de afirmar sin conocer, sino de poder trabajar con eficacia en la neutralización de expectativas de comportamiento que no pueden ser exigidas en el caso concreto dado el nivel de sometimiento, la escasa posición en una jerarquía, el dominio territorial de las organizaciones, entre otros elementos que habrá que considerar en según los hechos de cada caso.
- **Omitir la situación de colectivos específicamente oprimidos y en relación de tensión /desconfianza con la autoridad.** Es importante trabajar en evidenciar la exposición a una mayor criminalización y exposición a la persecución policial, como se ha documentado, ocurre con las trabajadoras sexuales con las mujeres que padecen violencia sexual como una forma específica de arbitrariedad policial o mismo con las personas que son consumidoras y se involucran en microtráfico por deudas de consumo¹¹⁹.
- **Referencia a comportamientos promedio, contruidos en abstracto que no aplican al caso** porque no se considera de manera situada la situación de la persona que se encuentra sometida a proceso estereotipados: una buena vecina, una buena madre, una buena víctima de violencia de género.
- **Valoraciones negativas sobre la oportunidad en que se revela la condición de víctima de violencia de género**, como si la revelación del historial fuera un atajo, sin considerar, por ejemplo, las formas a veces no tan explícitas de sujeción, el peso de su cronicidad o la naturalización que se vuelve a veces un recurso vital, todo lo cual impide pensar que pueda haber una expectativa legítima de otros cursos de acción alternativa por parte de aquella persona a quien se le imputa un delito. Veremos más adelante una referencia a cuestiones tales como la *“indefensión aprendida”*.

En fin, si fuera el caso, la defensa tiene que trabajar sobre la acreditación de la coacción pero también neutralizar todas las miradas que, so pretexto de *“objetividad”*,

¹¹⁹ “En algunos países, se informó que la policía detiene a los consumidores de drogas para satisfacer las cuotas de captura o para extorsionarlos por dinero o, en el caso de las mujeres, por sexo. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria ha encontrado que las personas que consumen drogas están particularmente en riesgo de detención arbitraria (...)” en Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos -OACDH- (2015). [Estudio del impacto del problema mundial de las drogas en el disfrute de los Derechos Humanos](#). Punto III. A, párr. 35. El original en inglés, la traducción está tomada de Fusero, M. y Souto Zabaleta, M. Op. Cit.



puedan conducir a análisis sesgados que omitan considerar su peso desde el punto de vista de la capacidad de decidir y ajustar la acción a lo que las leyes mandan.

De hecho, aparatos de poder fuertemente jerarquizados pueden ser en ocasiones las organizaciones de crimen organizado, llevan adelante sus empresas criminales mediante otros que pueden llegar a ser perfectamente intercambiables, y aprovechándose para su actuar a través de otros, de la concurrencia de: A. Error, 2. Coacción, violencia o cualquier otra forma de condicionamiento o determinación de la voluntad de las personas, circunstancias que no pueden ser ignoradas en la planificación de una defensa de quien pueda estar alcanzado por alguna de esas situaciones.

El caso especial de las personas sometidas a control territorial del crimen organizado

En el contexto de territorios controlados por el crimen organizado, se ha llamado la atención sobre el hecho de que *“a la violencia y discriminación estructural que ya enfrentan las mujeres en estos países, se suma aquélla ejercida por las pandillas (...) muchas mujeres, niñas y adolescentes son obligadas a participar de actividades ilícitas. Así, las mujeres y niñas realizan algunas actividades al igual que sus contrapartes hombres como robar; realizar el cobro de “rentas”; transportar, esconder y vender drogas y armas; organizar secuestros y asesinatos; así como actividades especialmente confiadas a las mujeres, como visitar presidios; mantener la comunicación entre líderes encarcelados y los miembros en su barrio; o ejercer de parejas o “compañeras”. Al respecto, la Comisión advierte que, si bien hombres y mujeres están sometidos a amenazas o castigos en caso de querer abandonar la pandilla o de desobediencia, en el caso de las mujeres, dichas amenazas o castigos incluyen violencia específica basada en su género, como es la extensión de la violencia sexual como forma de castigo y los asesinatos realizados con especial ensañamiento y crueldad misógina”*¹²⁰.

Tales circunstancias guardan directa relación con el aumento de la población penitenciaria femenina, lo que demanda complejizar *“aún más la comprensión y el abordaje de la situación de las mujeres y adolescentes en las pandillas, como operadoras de actividades delictivas y a su vez, víctimas de estas (...) Si bien la violencia contra ellas es conocida de las autoridades, subsisten carencias en cuanto a su abordaje específico(...) en la mayoría de los casos no denuncian la violencia ejercida en su contra por miedo a represalias de las pandillas o miedo a ser criminalizadas como colaboradoras de éstas o por la negativa de las autoridades a tomar la denuncia por temor de las represalias contra los agentes implicados en la*

¹²⁰ CIDH (2019). Informe Violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, Op. Cit, párr. 196



investigación de sus casos(...) En este respecto, vale destacar que la Comisión ha señalado la posible responsabilidad estatal por la falta de una respuesta eficaz ante tales contextos de desprotección”¹²¹.

Estas consideraciones deben impactar en el tratamiento jurídico penal que se proponga desde una perspectiva defensiva y son perfectamente traducibles en escenarios aptos para el planteo de exclusión del dominio de la voluntad, incapacidad de determinar la acción por coacción o sometimiento extremo, inexigibilidad de otra conducta, según cada caso lo posibilite.

Pero además, considerando que los fiscales están obligados a actuar con debida diligencia, eso les exige considerar la gravitación de escenarios de violencia para despejar toda incidencia en el involucramiento en tales delitos. Es importante tener en cuenta que la CIDH ha recomendado que en el marco de contexto donde el crimen organizado tiene tamaña capacidad de condicionamiento en base a la violencia sexo-genérica es deber del Estado *“actuar con debida diligencia, lo que incluye establecer medidas de prevención y de protecciones específicas así como investigar y sancionar todos los actos de violencia contra las mujeres”¹²²*

En esa línea, es útil tener presente que la Red Especializada en Género de la Asociación Iberoamericana de Fiscales, en su documento *“Criminalidad organizada o compleja y violencia contra las mujeres. Propuesta de pautas para los integrantes de la AIMP”¹²³* del año 2021, reconocen que *“especial atención debe ser brindada a la situación y las necesidades de algunos grupos de mujeres que se encuentran en condiciones de particular vulnerabilidad frente a los grupos de COC¹²⁴ o están singularmente afectadas por sus actividades (**independientemente de su pertenencia o colaboración con esos grupos**)”¹²⁵*, con expresa mención de mujeres indígenas, afro-descendientes o pertenecientes a grupos nacionales

¹²¹ Ibid., párr. 197 y 198.

¹²² Ibid., párr. 199.

¹²³ AIMP (2021). [Criminalidad organizada o compleja y violencia contra las mujeres. Propuesta de pautas para los integrantes de la AIMP](#). PGN Argentina, Iniciativa Spotlight y Eurosocial,.

¹²⁴ Criminalidad Organizada o compleja. El propio documento lo define así: “el concepto de “criminalidad organizada o compleja” (en adelante COC) para referirse de manera genérica a organizaciones criminales, transnacionales o no, compuestas por varias personas, que funcionan a partir de un cierto grado de estructuración y organización para cometer actos criminales, con un interés de lucro u otro interés material, y que perduran en el tiempo. Engloba así la definición de “grupo criminal organizado” contenida en el artículo 2(a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (en adelante la Convención de Palermo), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000. Las presentes recomendaciones conciernen también a organizaciones criminales que no tienen actividades u objetivos fuera de las fronteras del país donde se localizan. A su vez, se extienden a las actividades de las milicias conformadas por los grupos de COC para protegerlos. Debido a su incidencia en la vida de las mujeres, se añade a “criminalidad organizada” el concepto de “criminalidad compleja” para referirse a otros tipos de grupos que comparten características con los grupos criminales organizados (estructuras organizadas, más o menos jerarquizadas, con una finalidad delictiva común) aunque no se confunden con ellos”, Ibid., p. 8.

¹²⁵ Ibid., p. 7. El destacado nos pertenece.



minoritarios, niñas, adolescentes y adultas mayores; mujeres en situación de movilidad humana (migrantes, desplazadas, refugiadas, o retornadas), en condición de discapacidad, en situación de pobreza y pobreza extrema (en particular en zonas rurales con poco acceso a instituciones de justicia, o en zonas urbanas marginadas), trans, travestis, transexuales y transgénero, trabajadoras informales; víctimas de trata, explotación humana o sexual, o tráfico de seres humanos, en situación de calle o sin vivienda y aquellas que trabajan en actividades sexuales; y Mujeres privadas de su libertad.

Dicho documento en su apartado 4.3 establece recomendaciones para los fiscales que abordan casos de mujeres infractoras que al mismo tiempo pueden estar siendo víctimas de violencias de género, que es sumamente útil conozcan los defensores porque si bien no se trata de pautas vinculantes, ellas están construidas con apoyo en diversos instrumentos normativos, decisiones y recomendaciones provenientes del Sistema Internacional de protección de Derechos Humanos. Allí se define como pauta de actuación la conducción de las investigaciones contra ellas con una perspectiva de género y de interseccionalidad, y se menciona expresamente que su involucramiento criminal debe ser analizado tomando en cuenta *“los factores de particular vulnerabilidad a los cuales pueden haber sido sometidas, su rol dentro de la estructura criminal, su posible instrumentalización por esas agrupaciones y las situaciones que pueden afectar el libre consentimiento o autodeterminación de las mujeres a las acciones que les son reprochadas(...) También importa investigar despojándose de estereotipos de género que adjudican responsabilidad a las mujeres por el cumplimiento de deberes de cuidado de familiares o relaciones de pareja o por el solo hecho de compartir la vivienda con el autor del delito”*¹²⁶

Esas consideraciones además, deben impactar en las tomas de decisiones que llevan adelante los fiscales al enfrentar cada caso con al menos tres consideraciones que es conveniente la defensa tenga presente cuando se trate de controlar cómo trabaja la fiscalía la acusación. En ese documento de pautas para Fiscales, se recomienda¹²⁷: *“Se podría examinar la posibilidad de aplicar criterios de inimputabilidad, exculpación o atenuantes a las mujeres que cometen delitos con consentimiento viciado, sometidas a coacción o que se encuentren en situaciones de inexigibilidad de una conducta conforme a derecho”.*

“las fiscalías deben producir prueba para conocer el contexto en el que las mujeres CLBTI participaron de una conducta criminal, y determinar si han sido víctimas de algún tipo de violencia basada en género o si se encuentra inmersa en una situación de exclusión o vulnerabilidad con la entidad suficiente para permitir la verificación de alguna de aquellas causales de atenuación o exclusión de la pena”.

¹²⁶ Ibid., p. 27.

¹²⁷ Ibid., p. 27 y 28. el destacado en los tres párrafos nos pertenece.



“Es también esencial que la dogmática penal aplicada incorpore una perspectiva de género sensible a las experiencias específicas de las mujeres y una interpretación de las herramientas con las que cuentan las legislaciones penales considerando que, tradicionalmente, han sido aplicadas de modo indiferente a estos conceptos”.

Por otra parte, es común que en los procesos penales se exija colaboración con la investigación para mejorar la situación procesal, incluso muchos regímenes procesales regulan esa posibilidad. Esas propuestas no pueden hacerse en abstracto, ignorando la posición de sometimiento en la que estas personas se encuentran y la defensa debe estar atenta a eso marcando incluso que es contrario a derecho exponer a las personas a un riesgo que, vale la pena resaltar, debe ser considerado dado el contexto y las posiciones estructurales, pero también con enfoque de género porque si bien tanto hombres como mujeres están sujetos a represalias en el contexto de estas organizaciones, en caso de querer abandonarlas o desobedecerlas, *“las mujeres reciben amenazas, castigos y violencia específica basada en su género, como es la extensión de la violencia sexual como forma de castigo y los asesinatos realizados con especial crueldad misógina”*¹²⁸

En ese sentido, las propias pautas de actuación que recomienda la AIAMP sostienen que *“Las personas menores de edad, en particular las niñas y adolescentes, suelen ser instrumentalizadas por los grupos de COC para cometer delitos. Su situación particular debe ser analizada, investigada y tomada en cuenta. En especial, el acceso a determinados beneficios no debería ser sujeto a que brinden información útil para la persecución de la organización criminal”*¹²⁹.

No se nos escapa que la referencia es sobre niñas y adolescentes, pero existen elementos jurídicos que permiten trabajar con la extensión de esas tutelas a otras personas, como es el caso de quienes nos ocupan aquí. En este punto, un buen manejo de las Reglas de Brasilia, los estándares de investigación referidos que marcan obligaciones en términos de debida diligencia que hemos ido desarrollando y un buen trabajo de argumentación jurídica basada en los hechos con perspectiva de género, podría hacer una diferencia.

La consideración específica de circunstancias como delitos cometidos por víctimas de trata y/o explotación o trabajo forzoso. Explorando el principio de no castigo

Según la CIDH, *“En contextos dominados por el crimen organizado, las mujeres, las niñas y las adolescentes son obligadas, a través de amenazas, coacción y múltiples*

¹²⁸ CIDH (2023). [Norte de Centroamérica. Impacto del crimen organizado en mujeres, niñas y adolescentes](#), párr.81.

¹²⁹ Ibid., p. 28.



formas de violencia, a realizar actividades que pueden llegar a constituir prácticas análogas a la esclavitud. Lo anterior incluye realizar tareas relacionadas con sus actividades ilícitas (...) incluyendo robos; cobros de “rentas” o cuotas de extorsión; transporte y venta de drogas (...) Existen también actividades exclusivas a las mujeres como visitar presidios; mantener la comunicación entre líderes encarcelados y los miembros en su barrio; o ejercer de parejas o “compañeras””¹³⁰

A nivel internacional, ya desde el año 2002 en los “Principios y Directrices sobre Derechos humanos y Trata de Personas” de la Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OHCHR)¹³¹, se viene impulsando el reconocimiento del “Principio de no penalización” o también como “el derecho a no ser castigado”. Allí se establece que:

- a) **Principio uno:** Primacía de los Derechos Humanos: *“las medidas contra la trata no redundarán en desmedro de los derechos humanos y la dignidad de las personas, en particular los derechos de las víctimas de ella, ni de los migrantes, las personas internamente desplazadas, los refugiados y quienes soliciten asilo”;*
- b) **Principio tres:** Protección y Asistencia; *“Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino, ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales”.*

En la misma línea el Protocolo de 2014 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (1930) dispone que los Estados deben adoptar “las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio” (artículo 4, inciso 2o).

Ahora bien, ¿es suficiente con considerar defensas que apunten a la aplicación de una eximente, lo cual demanda un excesivo tránsito por el proceso? En aquellos países donde existen facultades de disposición de la acción penal - regladas según nuestros sistemas procesales- es posible incluso explorar anticipadamente criterios de oportunidad que puedan como mínimo proponerse, allí donde existe un escenario claro de sometimiento a este tipo de victimización, una exigencia básica para la

¹³⁰ CIDH (2023-b). [Norte de Centroamérica. Impacto del crimen organizado en mujeres, niñas y adolescentes](#), 17 de febrero de 2023, párr.116 y 120. El destacado nos pertenece.

¹³¹OHCHR (2002). [Principios y Directrices sobre Derechos humanos y Trata de Personas de la Oficina del Alto Comisionado por los Derechos Humanos de las Naciones Unidas](#).



eficacia de este principio. Al respecto la Relatoría Especial para ha dicho que el principio de no aplicación de castigo “no puede implementarse adecuadamente mediante una mera mitigación de las penas impuestas, porque esa circunstancia *“ignora el sometimiento de la víctima a la fuerza dominante del traficante y la consiguiente falta de ejercicio de libre albedrío en la comisión del delito”*¹³²

En esa misma línea, en Argentina, la Procuraduría de Lucha contra la Trata y la Explotación (PROTEX) sostiene que aunque la regulación normativa considera el supuesto de exclusión de la punibilidad “(...) *resulta crucial partir de la base de que esto NO conduzca a la necesidad de someter a una persona identificada posiblemente como víctima de trata a un proceso penal, para luego “beneficiarla” con la aplicación de la cláusula. La identificación de una posible víctima de trata y su inmediata preservación para que no sufra los avatares de un proceso penal en contra debe darse, como veremos a lo largo de este documento, del modo más temprano posible. La mejor forma de cumplir con la tutela de sus derechos es jamás someterla a un proceso. Casi diríamos, no tener que aplicar judicialmente tal cláusula, en tanto la mira de la investigación no cargó sobre esta persona como responsable de delito*”¹³³.

Desde el punto de vista penal, se ha afirmado con razón que la no aplicación del principio que implica castigar a quien no hubiera cometido el hecho de no ser por las circunstancias en que se encontraba “*sería una desviación de un principio de derecho penal establecido desde hace mucho tiempo, común a los sistemas legales de todo el mundo, según el cual solo aquellos que se involucran en un comportamiento delictivo de su propia elección deben ser castigados por el Estado. Bajo este enfoque, no es meramente el estatus de la persona (es decir, víctima de trata) lo que sustenta el principio –lo equivaldría a proporcionarles inmunidad general–, sino más bien es el hecho de que cometen delitos como resultado de la fuerza u otro tipo de coerción por parte de los tratantes, lo que demuestra que han actuado de manera involuntaria*”¹³⁴.

Esto es importante porque considerando la dinámica de las cargas de la prueba en los procesos penales, corresponde al fiscal rebatir la propuesta de la defensa - que siempre debe ofrecer sustento probatorio al planteo consistente en que estamos ante una víctima de trata- y “tal como fue remarcado por la Oficina de las Naciones Unidas

¹³² Relatora Especial para la trata de personas especialmente mujeres y niñas del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2020). Solo [disponible](#) en inglés, la traducción es propia (párr. 37). Se aclara que el documento PROTEX citado en la nota siguiente constituye un insumo muy útil para el acceso a las recomendaciones en español y, aunque dirigido a fiscales, pertinente para el abordaje desde la defensa.

¹³³ PROTEX (2021). [Documento temático para la aplicación práctica del principio de no criminalización de víctimas de trata y/o explotación de personas](#). Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina, p. 12.

¹³⁴ De los Santos, R. (2022). [Análisis sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de no punibilidad prevista en la Ley 26364 de trata de personas](#). Revista Jurídica Austral | Vol. 3, N° 1 (junio de 2022), p. 287.



Contra la Droga y el Delito (UNODC) y sostenido por la mayoría de los países, para determinar que el agente efectivamente reviste la calidad de víctima solo se requieren motivos razonables, no una prueba absoluta, sin que se imponga como exigencia que medie una sentencia condenatoria que así la declare. Una vez que la presunta víctima plantea su actuación en el marco de aquella situación, el fiscal es el encargado de revocar la presunción, sin que quede duda razonable¹³⁵.

Una previsión específica debe ser considerada por quienes defienden a personas en estas circunstancias cuando se trata de alegar que sus defendidas están en esta situación. En la *“Recomendación General No 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial”* del Comité CEDAW (2020) se recomienda a los Estados velar por que *“ninguna de las mujeres y las niñas que son víctimas de la trata, sin excepción, sea objeto de arresto, acusación, detención, enjuiciamiento o sanción ni sea castigada (...) por su participación en actividades ilícitas en la medida en que esta sea consecuencia directa de su condición de víctima de la trata. El principio de no penalización (...) no debe obligar a las víctimas a aportar pruebas ni a testificar a cambio de inmunidad de enjuiciamiento, reparación o servicios”*¹³⁶.

En directa relación con ello, es muy útil para el posicionamiento de la defensa, tener presente las recomendaciones efectuadas en el año 2020 por la Relatora Especial para la trata de personas especialmente mujeres y niñas del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su Informe ya citado previamente. A continuación, se listan algunas de ellas:

- El principio de no castigo alcanza también a las víctimas de trabajo forzoso conforme lo establecido en el Convenio nro. 24 OIT.
- Tener presente que en el ámbito del sistema de Naciones Unidas se ha establecido que *“la debida diligencia requiere respeto del principio de no castigo a las víctimas”*¹³⁷ e incluso si una víctima hubiera resultado castigada penalmente sin haber considerado este principio, se debe reclamar la revocación de esa condena¹³⁸.
- Cuando los Estados no sigan la recomendación de incluir una norma específica que reconozca el principio de no castigo, *“deben cumplir con su deber de no castigar interpretando las normas internas existentes - como aquellas que prevén una justificación basada en coacción o en un estado de necesidad - como cláusulas generales de exención de responsabilidad para víctimas de*

¹³⁵ Ibid., p. 285.

¹³⁶ CEDAW (2020). [Recomendación General No 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial](#), párr. 98.

¹³⁷ Relatora Especial (2020) párr. 15, la traducción es propia.

¹³⁸ Ibid., párr. 35.



delitos de trata que han cometido delitos dependientes de la trata(...) Estas cláusulas tradicionales deben adaptarse al contexto de la trata. Esto incluye la apreciación de amenazas o coerción hacia la víctima puede ser indirecta o psicológica, y que las amenazas de denuncia ante las autoridades u otros medios, como el abuso de su posición de vulnerabilidad, suelen ponerse en juego”¹³⁹

- *“Las autoridades nacionales deben lo más temprano posible desviar a las víctimas de trata del sistema de justicia penal como delincuentes (...) cuando esto fracasa y las víctimas son acusadas o procesadas, las autoridades nacionales tienen el deber de suspender lo antes posible los procedimientos (...) la aplicación del principio debe implicar el sobreseimiento”¹⁴⁰.*

Es importante resaltar que estas consideraciones según vimos no aplican solo a países que hayan regulado internamente el principio de no castigo, tal como ocurre por ejemplo en Argentina, Costa Rica, Bolivia, Paraguay, México, El Salvador, República Dominicana *“–aunque con una particularidad, pues sólo excluye la responsabilidad de aquella si aporta información acerca de sus tratantes–.”¹⁴¹*

En todo caso, estar sometida a una situación de victimización en razón de trata, o cualquier otro delito en rigor, es una cuestión que una defensa puede abordar bajo las reglas generales de tratamiento de la exclusión de responsabilidad penal, punibilidad o análogas, según cada régimen jurídico (coacción, necesidad o legítima defensa) pero cuando además ello obedezca a situaciones de trata, las teorías del caso puede reforzarse en su dimensión jurídica con todos estos elementos.

Por otra parte, una buena defensa debe procurar la desvinculación más pronta de la persona con el hecho de modo tal que lo importante es que si su defendida esté en esa circunstancia se maximice la posibilidad de desvincularla lo más anticipadamente posible del proceso.

No conviene aquí ser tajantes en cuanto al encuadre dogmático, hay muchas corrientes y posiciones, pero mucho menos conviene hacerlo al acercarse al caso concreto. Puede ser causa de antijuridicidad, una excusa absolutoria - tal es el sentido que le han conferido al artículo 5 de la ley de trata los tribunales nacionales en Argentina, además de gran parte de la doctrina¹⁴²- o un eximente de pena. Lo importante es ocuparse del mayor rendimiento posible de los hechos según cada contexto de litigio y cada proceso en particular, y definir entonces el encuadre jurídico

¹³⁹ Ibid., párr. 30, la traducción es propia.

¹⁴⁰ Ibid., párr. 33.

¹⁴¹ De los Santos, Op. Cit. p.297.

¹⁴² Un análisis de esa jurisprudencia puede verse en De los Santos, R. Op. Cit. p. 301 y siguientes y en Asensio, R., Di Corleto, J. y González, M.C. (2020) Op. Cit.



más conveniente: *“El Grupo de Trabajo (Naciones Unidas, 2020a) también ha remarcado la “importancia de tener flexibilidad en el sistema de justicia cuando se trate de implementar el principio [de no castigo] se trataría –entre otras cosas– de flexibilizar la interpretación y el encuadre de la cláusula dentro de los institutos dogmáticos, fundamentalmente en lo que refiere a los requisitos que la norma general prevé, siempre en beneficio de la víctima”¹⁴³.*

En estos casos, aunque no solo en ellos, siempre deberá prestarse atención en las situaciones de tráfico o contrabando mediante estas modalidades, entre otros factores:

- El peso de ser una persona extranjera o estar yendo al extranjero en caso de detección en el lugar de salida.
- La posibilidad de estar siendo instrumentado mediante coacción u otras formas de condicionamiento por parte desconocidos o no: *“(…) se observa cómo las personas, una vez que se vinculan a la organización criminal no pueden arrepentirse, puesto que esta acostumbra a usar amenazas en contra de ellos o de sus familiares. Aquí los pasantes dejan de ser participantes voluntarios y se convierten en cohesionados, pero sus acciones de transportadores de drogas y vistos ante la ley como criminales hace que sea difícil demostrar si sus actos son o no por voluntad propia. Estos pasantes pueden ser considerados dobles víctimas”¹⁴⁴.*
- Las determinaciones derivadas de la pobreza extrema, crónica o derivada de una situación acuciante, como puede ser la enfermedad de un dependiente, en cuyo caso.
- La posibilidad de ignorar, analizada desde las circunstancias concretas de la persona involucrada.

Nada casualmente la doctrina se refiere al caso de los correos humanos y otras formas de tráfico fronterizo que implican además las vulnerabilidades que pueden operar en razón de género, todas las condicionantes que se pueden derivar de la condición migrante. Este es un aspecto que, de presentarse, debe ser trabajado concurrentemente con las herramientas que provee el enfoque interseccional. A estos efectos, que una persona domine o no el idioma, no tenga experiencia en viajes, maneje sus documentos o no los posea, la situación de origen, sus redes y contactos

¹⁴³ Ibid., 309. La referencia al Grupo de Trabajo de Naciones Unidas en el texto fuente es la siguiente: Orientaciones para adecuar las respuestas de la justicia penal a las personas que se han visto obligadas a cometer delitos como consecuencia de haber sido víctimas de la trata. Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas. Viena, 10 y 11 de septiembre de 2020.

¹⁴⁴ Benítez et. Al, Op. Cit. p.136.



en el país de destino, son aspectos mínimos que deben trabajarse en una exploración de una hipótesis de trabajo desde la defensa.

Al respecto se ha afirmado que *“En Brasil, por ejemplo, los tribunales federales aplican sistemáticamente un factor atenuante reglamentario a las ‘mulas’ de otros países porque se presupone que esas personas no desempeñan un papel de liderazgo en la delincuencia organizada. En consecuencia, los correos de drogas extranjeros suelen enfrentarse a una pena de 1 año y 8 meses”* a diferencia de las penas que se imponen a correos locales, que suelen ser más altas¹⁴⁵.

E. Los efectos crónicos de la violencia y su capacidad de condicionamiento sobre la determinación de la conducta

Tratándose de situaciones donde el elemento coactivo puede derivar de vínculos interpersonales en los que la sujeción es un factor clave es importantísimo trabajar con precisión en la cronicidad de esa violencia y su capacidad de condicionamiento sobre las personas:

*“En estos casos se presenta una situación prototípica de lo que en doctrina se conoce como “peligro permanente” (...) hay peligro permanente cuando “una situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá tal cosa(...) las situaciones coercitivas creadas por la repetición constante y sistemática de las amenazas, que en muchos casos van acompañadas por persecuciones y hostigamientos, tornan innecesario que en el momento previo de la comisión del delito se renueven explícitamente las amenazas de sufrir un mal en caso de negarse a efectuar la conducta exigida(...) Las mujeres víctimas de coacción suelen atravesar un proceso psicológico complejo que se desarrolla en el contexto de una violencia cíclica. Esto determina que la mujer no sólo viva en un ambiente de temor constante, sino que también pueda aprender a prever episodios de violencia, por lo que es capaz de identificar los factores que llevan a la violencia del agresor. Detectar este proceso es clave, ya que permite comprender por qué, a pesar de que la agresión no se está produciendo en un determinado momento, la mujer la percibe como inminente”*¹⁴⁶.

Se trata hasta de una tarea pedagógica que debe realizar la defensa a los efectos de ilustrar, hasta qué punto una aplicación mecánica de las categorías habituales sin considerar las asimetrías de género y el impacto específico de la violencia sobre las personas, inciden sobre la oportunidad, la inminencia o no de la amenaza, la insuperabilidad o no del temor condicionante, la posición misma de la persona en la

¹⁴⁵ Laj, G. Op. Cit. p.11.

¹⁴⁶ Anitua Y Picco, Op. Cit. pág. 237 -239.



relación y en el vínculo, y cómo ignorarlas, podría conducir a exigencias absolutamente reñidas con la legalidad:

“No se plantea una especial consideración en la aplicación de las causales por tratarse de mujeres, ni mucho menos se pretende quitarles objetividad a los parámetros de la figura, pero sí reconocer que en el escenario de la mujer maltratada debe hacerse un examen de los requisitos de algunas de estas causales bajo una perspectiva situada que pondere y tenga en cuenta que no se trata de una ‘mujer media’ cualquiera, sino de una mujer en un contexto específico, en un especial escenario”¹⁴⁷.

Aquí vuelve a ser protagonista la interdisciplina. De manera legítima y con aproximaciones falsamente neutras, la posición de muchas de estas mujeres puede ser vista como de injustificada pasividad, y en términos jurídico-penales, de acuerdo y complicidad. Sin embargo, es importante trabajar conociendo que existen explicaciones alternativas a esa pasividad, distintas a las de la complicidad porque existen explicaciones alternativas que bien fundadas pueden cooperar con una defensa eficaz: la vergüenza, los sentimientos de culpa, el temor y el terror que suelen hacerse crónicos y no demandan actualidad y vigencia para condicionar conductas¹⁴⁸

Al respecto, es indispensable el auxilio de un adecuado trabajo interdisciplinario para esclarecer, por ejemplo, sobre el “síndrome de la indefensión aprendida” o el “síndrome de la mujer maltratada” -ambos desarrollados por Leonor Walker (1979) - como instrumentos para sostener otras explicaciones que permitan comprender las conductas muchas veces no reactivas de personas que están sometidas a situaciones crónicas de violencia y sujeción.

F. Las formas extremas de vulnerabilidad en las estrategias de defensa

Las vulnerabilidades pueden ser específicas, múltiples, circunstanciales o crónicas, pueden ser económica, cultural y/o social y sus distintas manifestaciones “*juegan un papel esencial en la explicación de la conducta criminal de muchas mujeres y, por ello, pueden influir de forma determinante en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, y no solo en el ámbito de graduación de la pena*”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Roa Avella, M. (2012). [Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al estado de necesidad exculpante](#). Nova et Vetera 21 (65), p. 62, .

¹⁴⁸ Terrance, Ch. et al., (2012), [“Expert testimony in cases involving battered women who kill: going beyond the battered woman syndrome”](#), North Dakota Law Review, volumen 88.

¹⁴⁹ Lorenzo Copello, La responsabilidad penal de mujeres que cometen delitos en contextos de violencia de género o vulnerabilidad extrema, en [Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género](#), Ministerio Público de la Defensa, DGN Argentina, Programa Eurosocietal, p. 153.



Trabajar sobre sus características es importante porque no podría prosperar una argumentación que se limite a señalar el tránsito por dificultades genéricas o de manera abstracta, como podría ser, *“la desigualdad de género es un problema de nuestras sociedades”, “las mujeres tienen dificultades para acceder a empleo de calidad y registrado”*.

En primer lugar, tenemos que trabajar asumiendo que *“la calidad de autónoma o vulnerable no es intrínseca o interna a la persona –algo que emana del interior del individuo– sino que por el contrario depende del contexto donde se encuentra. Las personas tienen un grado de vulnerabilidad que cambia con el contexto, no se trata de algo definido en sí mismo de una vez y para siempre, las personas son más bien vulnerabilizables”*¹⁵⁰.

Esta forma de entender la vulnerabilidad permite alejarnos de nociones estereotipadas que asocian mecánicamente la pertenencia a ciertos grupos con la condición de vulnerabilidad un poco apoyadas en las definiciones jurídicas de ciertas poblaciones como *“vulnerables”*.

La construcción de categorías o grupos como *“vulnerables”* deben funcionar como alertas, llamados de atención para que como defensores consideremos que estamos ante personas *“vulnerabilizables”* lo cual nos obliga a trabajar en esa dimensión, así como obliga a quienes acusan y deciden a tenerlas en cuenta.

Pero trabajar sobre este nivel no es limitarse a recitar o contabilizar catálogos, muchas veces interminables, de padecimientos y vulneraciones de derechos. Si se trabaja de esa manera, es probable que la potencia defensora de esa información, de mucho impacto emotivo, nos deje a merced de la total discreción y empatía de quien nos escucha. La eficacia de la defensa técnica exige mucho más que movilizar emociones: *“Aunque es importante reconocer los efectos de la violencia, no es conducente quedarse solo en la descripción del dolor y el sufrimiento(...) Lo fundamental es enmarcar la controversia de modo de hacer foco en los factores de discriminación que determinaron la criminalización de las acusadas.”*¹⁵¹.

En casos como el que nos ocupa, el trabajo sobre la vulnerabilidad debe mostrar de qué manera las personas situadas y en determinados contextos son afectadas por relaciones, hechos y circunstancias que pueden incidir sobre :

¹⁵⁰ Pozzolo, S. (2019). ¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis del derecho en perspectiva de género, Revista Isonomía, nro. 51, *sonomía* [\[online\]](#), p.55. ISSN 1405-0218.

¹⁵¹ Di Corleto, J. (2024). Legítima defensa y perspectiva de género . Entre el derecho de las mujeres a defenderse y la obligación del Estado de protegerlas, mimeo facilitado por la autora, en prensa.



- su capacidad de conocer;
- su capacidad de comprender y
- su capacidad de decidir sobre sus acciones.
- la desproporcionalidad que puede derivarse del hecho de que aun correspondiendo una pena, aquella se materialice a expensas de profundizar vulnerabilidades preexistentes o generando nuevas, como ocurre con la imposición de castigos que afectan a terceros, a personas en situaciones de enfermedad grave, entre otras que veremos luego.

Es necesario desarrollar una buena caracterización que ponga el acento, sobre todo, en la identificación de cómo circunstancias concretas están condicionando:

- A la persona para involucrarse en un hecho como el que se le imputa: una situación familiar desesperada, una enfermedad que se aborda alternativamente con la sustancia que se encontró en su poder y/o, una situación preexistente de vulneración sistemática de derechos, ausencia estatal, violencias múltiples que la han atravesado, etc.
- Favoreciendo que otro se aproveche de dicha vulnerabilidad.

Debe notarse que son dos niveles de trabajo distinto, que demandan acreditaciones distintas y que pueden o no concurrir, porque el segundo elemento, podría por ejemplo no existir o ser muy difícil de probar (el aprovechamiento). Pero definitivamente, el primer paso, es indispensable sea acreditado para una defensa que apela a las condiciones de vulnerabilidad.

Tanto en los casos de necesidad como en los que alguien actúa coaccionado, hay circunstancias externas que colocan a las personas en esa circunstancia que deben ser exploradas por quien ejerce una defensa en estos casos, aunque no se desconoce la resistencia a reconocer necesidad justificante donde es evidente la hay, como por ejemplo, ocurre con las personas que viven en la extrema pobreza.

No se trata de dar por sentado que la mera presencia de una mujer acusada de un delito de drogas equivale a una persona imputada en una situación de vulnerabilidad capaz de sostener una teoría del caso que apunte a un estado de necesidad o a una situación de exclusión de la culpabilidad, inexigibilidad de otra conducta o como queramos denominarlo, sin más.

Pero sin dudas, tener presente las constantes en las formas de involucramiento de estas personas en las cadenas de microtráfico y las caracterizaciones comunes entre



quienes pueblan nuestros sistemas penales por hechos de este tipo, es un piso mínimo para construir una defensa útil pero siempre *“implicará comprender que las circunstancias que llevan a las mujeres a incursionar en el tráfico (...) son únicas para cada una y, además, implicará explorar los condicionamientos estructurales que empujan a las mujeres a participar en esta forma de criminalidad”*¹⁵².

Frente a quienes hacen de correos humanos o “pasantes”, es importante comprender y poner en juego en el proceso desde la perspectiva de la defensa que *“ocupan un lugar periférico en las organizaciones narcotraficantes, en muchos casos siendo utilizados como objetos, receptáculos, como correos humanos y en ocasiones como chivos expiatorios para lograr el objetivo final de transportar droga al exterior. Por otro, son altamente vulnerables al sistema sociotécnico establecido por el Estado para prevenir el transporte de drogas ilícitas, dentro del cual se pueden incluir los diferentes dispositivos tecnológicos y la alta probabilidad de ser judicializados”*¹⁵³.

Aterrizar esa caracterización en el caso concreto, demandará que ante la presencia de una persona acusada de tráfico o contrabando, su defensa técnica asuma la importancia de trabajar asumiendo que *“la ingesta en sí constituye un indicio de vulnerabilidad, a la vez que la acrecienta”*¹⁵⁴.

Esto significa que hay que explorar en hechos la disposición a correr tantos riesgos, no ya sólo para su libertad, como una conducta que es probable pueda ser explicada en base a condicionantes de distinto tipo que cada defensa deberá explorar, algunos de los cuales abordaremos en el apartado de trabajo sobre contexto y abordaje del historial de vida en la teoría del caso.

También debe trabajarse, cuando las pruebas permitan sostener esa hipótesis, en la posibilidad de que las personas criminalizadas ni siquiera sepan qué llevan, o las cantidades. Pero además, es importante trabajar con más detalle en la determinación de las responsabilidades si es que no puede adoptarse una estrategia defensiva dirigida a excluirla completamente, para que eso impacte en la pena finalmente impuesta.

Por ejemplo, en el Reino Unido, el Consejo para la imposición de penas, elaboró con fines de garantizar una aplicación más proporcional de las penas, las *“Directrices definitivas para la imposición de penas por delitos de drogas”* que entraron en vigor el 24 de febrero de 2012. Entre otras cosas, allí se advirtió respecto de los correos

¹⁵² Anitua, I y Picco, V. (2012), Op. Cit. p.232.

¹⁵³ Benítez et. al (2017). [Voces actuales en el fenómeno de “pasantes” en el tráfico ilícito de drogas en Colombia](#), en Revista Criminalidad, Vol. 59 nro. 3, sep- diciembre 2017, p. 127.

¹⁵⁴ Asensio, R., Di Corleto, J. y González, M.C. (2020). Criminalización de mujeres por delitos de drogas, en [Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género](#), Defensoría General de la Nación de la República Argentina y Programa Eurosocietal. Serie Cohesión Social en la práctica, Colección Eurosocietal nro. 14, p. 120.



humanos, que son quienes habitualmente son detectados por ingesta, que *“las penas por el tráfico de drogas se basaban únicamente en la cantidad y la pureza de las drogas en cuestión, por lo que muchas personas en situaciones de vulnerabilidad recibían penas del mismo nivel que los traficantes más serios y organizados (...) Para abordar este factor de desproporcionalidad, las Directrices recomiendan reducir las penas (...) para la mayoría de los casos de ‘mulas de drogas’”*¹⁵⁵.

En síntesis, se trata de trabajar en la defensa para evitar que solo sobre la base de la cantidad y la calidad de las sustancias que fueron ingeridas, se decida la imposición de penas gravísimas para alguien que evidentemente cumple una función totalmente reemplazable en la cadena de tráfico y para quien no deberían aplicarse las mismas penas que para quien domina el negocio. Conforme las directrices aludidas, se recomienda a los tribunales.

*“(...)evaluar la culpabilidad del autor del delito en función de tres posibles papeles que puede haber desempeñado en este: impulsor, significativo o menor. Las personas a las que se les atribuye un papel impulsor han participado, entre otras cosas, en “dirigir u organizar la compra o venta a escala comercial” o tienen “la expectativa de obtener beneficios financieros”. Entre aquellas a quienes se les atribuye un papel menor estarían las que suministran con fines sociales o que tienen “escasa o nula influencia en aquellas personas que están por encima en la cadena de suministro”*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Lai, G. (2012). [Drogas, crimen y castigo. Proporcionalidad de las penas por delitos de drogas](#), en Serie Reformas Legislativas en materia de Drogas, Nro. 20, junio de 2012, Transnational Institute, IDPC, p. 6.

¹⁵⁶ Lai, Op. Cit. p. 6.



6. EL CONTROL TRANSVERSAL DE PREJUICIOS Y ESTEREOTIPOS COMO HERRAMIENTA DE LA UNA DEFENSA EFICAZ

Ya en el año 2007, en su Informe “Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas” la CIDH sostuvo que “El artículo 6 de la Convención de Belém do Pará establece que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, y el derecho a ser valorada (...) libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (...) las actitudes tradicionales conforme a las cuales la mujer es considerada subordinada del hombre o conformes a las que se considera que tiene funciones estereotipadas, perpetúan prácticas difundidas que comportan violencia o coerción, como la violencia y el abuso familiares (...) También se han fijado principios vinculantes que deben regir las obligaciones de los Estados y plasmarse en sus leyes y políticas. Entre ellos (...) el deber de proveer recursos judiciales efectivos e imparciales para las víctimas de violencia; y la obligación de implementar acciones destinadas a erradicar la discriminación contra las mujeres así como patrones estereotipados de comportamiento que promuevan un trato desigual en sus sociedades, que han implicado para las mujeres un acceso desigual a los derechos y a los beneficios derivados de los avances políticos, civiles y sociales”¹⁵⁷.

Desde entonces y en sucesivas decisiones, la Corte IDH ha ido estableciendo precisiones en torno al uso de prejuicios y estereotipos en el ámbito del sistema de justicia aunque con un apoyo muy centrado en las formas en que los sistemas de justicia recurren a estos cuando las personas llegan a los procesos en calidad de víctimas, circunstancia que según veremos, es concurrente en el caso de muchas mujeres imputadas por delitos por drogas.

De hecho, muy recientemente, la CIDH advirtió que “(...) a pesar de que la perspectiva de género se ha introducido progresivamente en el derecho penal en la región - a menudo abordando a las mujeres como víctimas - este enfoque ha estado ausente en la comprensión de la situación de las mujeres como autoras de delitos”¹⁵⁸.

¹⁵⁷ CIDH (2007). Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 59, 65 y 70.

¹⁵⁸ CIDH (2023 -b), párr. 190.



En el año 2021 con el caso *Manuela vs. El Salvador* la Corte IDH profundiza sus consideraciones en relación con el peso de los prejuicios y estereotipos en la afectación de los derechos humanos de una mujer cuando acude al proceso en calidad de acusada.

Retoma allí la Corte IDH el concepto genérico acerca de que *“el estereotipo de género se refiere a una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”* añadiendo que *la subordinación estructural en que se encuentra la mujer es posible asociarla a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes (...) su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales”*¹⁵⁹ para luego especificar las distintas violaciones a los derechos humanos que se derivan del apoyo en aquellos que iremos tratando en los apartados siguientes.

Por otra parte, en el sistema internacional de derechos humanos se ha dicho que *“Las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados. La eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia (...)”*¹⁶⁰ y además se ha establecido un correlato entre las prácticas de discriminación, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género y la capacidad de las mujeres para acceder a la justicia en pie de igualdad con los hombres.

En ese sentido, todos los operadores judiciales deben abstenerse de apelar a prejuicios y estereotipos porque en sí mismos constituye una afectación de derechos básicos, pero la defensa tiene en su rol de control sobre la acusación un plus de exigencias pero también una herramienta adicional para llevar adelante su trabajo. Ya nos referimos antes a la importancia de contar con defensas proactivas y si de control de estereotipos y prejuicios se trata, la tarea empieza por la revisión de la perspectiva de la propia defensa frente al caso. ¿Me estoy haciendo las preguntas adecuadas? ¿Estoy incorporando adecuadamente enfoque de género en relación con los hechos que presenta la acusación?

¹⁵⁹Corte IDH, Caso *Manuela y Otro Vs. El Salvador*. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de noviembre de 2021, párr.133. Con remisión a sus propios precedentes en Caso *González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401, Caso *Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de noviembre de 2015, párr. 180. Caso *Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 188

¹⁶⁰ Comité CEDAW, Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, CEDAW/C/ GC/33, 2015, párr. 28.<



Un buen insumo para explorar argumentos, identificar planteos y formas de trabajar en torno a la vulnerabilidad es considerar la experiencia de Costa Rica que tiene la particularidad de haber consagrado normativamente el reconocimiento de la vulnerabilidad.

Como bien ha sido documentado, esa norma es producto de un proceso de verdadero activismo por parte de la Defensa Pública¹⁶¹ que en 2012 presentó los resultados de una investigación con datos que le daban razón a sus argumentos consistentes en que las mujeres perseguidas y condenadas por delitos de drogas en Costa Rica, *“son mujeres pobres, vulnerabilizadas por la falta de oportunidades educativas y laborales, sin educación sin posibilidades de obtener buenos empleos”*.

Según la bibliografía especializada, esa investigación fue clave para que en el año 2013 se consagró una reforma en su Ley No. 8204, -Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación capitales y financiamiento terrorismo- con la finalidad específica de incluir un criterio de proporcionalidad en razón de género¹⁶².

Así, se introdujo el artículo 77 *bis*, que en lo que aquí interesa, incorporó una reducción significativa de la escala penal (pasó de 8 a 20 años a 3 a 8 años) considerando circunstancias de pobreza y vulnerabilidad social de la mujer infractora.

También incluyó la posibilidad de que quienes fueran primarias accedan a medidas alternativas como suspensión de proceso a prueba (artículo 25 Código Procesal Penal), y modalidades alternativas al encarcelamiento como la detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con mecanismos electrónicos.

El criterio aplica a casos en los que el delito sea el de introducción de drogas a centros penales, pero siempre que se presente alguno de estos criterios:

- Se encuentre en condición de pobreza.
- Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad.
- Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo.

¹⁶¹ Cf. Cortes Amador, E. (2016). [Política Criminal y encarcelamiento por drogas en Costa Rica](#), Centro de Estudios Drogas y Derecho y Asociación Costarricense para el Estudio e Intervención en Drogas, CEDD y AEICD, p. 20 y siguientes.

¹⁶² Receptada elogiosamente y “citada como una buena práctica para incluir la proporcionalidad y el enfoque de género en las políticas de drogas en varias publicaciones internacionales (Boiteux 2015; CICAD/OEA 2015; CIM/OEA 2014, Giacomello 2013) entre otros”. Ibid., p. 21.



- Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

El proceso se complementó con la puesta en funcionamiento de la “Red Interinstitucional para la atención integral de mujeres vinculadas a un proceso penal”, integrada por el Programa de Justicia Restaurativa del Poder Judicial, la Defensa Pública, el Instituto Nacional de las Mujeres (INAMU), Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS), Ministerio de Justicia y Paz, Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD), Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA), Patronato Nacional de la Infancia (PANI) y el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA) que, con los años “ha ido evolucionando (...) hay cuatro grandes grupos de mujeres que pueden beneficiarse de la Red: Las mujeres cuyo caso se está procesando a través del sistema penal, que están a la espera de juicio y que necesitan servicios de asistencia social, Las mujeres que han recibido una pena no privativa de la libertad y que son desviadas del sistema penitenciario.

Pueden acceder a la Red como una medida de reinserción social que acompaña a su pena alternativa y las mujeres privadas de libertad pero se les ha concedido una alternativa al encarcelamiento y, por lo tanto, van a ser excarceladas, y entran en contacto con un defensor o defensora pública que evalúa una posible derivación a la Red. En caso de que reúnan los requisitos necesarios, pueden empezar a acceder a los servicios proporcionados por las instituciones de la Red mientras siguen en prisión, con el objetivo de seguir beneficiándose de ellos tras salir en libertad. Las mujeres que están en conflicto con la ley por un delito no violento relacionado con su consumo de sustancias pueden recibir a través de la Red servicios como el acceso a un programa voluntario de tratamiento de la farmacodependencia”¹⁶³

A. Controles durante la etapa de investigación y hasta la presentación del caso a juicio

En cualquier caso, una buena defensa debe controlar que los hechos imputados sean precisos, sean jurídicamente relevantes y tengan adecuado sustento probatorio, conforme lo que cada momento del proceso exige. Muchas veces ocurre que quien acusa olvida que su deber es determinar qué pasó y no limitarse a encontrar culpables.

Es probable que las formas tradicionales de aproximación por parte de quien acusa omitan informaciones, aunque es importante tener presente que la Corte IDH estableció que es obligación de las autoridades responsables de la investigación,

¹⁶³ Pieris, Nisckcha (2018). La Red Interinstitucional para la atención integral de mujeres vinculadas a un proceso penal en [Género y políticas de drogas: enfoques innovadores frente a las leyes en materia de drogas y encarcelamiento](#), WOLA, p. 1.



*“investigar todas las líneas lógicas de investigación”¹⁶⁴. Es importante destacar que la Asociación Iberoamericana de Fiscales, en sus recomendaciones para el trabajo específico en casos de hechos ocurridos en contexto de Criminalidad Organizada o Compleja (COC) establece que *“La utilización de estereotipos de género discriminatorios afecta las investigaciones, la valoración probatoria de los hechos y las decisiones judiciales. En ese sentido, cabe asegurar que los y las fiscales garanticen un trato digno libre de prejuicios o estereotipos relativos a la identidad, las características o los antecedentes de las mujeres CLBTI (víctimas o imputadas) que pueden perjudicarlas durante todo el curso del procedimiento penal”¹⁶⁵.**

Como bien se ha advertido desde Naciones Unidas, *“por lo común, las ideas patriarcales sobre la “moralidad” de la mujer y las expectativas en cuanto a su comportamiento público y privado tienen efectos perjudiciales para las mujeres en el sistema de justicia, ya que pueden ser objeto de un juicio moral basado más en las expectativas sociales que en los delitos que puedan haber cometido”¹⁶⁶.*

¿Cómo trabajar entonces sobre el control de estereotipos y sesgos en la acusación? Es tarea de la defensa entonces controlar en dos sentidos:

- Que no se omitan hechos e informaciones relevantes para que el caso se adecue a las exigencias del enfoque de género, lo cual se corresponde con la exigencia de proactividad en su tarea pero también le permite exigir su consideración a quien acusa.
- Es importante tener presente que sobre la falta de objetividad en la investigación por partir de presupuestos basados en prejuicios y estereotipos la Corte IDH advirtió que *“Los prejuicios personales y los estereotipos de género pueden afectar la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia, en su evaluación de la credibilidad de los testigos y de la propia víctima”¹⁶⁷*

Así, por ejemplo, deberá preguntarse:

- ¿ Se está considerando el contexto histórico del vínculo o relación?
- ¿Cómo llegó esta persona a verse involucrada en el hecho que se le imputa?

¹⁶⁴ Corte IDH (2021). Caso [Manuela Vs. El Salvador](#), párr. 136 y 140.

¹⁶⁵ AIAMP (2021) Op. Cit. p. 19.

¹⁶⁶ Consejo de Derechos Humanos ONU (2019). [Mujeres privadas de libertad. Informe el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica](#), párr. 31.

¹⁶⁷ Corte IDH, Caso Manuela y Otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de noviembre de 2021, párr.144.



- ¿Se consideran sus recursos económicos, simbólicos, culturales, sociales, sus redes, su nacionalidad, si extranjera o no, si habla el idioma?
- ¿Cuáles son sus responsabilidades de cuidado? ¿Son exclusivas? ¿Son compartidas?

Un primer momento de trabajo: ¿existen los hechos? el control de la acusación. La precisión en la determinación de los hechos, el encuadre jurídico y las formas de atribución. Escrutinio sobre los roles

Encargarse de monitorear con precisión cuáles son los hechos que se imputan es sumamente importante para evitar que en la acusación se trafiquen valoraciones o asunciones -que remiten a expectativas de comportamiento antes que a hechos concretos- basados en expectativas de rol y /o compartimiento incompatibles con los derechos fundamentales y las obligaciones de no discriminar. Al respecto, por ejemplo, hay que hacerse las siguientes preguntas básicas:

- ¿Cómo está construida la participación de la acusada en el hecho? ¿Es dependiente del rol de otra persona? ¿Cuál es el vínculo de ella con esa otra persona?
- ¿Hay referencias a su posición en el espacio doméstico? ¿Cuáles son? ¿Guardan relación con la conducta, la describen? ¿Solo se la sitúa en el lugar? ¿Se confunde presencia con dominio?
- ¿Se hacen consideraciones sobre su carácter o aspectos personales de su vida? ¿En qué sentido? ¿Son pertinentes?
- ¿Se hace referencia a sus responsabilidades de cuidado? ¿Cómo se las considera?
- ¿La prueba que se ofrece o invoca está relacionada con el hecho que se imputa? ¿Se sobregiran argumentos basados en procesos anteriores?

Control de estereotipos y prejuicios asociados al dominio del espacio doméstico y la posición de dependencia en el marco de relaciones sexo - afectivas con varones

Como vimos al referimos al fenómeno de las “mujeres de las circunstancias”, son muy frecuentes las imputaciones por hechos de drogas que transcurren en el ámbito hogareño en los que la acusación solapa la presencia femenina en el hogar, y sus



expectativas estereotipadas con lo que eso significa en términos de dominio y poder de decisión, casi hasta dar por sentado que estar en un lugar es sinónimo de cometer la conducta típica.

No debe perderse de vista que *“las mujeres tienden a ocupar los niveles inferiores de las redes delictivas, pero pueden recibir sentencias desproporcionadas en regímenes que no tienen en cuenta el nivel de implicación”*¹⁶⁸.

*Bajo ese razonamiento, que toma literal la idea de “Ama” de casa se presume que ella conoce todo lo que sucede bajo el techo de la vivienda en la que habita con su familia y si no lo ha hecho, no es nada poco probable, se le reproche indirectamente por haber cumplido el rol. Estos roles estereotipados sobre los hechos que ocurren en el ámbito doméstico en ocasiones son utilizados como argumentos para la fundamentación de la imputación de mujeres en procesos judiciales, sin acreditarse fehacientemente su participación en los hechos delictivos”*¹⁶⁹

Es importante tener una mirada no reducida a la dimensión doméstica de la violencia. También en el marco de relaciones sexo afectivas en las que no hay convivencia pero, por ejemplo, es posible demostrar que la realización de ciertas tareas (vg. correo) son exigidas o impuestas a las mujeres y lo mismo podría ocurrir en relaciones de amistad, familiares, laborales.

En todo caso, en el control de la precisión de los términos de la acusación, teniendo presente que cohabitar, compartir el lugar, mantener un vínculo íntimo no equivale a conocer y tener dominio, o bien, discutir la intensidad misma de la participación: *“El control de la acusación permitirá restringir el uso de los estereotipos de género que se suelen filtrar en la acusación. La imputación por delitos de drogas a mujeres que realizaron comportamientos neutrales en el ámbito doméstico o de una relación de pareja implica colocarlas en un rol de garante respecto del buen comportamiento de los miembros de la familia, como consecuencia del estereotipo que sostiene que las mujeres son transmisoras de la cultura”*¹⁷⁰.

Un cuestionamiento habitual en las imputaciones por drogas que recaen sobre mujeres por hechos cometidos en el ámbito doméstico es *“entre otras cosas, cómo las reglas de autoría y participación impactan de manera desproporcionada sobre las mujeres”*¹⁷¹.

¹⁶⁸ Consejo de Derechos Humanos ONU (2019), párr. 32.

¹⁶⁹ PROCUNAR (2022) Op. Cit. p. 55.

¹⁷⁰ Asensio, R. Di Corleto, J. y González, C. (2020) Op. Cit. 136.

¹⁷¹ PROCUNAR (2022), pág. 57.



En ese sentido es muy importante tener presente que conocer no equivale a cometer un delito y que no pueden darse por sentados deberes de denuncia “ni deberes especiales” de evitar que otras personas cometan hechos delictivos.

Es más, como incluso se ha advertido en el ámbito de Naciones Unidas, es probable que los propios términos de sometimiento y control en el ámbito de sus relaciones sexo-afectivas y sus dependencias económicas, entre otras, incidan en las posibilidades mismas de oponerse, resistir, cuestionar la actividad delictiva desarrollada por otros en los espacios que comparten:

“Muchas mujeres son encarceladas por posesión de armas peligrosas, drogas u otros artículos ilegales en sus casas cuando el verdadero dueño es su pareja. Sin embargo, debido al papel subordinado en el hogar, no pueden impedir que sus parejas traigan o mantengan esos artículos en el hogar. Como resultado, terminan encarceladas, a veces con una condena injustificadamente severa”¹⁷².

En este sentido, un aspecto que debe indagar siempre la defensa en estos casos es sobre las condiciones de vida y la relación con el espacio donde se cometió el hecho: ¿es la vivienda de ella o es compartida? ¿depende su acceso al techo de la convivencia con la persona con la que se encuentra? Si se trata de un lugar de trabajo: ¿qué rol tiene ella allí? ¿Cuál es su responsabilidad? ¿Qué potestades tiene? ¿Cómo es habitualmente el vínculo laboral: de explotación y respetuoso? ¿Se trata de un empleo formal o informal? ¿Cómo llegó a él?

Se trata de indagar en el contexto mismo para ver hasta qué punto distintas formas de dependencia, a veces no tan explícitas, inciden en sus posibilidades de rehusarse a hacer o no determinadas cosas.

Una buena defensa debe estar especialmente atenta a que no se cuelen consideraciones por ejemplo, basadas en su rol de cuidadoras y/o responsables de niños u otros dependientes, para que mediante el peso de las expectativas de comportamiento culturalmente muy arraigadas en torno al cuidado y los sacrificios exigibles en torno a la maternidad, terminen por imputarse conductas delictivas, como puede ocurrir cuando se infiere que una “buena madre” si no participa de un delito, lo denuncia.

Al respecto la defensa debe velar porque *“todos los condicionantes y presiones que implican la asunción del rol materno y cuidador en sociedades patriarcales, muchas veces en absoluta soledad, deben considerarse efectuando una interpretación in*

¹⁷² Consejo de Derechos Humanos, ONU (2019), párr. 63.



*bonam partem de las exigencias que rol materno impone*¹⁷³ y no como fuente de reproche por no ajustarse a lo que el estereotipo reclama.

El mismo control de estereotipos debe hacerse cuando se pretende expandir la punición por considerar que el agente no ha hecho todo lo necesario y exigible para superar por ejemplo la ignorancia o cuando se le pretende reprochar penalmente una posición de indiferencia, construyendo la exigencia en base a expectativas de comportamiento fuertemente estereotipadas como las mencionadas arriba:

*“¿Todas las mujeres que vivan o estén eventualmente presentes durante cierto tiempo en ese espacio deben conocer y tolerar esa actividad? ¿Deben tener conocimiento de lo que sus parejas o convivientes realizan? ¿Los operadores judiciales se encuentran autorizados a presumir dicho conocimiento por el sólo hecho de su presencia o convivencia en el domicilio? La falta de acuerdo con respecto a las conductas (...) como las descritas, puede responderse a través de un análisis del caso con perspectiva de género, desprovisto de presunciones estereotipadas. Como todo delito, la comprobación de la participación debe ser objetiva y provista de prueba de cargo, y no derivada de criterios de aplicación del derecho penal que, bajo una aparente neutralidad, conducen a un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres”*¹⁷⁴.

Una cuestión adicional en estos casos: el problema de las defensas compartidas entre personas coimputadas.

Aunque no se relaciona directamente con el problema de los estereotipos, en los casos en que las mujeres que aparecen imputadas por hechos de este tipo lo son en el marco de relaciones interpersonales con quienes resultan coimputados, es fundamental para garantizar una defensa eficaz asegurar una defensa individual y enfocada en su caso concreto.

Siempre es responsabilidad de quien defiende cuando hay personas coimputadas con un vínculo entre sí, trabajar sobre la identificación de posibles intereses contrapuestos.

Sobre esta cuestión se advierte en la “*Guía para defensa de mujeres imputadas*”, elaborada por la Defensoría General de la Nación, cuando al analizar el desempeño

¹⁷³ INECIP (2019). *Amicus Curiae* presentado en el caso “Suárez Eguez, C. s/ infracción ley nro. 23737” resuelto en diciembre de 2018 por la justicia federal de Jujuy. Ella fue sobreseída. El hecho imputado fue haber cruzado cocaína desde Bolivia hacia Argentina motivada por la necesidad de conseguir dinero y pagar la quimioterapia de su hijo Fernando, de 13 años. Luego de pasar un año presa y parir en prisión, con 33 años fue sobreseída. ‘Su hijo finalmente falleció.

¹⁷⁴ Carrera, M. (2019). [Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. Estudio de Jurisprudencia.](#) Defensoría General de la Nación de la República Argentina, p.13.



de la defensa en el caso de una mujer fue condenada como partícipe del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, a partir de la requisita realizada en el hogar que compartía con su pareja, *“la defensa fue conjunta para ambos integrantes de la pareja, y en el recurso de casación se observan agravios sólo dirigidos a mejorar la situación del hombre, que intentaba trasladar la responsabilidad a la mujer, señalando que en el momento del allanamiento no vivía en esa casa y no sabía lo que ocurría ahí(...)* de la lectura de los agravios a la sentencia preocupa la *defensa conjunta de intereses contrapuestos y la falta de control judicial como garantía del derecho a una defensa eficaz. El hecho de que el abogado que ejercía la defensa común de ambos implicados en la causa penal utilizara argumentos que solo beneficiaban al hombre y perjudicaban a su pareja, debería haber alertado sobre la posible configuración de una relación asimétrica y del ejercicio de poder por razones de género que pudieron perjudicar la situación procesal de [ella] en beneficio del varón”*¹⁷⁵.

También se ha sugiere, siguiendo análisis previos sobre las exigencias mínimas para una defensa eficaz¹⁷⁶, que quien desde la defensa se encuentre en esa posición considere:

- Efectuar entrevistas individuales, no entre coimputados, para poder explorar con exhaustividad en clima de confidencialidad todas las circunstancias relevantes: *“en supuestos de violencia de género, la identificación de eventuales intereses contrapuestos solo será posible en la medida que se garanticen las condiciones mínimas de privacidad en una primera entrevista”*¹⁷⁷.
- Inmediata excusación en caso de advertir intereses contrapuestos. No hacerlo debería ser considerado una falta grave.

Control de estereotipos en las formas de valorar la credibilidad de las personas imputadas

El Comité CEDAW en la Recomendación General nro. 35 sostuvo que *“La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un*

¹⁷⁵ Asensio, R. Di Corleto, J. y González, C. (2020), [Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género](#). Defensoría General de la Nación de la República Argentina y Programa Eurosocial. Serie Cohesión Social en la práctica, Colección Eurosocial nro. 14, p. 122.

¹⁷⁶ Di Corleto, J. y Carrera, (2019) M.L. Op. Cit. p. 116.

¹⁷⁷ Ibid. p. 123.



juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención” (Párr. 26).

Esto es particularmente útil para el escrutinio por parte de la defensa de las consideraciones y valoraciones sobre los testimonios de violencia en las que se cuelan expectativas de comportamiento basadas en los supuestos de lo que una “buena” víctima debe hacer: huir del lugar, pedir auxilio, no callar, denunciar los hechos en determinado momento, entre otros prejuicios habituales cuando las mujeres que enfrentan procesos penales tienen que poner en discusión hechos de violencia.

En la misma línea, resulta útil aquí resaltar que en el año 2014, en el marco del caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú”, resuelto el 20 de noviembre de 2014, la Corte IDH toma en consideración la intervención de la perita Rebeca Cook quien afirmó ante la Corte que entre las características que suelen atribuirse a las mujeres sospechosas de haber cometido delitos se incluyen “*ser asertivas, manipuladoras, carecer de credibilidad y tendencia a desafiar a la autoridad*” y que quienes deben juzgar a estas mujeres suelen compartir estereotipos de género, lo cual puede provocar que la decisión de su inocencia o culpabilidad no se fundamente en evidencia apropiada, o incluso se les puede imponer castigos más severos que a las mujeres sospechosas que se someten a la autoridad masculina. Sobre la base de esas consideraciones, la Corte concluyó que esa forma de valorar da cuenta de “*un criterio discrecional y discriminatorio con base en la situación procesal de las mujeres*”¹⁷⁸

El control de estereotipos y sesgos en las decisiones judiciales y la imparcialidad de jueces y juezas

Finalmente, respecto de qué informaciones se consideran relevantes para decidir un caso cuando se trata de mujeres acusadas en procesos penales, es útil tener presente que la Corte IDH advirtió que “*(...) la utilización de estereotipos de género en procesos penales puede evidenciar una violación del derecho a la presunción de inocencia, del deber de motivar las decisiones y el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial (...) puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal*”¹⁷⁹

En todo momento una adecuada defensa con enfoque de género debe tener presente que es su función controlar el peso de estereotipos en la valoración de hechos y

¹⁷⁸ Corte IDH. [Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas](#). Sentencia de 20 de noviembre de 2014, párr. 272.

¹⁷⁹ Corte IDH. [Caso Manuela y Otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y costas](#). Sentencia del 2 de noviembre de 2021, párr.158.



pruebas a lo largo de distintas decisiones que se van tomando en el proceso. Esa tarea no se reduce al momento de las sentencias y sus fundamentos, se trata de un control básico que luego veremos en la discusión sobre medidas cautelares y en las determinaciones provisorias que mantengan a la persona vinculada al proceso.

Luego, atravesado el juicio oral y ya en el trabajo sobre los alegatos es importante identificar:

- Si en el marco del proceso se han deslizado informaciones prejuiciosas durante la producción de la prueba en juicio.
- Si es necesario resaltar algunas circunstancias para que el enfoque de género esté asegurado en la construcción de la decisión.
- Si deben apuntarse cuestiones específicas en torno al modo de valorar las declaraciones de las personas imputadas.
- Si el caso tiene problema de suficiencia probatoria y se reemplazan hechos por imputación de juicios morales o reproches discriminatorios¹⁸⁰.
- Trabajar en demostrar la conexión entre las experiencias de vida y los hechos juzgados: una mala defensa se limita a presentar un historial de vida terrible, sin más sostén que una apuesta por la piedad de quien juzga; una defensa técnica adecuada con enfoque de género ofrece a quien debe juzgar una adecuada conexión, un punto de vista, una oportunidad como ya se señaló en el apartado anterior, de otorgar relevancia a la experiencia diferenciada.
 - Insistir con la aplicabilidad al caso de los estándares y desarrollos del DIDH. Aunque el derecho se presume conocido y rige en la materia el principio de *iura novit curia*, es indispensable asumir aún una cierta novedad del enfoque en la práctica judicial, mucho mayor aun cuando quienes acceden al proceso penal lo hacen en calidad de imputadas.

Es indispensable trabajar siempre recordando explícitamente que , además de las legislaciones locales, que la valoración de la conducta de las mujeres en base a estereotipos está prohibida por la CEDAW (art. 5.a) y por la Convención de Belém do

¹⁸⁰ En el ya citado caso “Manuela vs. El Salvador “ la Corte IDH reprochó al tribunal local que “(...) los estereotipos de género se utilizaron para complementar la evidencia insuficiente con la que contaba. En efecto, la sentencia que condenó a Manuela incurre en todos los prejuicios propios de un sistema patriarcal y resta todo valor a las motivaciones y circunstancias del hecho. Recrimina a Manuela como si ésta hubiese violado deberes considerados propios de su género y, en forma indirecta, le reprocha su conducta sexual (...) Por ende, constituyó una violación del derecho a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial, así como a la obligación de motivar las decisiones judiciales” párr. 155.



Pará (art. 6.b). Esto puede dar lugar a recursos que marquen vicios argumentales o deficiencias en la aplicación del derecho por falta de enfoque de género y o, porque la decisión judicial misma, constituye un acto de discriminación o violencia.

En este sentido, *“si de la lectura de las sentencias se acredita la discriminación por el uso de estereotipos, puede admitirse que la resolución carece de una motivación objetiva y razonable conforme a derecho. Este aspecto podría pensarse incluso desde la perspectiva de la garantía de imparcialidad en término de desigualdades estructurales, si se tiene en cuenta que la falta de una fundamentación de ese tenor en estos casos es consecuencia de un análisis nublado por el uso de prejuicios”*.¹⁸¹

El peso de las expectativas de comportamiento y los roles estereotipados en la imposición de penas y en las decisiones sobre medidas cautelares

Cuando en un caso no fuera posible evitar la imposición de una pena, es tarea de la defensa vigilar que los reproches penales estén desprovistos de consideraciones basadas en expectativas de comportamiento y/o exigencias de rol en razón de género.

Ya el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ha advertido que *“La expectativa de que las mujeres deben “comportarse mejor” que los hombres también puede conducir a penas más severas para las mujeres que para los hombres por un mismo delito. Los prejuicios sexistas en el sistema judicial a menudo se traducen en condenas desproporcionadas para las mujeres por no ajustarse a los estereotipos de género (...) También es posible que tengan menos oportunidades de negociar una reducción de la pena o su declaración de culpabilidad debido al bajo lugar que ocupan en las redes delictivas, unido a su situación de subordinación en un sistema patriarcal”*¹⁸².

En la OC 29-22 la Corte ha sido muy enfática al respecto: “La decisión sobre si los hijos e hijas que tienen progenitores, cuidadores principales o referentes adultos privados de libertad deben ingresar o permanecer en los centros penitenciarios, y bajo qué circunstancias, debe ser adoptada con base en el interés superior del niño como elemento central y primordial a cualquier otra consideración(...) La Corte subraya que la apreciación y determinación del interés superior del niño por parte de las autoridades estatales no podrá basarse en estereotipos de género nocivos y prejuicios sobre el rol de las mujeres frente a la maternidad y su capacidad para ejercerlo sino que deberá ser argumentado a partir de consideraciones debidamente

¹⁸¹ Carrera, M.(2019). Op. Cit. p. 19.

¹⁸² Consejo de Derechos Humanos, ONU (2019), Op. Cit. p. 31.



*probadas sobre las consecuencias que conlleva esta decisión para el bienestar y desarrollo integral del niño*¹⁸³.

Es importante para quienes litigan tener presente que allí la Corte IDH remite a dos precedentes suyos: el caso *Atala Riffo vs. Chile*, donde se cuestionó que se asociara el cuidado de las hijas con llevar adelante un estilo de vida tradicional sobre todo en lo que refería a su elección sexo afectiva por una pareja de su mismo sexo y el caso *Ramírez Escobar*, donde la Corte cuestionó que para valorar el rol materno se considerara como abandono la decisión de ir a trabajar o su sexualidad¹⁸⁴.

¹⁸³ Insoslayable para el litigio de estos casos con distintos matices y alcances en torno al principio de interés superior del niño, dominar la OC 29-2022 en particular, 182 a 197.

¹⁸⁴ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 140 y Caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, supra, párr. 296 y 297.





7. EL LITIGIO EN TORNO A LA IMPOSIBILIDAD DE REPROCHAR EL HECHO IMPUTADO: DISCUTIR LA CULPABILIDAD CON ENFOQUE DE GÉNERO

La acreditación de un hecho típico y antijurídico no agota no toda la acreditación necesaria para la imposición de una pena. Es indispensable para imponer un castigo que la persona a la cual se dirige aquel pueda ser considerada culpable, sin culpabilidad no hay posibilidad alguna de vincular el hecho con quien es señalado como autor¹⁸⁵.

Esa consideración sobre la capacidad de las personas para comprender y adecuar el comportamiento a esa comprensión demanda un esfuerzo defensivo importante porque es su rol neutralizar aquellos juicios que se basan en una vinculación meramente dogmática, sin conexión o apoyo con las específicas circunstancias del caso y de la persona imputada al momento de los hechos.

La simple remisión a fórmulas tales como *“las expectativas de un hombre medio”* o *“de acuerdo a lo esperable”*, la apelación a expresiones tales como *“frecuentemente”*, *“de acuerdo con el sentido común”*, no dicen nada para sostener un juicio de capacidad en los términos que exige el principio de culpabilidad por el hecho: *“no es cierto que estos ámbitos no sean cuantificables empíricamente [que] existen ámbitos de autodeterminación tan reducidos que son despreciables a los efectos de la reprochabilidad (...). De allí que no sea cierto que la personalidad y las demás circunstancias biográficas sean irrelevantes a los efectos del reproche de culpabilidad, sino que por el contrario, esos datos deben ser tomados en cuenta (...) pero con la advertencia de que son datos que no se reprochan (...) sino que se computan para determinar la magnitud del ámbito de determinación concreto”*¹⁸⁶.

En esas condiciones la discusión sobre la culpabilidad y la posibilidad o no de reprochar el hecho, y en su caso con qué intensidad, es siempre una defensa que debe ser pensada en estos casos. Se habla y con razón de las complejidades de teorías del caso múltiples que puedan ser contradictorias, pero tanto en casos donde eventualmente el litigio marque que este es el ámbito donde se tiene más cantidad de posibilidades, como en aquellos sistemas donde hay cesura del juicio pena, esta es una discusión sumamente rica para trabajar en la mejora de la situación de las personas defendidas.

¹⁸⁵ Zaffaroni, E. R. et al. (2008). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires, EDIAR, p. 656.

¹⁸⁶ Ibid., p. 674-675.



Para decirlo en lenguaje de hechos, la defensa debe trabajar aquí sobre la ausencia de libertad real, mostrar ni más ni menos, que se pretende imputar un hecho que no es producto del ejercicio de libertad de la persona acusada. Como dijimos al hablar de la vulnerabilidad, ella como la autonomía, no son características de las personas sino que se deben valorar en el contexto y en el marco de las relaciones que ellas desarrollan.

En esta línea resulta muy útil lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de México al revocar una condena contra 3 mujeres guatemaltecas que fueron detectadas transitando por la frontera con cocaína bajo sus ropas, precisamente por falta de consideración de las circunstancias de vulnerabilidad, remarcando que *“se trata, pues, de valoraciones sociológicas y no de presupuestos ontológicos.*

Evidentemente, las mujeres poseen agencia ética –lo que supone que pueden elegir conscientemente quebrantar la ley–, pero también están sujetas a violencia, discriminación estructural y condiciones de subordinación histórica –lo que implica que pueden ser inducidas o, incluso, coaccionadas para delinquir, o estar en situaciones que limitan o impiden que tengan codominio del ilícito que se les atribuye o donde no podría exigírseles legítimamente evitar la conducta que lesiona un bien jurídico”¹⁸⁷.

¿Y cuándo es libre una persona? “(...) cuando ha tenido una posibilidad real (y no meramente abstracta) de superar [los condicionamientos]. Por eso, lo que llamamos libertad, en todas las esferas de la vida en la que usamos esa palabra, es haber tenido una opción de superar los condicionamientos que provienen de las esferas naturales, sociales, psicológicas, históricas y biográficas (...). La libertad no es atributo abstracto, sino una especial posición del sujeto frente a un conjunto de condicionantes. No se trata de decir que una persona es libre en general (...) sino si ha sido libre en tal circunstancia...”¹⁸⁸.

La propia CIDH advierte sobre la necesidad de que los análisis en torno a la culpabilidad sean en esta clave cuando señala con preocupación que *“los datos disponibles indican que usualmente no se otorgan consecuencias jurídicas al contexto de riesgo de las mujeres, lo que resultaría en que no se apliquen las causales de inculpabilidad para absolverlas y, en consecuencia, las mujeres se enfrenten a ser sometidas a un proceso penal y posiblemente condenadas a largas penas de prisión”¹⁸⁹.*

¹⁸⁷ Ver [Amparo en revisión 1829-2022](#), resolución del 10 de marzo de 2022, párr. 72. Amparo directo en revisión 1206/2018.

¹⁸⁸ Binder, A. (2004). Introducción al derecho penal, Editorial Ad Hoc, Argentina, p. 244.

¹⁸⁹ CIDH (2023-A), párr. 80.



Dos años antes, al resolver el caso *Manuela vs. El Salvador*, la Corte IDH remarcó que *“Existe en este momento consenso doctrinario y jurisprudencial en que la pena debe guardar proporcionalidad con el grado de reproche personalizado (o culpabilidad) que se le puede formular a la persona infractora en razón del espacio de determinación que tuvo en las circunstancias concretas del hecho. Esta regla no solo es compatible, sino que se adecua a la Convención y se impone por ella, pues se deduce de la idea misma de dignidad de la persona humana, concebida como un ente capaz de autodeterminación y dotado de conciencia moral (...) una pena evidentemente desproporcionada resulta contraria a los artículos 5.2 y 5.6 de la Convención”*¹⁹⁰.

Al momento de discutir sobre la culpabilidad - ya sea para repeler todo reproche o para aminorarlo - es indispensable trabajar bien cómo las condiciones de vulnerabilidad y su impacto en la vida y en la autonomía de las personas, permite cuestionar la legitimidad del Estado para aplicar una pena, con una defensa basada en el hecho de que la o las personas se han visto involucradas en actividades delictivas, producto de que les ha sido extremadamente difícil superar las condicionantes estructurales generados por incumplimiento de obligaciones estatales, como ocurre con poblaciones enteras atravesadas por la privación de acceso a derechos.

E incluso, con mayor fuerza aun cuando el desempeño omisivo o activo del Estado ha actuado directamente sobre el sujeto. Por ejemplo, cuando la desatención frente a demandas específicas de víctimas de violencia de género, impide el acceso a servicios de atención efectiva y oportuna para ellas, o como ha sido considerado por alguna jurisprudencia, cuando la falta de provisión de servicios básicos, coloca a la persona en situación de desesperación, por ejemplo, frente a la necesidad de responder a una enfermedad terminal de alguien bajo cuidado de quien se involucra en el delito para garantizar acceso a la salud ¹⁹¹.

Como ha señalado el profesor Juan Bustos Ramírez *“siempre responsabilidad, (...) es igual es exigibilidad (...) El tema entonces a discutir en definitiva, es qué le puede exigir el Estado a una persona dada en una circunstancia dada (...) es un tema de interacción y de relación, y por lo tanto quien tiene que responder también es el Estado”* ¹⁹².

También el hecho de estar sometido a una situación de violencias sexo genéricas o a un largo historial de esas características puede jugar un rol importante en la discusión en torno a la culpabilidad y la posibilidad de imputar hechos a personas

¹⁹⁰ Corte IDH “Caso *Manuela vs. El Salvador*, Op. Cit. párr. 163. El destacado nos pertenece.

¹⁹¹ Binder, A. (2004), Op. Cit. p. 279 y siguientes.

¹⁹² Bustos Ramírez, J. (2001). *Hacia una construcción Latinoamericana de la Culpabilidad*. Conferencia plenaria del XI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Montevideo.



atravesadas por esas circunstancias, cuando podamos conectarlas con el hecho imputado: *“un análisis del principio de culpabilidad por el acto con perspectiva de género comprenderá que la violencia es un fenómeno que restringe la libertad y autonomía de las mujeres, en tanto tiene un fuerte impacto en la conducción del plan de vida. Esta situación fáctica está reconocida normativamente en el artículo 5 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)”*¹⁹³.

Debe quedar claro que no se promueve aquí defensas basadas en la patologización como consecuencia de los efectos del tránsito por la violencia, habrá casos en los que eso sea pertinente, pero importante también que en el afán de defender en base a procesos de victimización previa no se termine por reiterar estereotipos negativos en torno a la capacidad de las mujeres en tanto tales; no se trata tanto de un análisis de capacidad en términos psíquicos sino de supuestos de inexigibilidad de otra conducta¹⁹⁴.

Por último, para estas discusiones, es importante tener presente que la CIDH recomendó recientemente:

*“En el juzgamiento de mujeres, adoptar medidas judiciales (...) y de cualquier índole orientadas a otorgar consecuencias jurídicas al contexto de riesgo que enfrentan las mujeres, que permitan contemplar las particularidades que rodean la comisión de delitos como circunstancias atenuantes a considerar por los operadores judiciales al momento de juzgarlas. En particular, implementar acciones para asegurar que, al momento de juzgar a las mujeres, los tribunales tengan la facultad de considerar los factores atenuantes haciendo posible la aplicación de sanciones proporcionales a la gravedad del delito cometido, incluso permitiendo -de corresponder- la imposición de penas de prisión por debajo de los montos establecidos en la legislación o, dictar un sobreseimiento (...) Ello, con base en la modalidad en que los delitos son cometidos por las mujeres, y las circunstancias personales que derivan en su involucramiento con actividades ilícitas”*¹⁹⁵.

En el mismo sentido se expide la Regla Nro. 61 de las Reglas de Bangkok al establecer: *“Al condenar a las delincuentes, los tribunales tendrán la facultad de examinar atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo, teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular”*.

¹⁹³ Asensio, R. Di Corleto, J y González, C. (2020). Criminalización de mujeres por delitos contra las personas, en [Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género](#), Defensoría General de la Nación de la República Argentina y Programa Eurosocietal. Serie Cohesión Social en la práctica, Colección Eurosocietal nro. 14, p.69.

¹⁹⁴ Ortega Ortiz, A (2021) Op. Cit. 227.

¹⁹⁵ CIDH (2023-A). Recomendación A. 14.



Financiado por
la Unión Europea



Una buena defensa debe trabajar sobre estos instrumentos sin esperar a que sean los jueces los que asuman la obligación que sin dudas existe, pero llevar el planteo de manera proactiva genera una posición indiscutiblemente mejor.





8. LA DEFENSA PENAL EFECTIVA EN EL LITIGIO DE MEDIDAS CAUTELARES

A. Consideraciones generales

La primera condición para la aplicación de una medida cautelar es que exista un hecho delictivo que razonablemente pueda imputarse, dado el estado de la investigación, a la persona acusada. Esto que parece una obviedad, muchas veces no es discutido por las defensas. Quizás existan supuestos en los que la decisión táctica esté justificada, pero desde el primer momento del proceso si hay elementos para poner en duda la acusación o descubrir problemas de certeza, tráfico de prejuicios y estereotipos que dan por sentadas acciones no explicitadas. Vg. según vimos estar en un domicilio no es delito, estar en un domicilio no da cuenta de la disposición de la sustancia- la cuestión debe ser evaluada por la defensa.

Muchas veces no es posible hacerlo, pero la discusión sobre una medida cautelar (pensemos en la prisión preventiva por su gravedad y por su uso extendido) reclama una entrevista al menos, lo más profunda posible con la persona acusada. No es que ya en ese momento hay que tener una teoría del caso definida, pero sin al menos una versión de los hechos es difícil controlar a la contraparte. Además, el trabajo sobre la discusión específica de si corresponde o no dictar la medida que se solicita, demandará según veremos, indagar sobre otros aspectos.

Otra generalidad que debe considerarse es el litigio - quizás más estratégico y que no es privativo de los casos con mujeres imputadas - dirigido a impugnar regulaciones procesales que imponen la prisión preventiva en base al tipo de delitos, como ocurre con gran parte de la legislación regional en materia de drogas y/o *“contra el crimen organizado”*. Al respecto, la CIDH *“recuerda que la prisión preventiva debe justificarse en cada caso concreto, y que los ordenamientos jurídicos que contemplan la aplicación de medidas cautelares con base en el tipo del delito ignoran el principio de proporcionalidad consagrado en la Convención Americana”*¹⁹⁶.

También la defensa debe explotar que cada vez más, en el ámbito del sistema internacional de protección de derechos fundamentales, se viene cuestionando la asociación automática entre pena en expectativa y riesgo procesal, en particular de

¹⁹⁶ CIDH (2023 -AA), párr. 72.



fuga y en particular por casos de drogas¹⁹⁷. Aunque respecto de otros delitos, pero aplicable a estos casos, se ha detectado que *“suele ser un recurso habitual recurrir a calificaciones extremas aún sin sustento probatorio al solo efecto de maximizar las posibilidades de negar libertades”*¹⁹⁸, por lo cual es imperioso que la defensa también trabaje en el control de las calificaciones que corresponden, dado el estado inicial de la investigación.

y que la propia Corte IDH tiene varios precedentes con estándares muy robustos para litigar prisiones preventivas. Algunos de ellos son:

- Asegurar que las discusiones sobre medidas cautelares sean genuinamente contradictorias, con intermediación, publicidad y celeridad lo que demanda su tratamiento en audiencias orales, *“(…) con la intervención de todas las partes. En particular, a fin de asegurar el derecho de la defensa, la Comisión ha determinado que las personas acusadas deben estar presentes y ser escuchadas por la autoridad judicial”*¹⁹⁹.
- El peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.
- Es incompatible con los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, establecerla en función de la pena en expectativa: *“la norma que excluye la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas de la prisión preventiva en razón de la pena fijada para el delito imputado, ignora el principio de necesidad consistente en la justificación de la prisión preventiva en el caso concreto (…) Toda disposición que ordene la aplicación obligatoria de la prisión preventiva por el tipo de delito deberá ser derogada”*²⁰⁰.
- La inconventionalidad de la alarma social como fundamento de la detención cautelar: En el caso *“Manuela”* el juez del caso había dispuesto la medida cautelar invocando entre los motivos la alarma social que el hecho provocaba y la Corte IDH dijo que *“la mención a la alarma social que habría causado la ocurrencia del presunto delito, es contraria a la lógica cautelar ya que no se refiere a las condiciones particulares de la persona imputada, sino a*

¹⁹⁷ Por ejemplo, Honduras informó a la CIDH que *“las conductas delictivas que resultan en la aplicación automática de la privación de la libertad están relacionados con delitos de drogas”* CIDH (2023-A), párr. 73

¹⁹⁸ Arduino, I. et. Al (2024). Herramientas de litigación ante la criminalización de emergencias obstétricas, Ediciones Didot.

¹⁹⁹ CIDH (2017). Recomendación J.1.

²⁰⁰ CIDH (2017). Recomendación B. 3 y 4.



valoraciones subjetivas y entendió que se trató, por ausencia de peligros procesales, de una detención arbitraria.

- Es deber del Estado demostrar cómo medida cautelar solicitada neutralizaría el riesgo procesal, debidamente fundados.
- Es necesario que en caso de que sean concedidas, el tiempo por el que se disponen sea razonable, son contrarias a la Convención Americana y constituyen una detención arbitraria las prórrogas sin fundamento suficiente acerca de la necesidad de mantener la medida²⁰¹, pero además;
- No se puede fundar la necesidad de cautela en remisiones circulares a los hechos imputados, es necesario ofrecer pruebas sobre el riesgo. Pensemos en los casos de flagrancia. Es importante tener control sobre los argumentos del fiscal: no es lo mismo acreditar la probabilidad del hecho imputado con la certeza de los riesgos procesales, que es lo que se discute en una audiencia de medidas cautelares.
- En relación con el riesgo de obstaculización del proceso, debe evaluarse qué tipo de prueba se encuentra pendiente y cómo podría obstaculizarse, por ejemplo, es absurdo decir que está pendiente la pericia de teléfonos secuestrados si la persona - pensemos en los perfiles de quienes son detenidas- ya no está en poder del dispositivo.

Por último, pero en absoluto menos importante, al tiempo que resiste la pretencioso fiscal de imponer una cautela, también debe evaluar la defensa la posibilidad de proponer alternativas morigeradas ofreciendo sustento para demostrar que aquellas neutralizan con menos costo en libertad, los riesgos que puedan ser demostrados, pero más importante aún, *“en los casos en que el fiscal solicite la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, tiene la obligación de sustentar la ausencia de viabilidad respecto a la aplicación de las medidas alternativas”*²⁰².

B. Estándares con enfoque diferenciado en la discusión sobre medidas cautelares

Según ya consignamos al momento de sistematizar los diagnósticos que el uso abusivo y extendido de la prisión preventiva y el aumento de las penas es particularmente gravoso en los casos de criminalización por drogas, con especial sesgo de género. Tal extensión plantea un desafío transversal a todas las defensas

²⁰¹ Corte IDH (2021), *Manuela vs. El Salvador*, párr. 107.

²⁰² CIDH (2017). Recomendación C.2.



públicas de la región puesto que desde ha varios años *“en particular en el abordaje de mujeres privadas de la libertad, la CIDH urge a los Estados a adoptar medidas diligentes con una perspectiva de género que tome en consideración la discriminación histórica y los estereotipos que han afectado a las mujeres y que han limitado de forma severa el ejercicio de sus derechos (...) Dicha perspectiva implica tomar en cuenta la situación especial de riesgo de violencia en todas sus manifestaciones”*²⁰³.

Lo primero que hay que considerar es que ya vimos que asegurar enfoque de género es obligación de todos los operadores de modo tal que si en su solicitud de medida cautelar el Ministerio Público Fiscal no considera esa dimensión, la defensa no puede dejarlo pasar y tendrá a su cargo la tarea de poner esa dimensión en litigio y en particular en materia de drogas porque respecto de estos casos en particular es que la CIDH exige adoptar medidas integrales²⁰⁴.

Por su parte, las reglas de Bangkok (Regla nro. 58) dicen: *“Las especificidades debido al género deben contemplarse tanto al discutir restricciones a la libertad durante el proceso como respecto de las condiciones de ejecución en caso de que ellas resulten condenadas al cumplimiento de una pena privativa de la libertad”*.

Los distintos niveles de información contextual y personal referidos a lo largo de este trabajo tienen también su peso específico al discutir y resistir la prisión preventiva: *“la consideración de los historiales de vida y las razones que las han conducido al delito deben ser cuidadosamente evaluadas cada vez que se decida sobre la necesidad de encarcelamiento de una mujer. De lo contrario, la acción de los sistemas judiciales no contribuirá –e incluso imposibilitará– a la superación de los fenómenos a menudo estructurales que las han llevado al delito”*²⁰⁵.

Para decirlo de una manera directa: el manejo de herramientas tales como las Reglas de Bangkok (ONU, 2010) es indispensable para el trabajo en estas defensas en tanto obligan a los Estados a *“elaborar medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena (...) teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas”*.

En segundo lugar, cuando analizamos las características socio económicas de las mujeres que resultan perseguidas por este tipo de delitos, vimos que una constante es su condición de cuidadoras, generalmente como únicas adultas responsables en el caso de niños, niñas y adolescentes, información sumamente relevante para poner en juego al momento de debatir los alcances de las medidas cautelares.

²⁰³ CIDH (2017). [Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas](#), 3 de julio de 2017, párr. 199.

²⁰⁴ CIDH (2017) Recomendación J.7.

²⁰⁵ AIDEF (2015). [Manual Regional: Las Reglas de Bangkok en clave de defensa pública](#), Asociación Interamericana de Defensorías Públicas Colección Documento de Trabajo N° 36/Eurosocial, p. 47.



En el “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” (CIDH, 2017) se enumeran los siguientes aspectos a considerar:

- Posición particular y de desventaja histórica que tienen las mujeres en la sociedad;
- Historial de victimización anterior;
- Ausencia de circunstancias agravantes en la comisión del delito;
- Impacto diferencial e incremental de privación de la libertad respecto de las personas bajo su cuidado. Esto en directa relación con lo recomendado en el año 2017: *“En función del interés superior del niño, las autoridades judiciales deben aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva en el caso de personas que tengan la responsabilidad principal de niños, niñas y adolescentes a su cargo”*²⁰⁶
- La prisión se debe considerar como último recurso cuando las personas a quienes se pretende privar de la libertad tienen bajo su cuidado a personas en situación especial de riesgo, y deben priorizarse medidas alternativas a la prisión que permita hacer frente a los cuidados de las personas bajo su dependencia. Las defensas con enfoque de género no se limitan a las mujeres madres o con dependientes a cargo porque cuando de todos modos debe procurarse *“incorporar prueba sobre el escaso nivel de riesgo que representan y la inconveniencia de mantenerlas detenidas en espacios que generalmente superan las condiciones de seguridad que serían necesarias de acuerdo a su perfil”*²⁰⁷

Por otra parte, también debe tenerse presente que *“el cúmulo de afectaciones derivadas del encierro previo a juicio impactan de forma mucho más intensa a personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad, y que este impacto resulta aún más grave cuando estas personas pertenecen a grupos económicamente en particular situación de riesgo, pues además son víctimas de otras formas de exclusión social. (...) La prisión preventiva afecta de manera diferenciada y desproporcionada a las personas (...) afrodescendientes; indígenas; LGTBI; personas mayores; personas con discapacidad, y niños, niñas y adolescentes. Un enfoque diferenciado implica considerar las condiciones de vulnerabilidad particulares y los factores que pueden incrementar el riesgo a actos de violencia y discriminación en*

²⁰⁶ CIDH(2017), Recomendación J. 5.

²⁰⁷ AIDEF (2015), Op. Cit. p.48



Financiado por
la Unión Europea

contextos de prisión preventiva, como la raza, etnia, edad, orientación sexual, identidad y expresión de género, y discapacidad”²⁰⁸.

²⁰⁸ CIDH (2017), párr.215.



9. EXPLORANDO OTRAS RESPUESTAS: HACIA LA CENTRALIDAD DE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD Y PENAS ALTERNATIVAS PARA DELITOS MENORES POR DROGAS

Un criterio político institucional orientador de la defensa aplicable a cada caso, es asumir que cuando se trata del uso del derecho penal, quien litiga debe tener presente e insistir ante los tribunales en que para que proceda la aplicación de una pena, es decir un castigo, debe tratarse del *“último recurso de un modo comprobable y con relación a otros identificables, dentro de un análisis circunstanciado y de base empírica (...)”*. Sólo puede existir una legitimidad circunstancial, sometida a crítica y comprobación permanente²⁰⁹ y en sólo en casos de genuino último recurso, su aplicación devendría legítima.

Esta afirmación encuentra sustento en el desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos. De manera contundente en su Informe del año 2023 la CIDH advierte que *“las conductas vinculadas con estas sustancias son frecuentemente tratadas como “delitos graves” sin ningún tipo de distinción alguna”* contradiciendo el principio de proporcionalidad de las sanciones.²¹⁰

Más recientemente, en el Informe de la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Alice Jill Edwards *“Cuestiones de actualidad y buenas prácticas en la gestión penitenciaria”*, de febrero de 2024, se recomienda que los Estados *“promuevan opciones que tengan en cuenta las cuestiones de género para la adopción de medidas sustitutivas de la reclusión en las fases de instrucción y de imposición de la pena dentro de los ordenamientos jurídicos”*²¹¹.

Como puede verse aquí, hay un primer nivel de distinciones que es importante poner en discusión en cada caso según aplique, considerando este llamado de atención del sistema internacional.

²⁰⁹ Binder, A. (2004). Introducción al derecho penal, p.50.

²¹⁰ CIDH (2023 -A), párr. 65.

²¹¹ [Informe de la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Alice Jill Edwards “Cuestiones de actualidad y buenas prácticas en la gestión penitenciaria”](#), Consejo de Derechos Humanos (UN), 20 de febrero de 2024, párr 77.a.



En clave de litigio tanto para discutir la necesidad misma de la imposición de la pena como su forma de ejecución es útil tener presente que la CIDH entiende necesario en cada caso distinguir²¹²:

- Entre delitos de drogas de baja y alta gravedad: por ejemplo, litigar sobre las incongruencias normativas que tienen los marcos regulatorios sucesivamente reformados pero también con la desproporción entre las penas previstas en las leyes de drogas y las que se imponen a delitos tales como el homicidio o los crímenes sexuales.
- Entre delitos violentos y no violentos: debe pesar distinto en el reproche el nivel de violencia desplegado, en el caso concreto, y romper con las falsas fundamentaciones que remiten en abstracto a la “gravedad”, el “flagelo” del problema de las drogas.
- Entre los distintos niveles de participación; parece obvio pero según vimos a lo largo de la guía es común que tratándose de estos casos y estas poblaciones no se consideren matices al respecto.
- Los tipos de drogas, algo que es más innovador pero es importante poner discusión.

Es motivo de preocupación en el sistema interamericano la existencia de normas legales nacionales que impiden a las personas condenadas por delitos vinculados con drogas, beneficiarse con medidas procesales que limitan el uso de la prisión, ya sea por imponer casi automáticamente la prisión preventiva, por impedir las penas de ejecución condicional o alternativas o bien, cuando las penas ya han sido impuestas, por restringir hasta prohibir en algunos casos, el acceso a egresos anticipados, por otra parte, indispensables para garantizar progresividad como componente inescindible de la resocialización. Todo esto además, *“afecta de forma diferenciada a las mujeres(...) en su mayoría, estas regulaciones tampoco contemplan una perspectiva de género puesto que no establecen excepciones que beneficien a las mujeres en atención a la situación especial de riesgo que enfrentan en detención o a las responsabilidades de cuidado respecto de las personas a su cargo”*²¹³

Es importante tener presente que para la CIDH estas restricciones, basadas en el tipo de delito, *“vulneran el principio de igualdad y no discriminación (...) la ley no debería disponer que algún tipo de delito quede excluido del régimen establecido para los beneficios penitenciarios que contribuyen a reducir el encarcelamiento, o que determinados delitos reciban un tratamiento distinto en materia de ejecución de la pena sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola*

²¹² CIDH (2023 -A), párr. 65.

²¹³ CIDH (2023-A), párr. 75.



*circunstancia de responder a estándares como "repercusión social", "alarma social", o algún otro"*²¹⁴.

Eso implica que mientras los marcos normativos no se modifiquen, la herramienta disponible es confrontar las legislaciones vigentes con auxilio de los insumos que provee el derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, el propio sistema internacional contempla el litigio como herramienta instar la adopción de medidas judiciales administrativas y de otra índole a promover medidas alternativas. Así, no obstante recomendar a los Estados la derogación de ese tipo de normas, la CIDH entiende que bajo la estricta vigencia del principio de proporcionalidad se deben adoptar *"las medidas necesarias para permitir que, (...) frente a los delitos que involucran estupefacientes o participación en organizaciones criminales, las y los juzgadores se vean posibilitados de aplicar sanciones no privativas de la libertad a las personas con bajo nivel de participación dentro de la cadena delictiva que han cometido un delito no violento (...) Adoptar todas las medidas con el propósito de garantizar que las personas condenadas por delitos de drogas o delitos de criminalidad organizada puedan acceder a beneficios penitenciarios que reducen el uso de la prisión, en igualdad de condiciones respecto a las personas condenadas por otros delitos"*²¹⁵.

Por último, la Regla Nro. 59 de las Reglas de Bangkok dice:

"Se preverán recursos apropiados a fin de elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes, en las que se conjuguen las medidas no privativas de la libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal. Entre ellas podrán figurar cursos terapéuticos y orientación para las víctimas de violencia en el hogar y maltrato sexual, un tratamiento adecuado para las que sufran discapacidad mental, y programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo. En esos programas se tendrá presente la necesidad de establecer servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer".

Además, según se verá más adelante, la prioridad de las medidas alternativas y o sustitutivas a la privación de libertad es el principio rector cuando se trata de mujeres embarazadas. en período de lactancia o cuidadoras de hijos u otros dependientes.

²¹⁴ CIDH (2023-A), párr. 78.

²¹⁵ CIDH (2023- A). Recomendación 11.



10. EL CONTROL DE LA DEFENSA ANTE LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA Y DURANTE LA EJECUCIÓN PENAL

Es sumamente importante tener claro que un enfoque diferencial basado en el género debe enfatizarse desde el primer momento del proceso y sostenerse *“durante toda su situación de encarcelamiento, así como orientar todas las decisiones que se adopten para dar respuesta a las necesidades específicas durante los procesos de liberación y post liberación”*²¹⁶.

Al respecto, la Corte IDH *“(...) considera que la aplicación de un enfoque diferenciado en la política penitenciaria permite identificar de qué forma las características del grupo poblacional y el entorno penitenciario condicionan la garantía de los derechos de determinados grupos de personas privadas de libertad que son minoritarios y marginalizados en el entorno carcelario, así como determina los riesgos específicos de vulneración de derechos, según sus características y necesidades particulares, con el propósito de definir e implementar un conjunto de medidas concretas orientadas a superar la discriminación (estructural e interseccional) que les afecta. De no hacerlo, los Estados estarían en contravención de lo previsto en el artículo 5.2 de la Convención Americana y otros tratados específicos, y podría generarse un trato contrario a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.

Uno de los principales problemas a superar es el endurecimiento normativo que ha llevado a muchos Estados a regular restricciones, o más bien prohibiciones de cualquier forma de egreso de anticipado, o muchas de ellas, colocando a las personas privadas de la libertad por delitos de drogas en la imposibilidad de acceder a un régimen de ejecución de la pena progresivo, como condición inexorable del principio de resocialización y la reinserción social.

Esa cuestión, vimos, debe ser litigada y discutida en cada caso. A todas las consideraciones propias del enfoque de género que fueron consideradas a lo largo de este trabajo (Vulnerabilidad /sujeción/ responsabilidades de cuidado/ consideración del rol marginal en relación con el tipo de criminalidad que se pretende perseguir) es importante sumarle que la CIDH ha dicho que los Estados deben garantizar *“procesos graduales dirigidos a la desinstitucionalización de las mujeres encarceladas mediante el otorgamiento de permisos de salida transitoria de la prisión. Ello, a fin de posibilitar las visitas a sus familias y comunidades, y que sean*

²¹⁶ AIDEF (2015), Op. Cit. p. 34,



*incorporadas en actividades de la vida diaria de forma previa a su liberación, por ejemplo, acceder a servicios de salud, trabajar, estudiar, y llevar a sus hijas e hijos al colegio*²¹⁷.

En lo que sigue se abordan algunos aspectos neurálgicos de la defensa que atraviesan durante la ejecución de la pena o en cualquier modalidad de privación de libertad, las mujeres privadas de libertad. Desde ya, también deben atenderse todos los aspectos propios de la etapa de ejecución, relacionados con la tutela de derechos durante el tránsito por la institución carcelaria, que no son específicas de la población que nos ocupa en este trabajo, pero que sin dudas pueden presentarse también respecto de ellas. Nos referimos a cuestiones tales como: a. la garantía de derechos básicos como la alimentación, el vestido y las condiciones de habitabilidad del lugar de alojamiento, el control ante el hacinamiento y/o sobrepoblación, la garantía de derechos no restringidos por la pena impuesta como pueden ser la educación y el trabajo, el acceso a la salud básica, así como un adecuado acceso a la justicia en todo lo concerniente a la aplicación de sanciones disciplinarias, entre otros.

A tal efecto se recomienda además de considerar los aportes que se proponen a lo largo de este trabajo y en lo que si sigue, tener presentes para el trabajo durante la etapa de ejecución los siguientes instrumentos de trabajo ya desarrollados por AIDEF: Manual Regional de buenas prácticas Penitenciarias (AIDEF), 2017.

Manual de Monitoreo de Derechos Humanos en los Centros de Privación de Libertad por parte de las Defensorías Públicas, 2017 (tanto para entrevistas individuales como para visitas generales)

Guía Regional para la Defensa Pública y la Protección Integral de las Personas Privadas de Libertad (AIDEF), 2013.

Además se sugiere considerar el *“Documento técnico de estándares mínimos iberoamericanos para la humanización de la política criminal y penitenciaria”*.

A. Las tareas de cuidado y su impacto en las discusiones sobre la libertad de las personas acusadas y condenadas por delitos menores de drogas

Está fuera de discusión que en el ámbito interamericano las mujeres embarazadas y lactantes, así como las que ejercen de cuidadoras, son reconocidas como personas que enfrentan específicas vulnerabilidades, y que el principio rector es que *“el régimen adecuado consiste en prever y disponer medidas no privativas de libertad a las mujeres condenadas por la comisión de un delito que tengan niños a su cargo, incluyendo la aplicación de alternativas tales como la prisión domiciliaria, a fin de*

²¹⁷ CIDH (2023 -b). Recomendación 58.



*asegurar que los niños puedan disfrutar de su derecho a la vida familiar junto a sus progenitores en un entorno no privativo de libertad que sea apropiado para su desarrollo integral*²¹⁸.

Así con especial énfasis la Corte IDH entiende que los Estados están obligados a:

- Dar prioridad en el uso de medidas alternativas o sustitutivas en la aplicación y ejecución de la pena “o, en su defecto, a formas de detención morigeradas, tales como el arresto domiciliario o el uso de brazaletes o tobilleras electrónicas, particularmente atendiendo a la baja gravedad del delito –es decir, la comisión de delitos no violentos-, al mínimo riesgo que representa la mujer delincuente para la sociedad, así como al interés superior de los niños y niñas. Ello implica que la privación de libertad solo puede imponerse en supuestos excepcionales²¹⁹. Por otra parte también establece la Corte IDH que forma parte de los derechos de niños, niñas y adolescentes con cuidadoras sometidas a proceso penal, el Principio general de uso prioritario de penas alternativas o sustitutivas a sus madres, cuidadores principales o referentes adultos²²⁰ lo cual implica pleno reconocimiento de la Observación Gral. nro. 14 del Comité de Derechos del Niño en cuanto señala que cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados.
- Si no fuera posible imponer una medida alternativa en estos caso, rige el “Principio de separación entre mujeres y hombres e instalaciones apropiadas para mujeres embarazadas, en período de posparto y lactancia, así como cuando son cuidadoras principales”.
- Prohibición de medidas de aislamiento y coerción física “En el caso de las mujeres, la prohibición de emplear sanciones de aislamiento y medidas similares formulada en la referida Regla 45.2 se remite a las Reglas de Bangkok. En su Regla 22, disponen en atención a la especial vulnerabilidad de ciertas categorías de mujeres y al interés superior del niño, que: “no se aplicarán las sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en período de

²¹⁸ OC- 29-2022, párr. 200. En el mismo sentido, constituye un antecedente el acuerdo de solución amistosa CIDH [Informe nro. 61/13](#) referido al “Caso12361 Karina Montenegro vs. Ecuador” del 16 de julio de 2013 en el que mediante el procedimiento de solución amistosa, el Estado ecuatoriano reconoció que en todo estado constitucional de derechos se deben hacer distinciones legales que permitan la mayor protección a grupos vulnerables como son los niños, niñas, personas adultas mayores y mujeres embarazadas.

²¹⁹ OC 29-2022, párr. 133. El destacado nos pertenece.

²²⁰ *ibid.*, párr. 192 y siguiente.



lactancia (...) Resulta contrario al artículo 5.2 de la Convención Americana la aplicación de medidas de aislamiento, a manera de sanción disciplinaria o con cualquier otro propósito, para mujeres embarazadas, en período de posparto o lactancia, así como madres con niños o niñas. La Corte considera, además, que las sanciones disciplinarias no podrán disponer la prohibición del contacto de las mujeres con sus familiares, especialmente en referencia a los niños y niñas . En esta medida, se encuentra prohibida la aplicación de medidas disciplinarias que consistan en la prohibición de visitas a las mujeres embarazadas o con niños”²²¹

Derivado directamente del hecho que suele haber niños, niñas y adolescentes sobre quienes impacta de lleno la detención de quienes se ocupan de su cuidado, es obligación también considerar los hechos y sus consecuencias procesales desde la perspectiva del principio de interés superior del niño.

Al respecto, la Observación general nro. 14 (ONU, 2013), dice: “(...) Si, excepcionalmente, la solución elegida no atiende al interés superior del niño, se deben indicar los motivos a los que obedece para demostrar que el interés superior del niño fue una consideración primordial, a pesar del resultado. No basta con afirmar en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior del niño; se deben detallar de forma explícita todas las consideraciones relacionadas con el caso en cuestión y se deben explicar los motivos por los que tuvieron más peso en ese caso en particular. En la fundamentación también se debe explicar, de forma verosímil, el motivo por el que el interés superior del niño no era suficientemente importante como para imponerse a otras consideraciones”.

En relación con la prisión domiciliaria, ella busca evitar que los efectos nocivos de la prisión afecten a los niños y niñas que sufren la privación de la libertad por vivir dentro de la cárcel con mujer imputada o por quedar al cuidado de otras personas fuera de ella. Debe entenderse que el derecho al vínculo con la madre no permite afirmar ligeramente que basta con que les niñas puedan quedar al cuidado de otro adulto responsable.

Es tarea de la defensa acompañar a sus representadas a los efectos de que “*las mujeres sujetas a arresto domiciliario (...) y sus familias no se vean impedidas del ejercicio de sus derechos por causa de estar sujetas a esta medida, en particular, de aquellos vinculados con la alimentación, salud y empleo, así como los relacionados con sus responsabilidades respecto de las personas bajo su cuidado, cuando corresponda. Ello, mediante: i) el otorgamiento en tiempo oportuno de las correspondientes autorizaciones judiciales para ejercer sus derechos fuera del hogar;*

²²¹ Ibid., párr. 143 y 144.



y ii) la proporción de beneficios de asistencia social y económica que requieran para permanecer en su hogar junto a sus familias”²²².

En función del interés superior de las infancias, “las autoridades judiciales deberán aplicar con mayor rigurosidad los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad al momento de considerar la aplicación de la prisión preventiva”²²³. En este punto, incluso cuando no se lograra una sanción alternativa, circunstancialmente puede discutirse la suspensión de la ejecución o diferimiento, en razón de necesidades de cuidado, como prevé la Regla nro. 2 de las Reglas de Bangkok’.

Si no prosperara un pedido de arresto domiciliario, es importante conocer que en su Opinión Consultiva No. OC-29/22, la Corte IDH señaló que para evitar la vulneración de derechos de las niñas y niños a las visitas familiares y a mantener contacto con sus madres o cuidadores principales privados de libertad, es deber de los Estados asegurar:

- La provisión información precisa y clara sobre la organización de las visitas, programándolas de forma tal que puedan los niños concurrir en días y horarios que interfieran lo menos posible con sus actividades cotidianas; facilitar el ingreso de juegos y elementos recreativos que favorezcan la vinculación;
- No someter a las niñas y niños a registros corporales intrusivos o que atenten contra su dignidad;
- Garantizar condiciones materiales y de higiene en los espacios de espera y de visitas; y
- Promover la vinculación familiar en espacios fuera de las prisiones.
- Garantizar alojamiento en condiciones que favorezca el contacto de aquellas con sus hijos y familias: *“Para el caso de traslados de las mujeres privadas de libertad a lugares distantes de sus hogares o comunidades de origen, los/las defensores/as examinarán con atención las razones esgrimidas por las autoridades para justificarlos. Si carecen de toda justificación razonable y/o son arbitrarios o encubren una sanción disciplinaria o conllevan una agravación de las condiciones de privación de libertad instarán, ante las autoridades competentes, las medidas que sean procedentes para dejarlos sin efecto. Si el traslado aún no se hubiere llevado a cabo instarán la inmediata suspensión cautelar del mismo. Los/las defensores/as fundamentarán sus peticiones en la vulneración, entre otros, al derecho a la protección a la familia”²²⁴* a lo que

²²² CIDH (2023-A). Recomendación 50.

²²³ CIDH (2017), párr. 169.

²²⁴ AIDF (2015), p. 64.



puede sumarse argumentaciones relacionadas con la configuración de trato cruel, inhumano y/o degradante²²⁵.

Reforzando esto, la CIDH recomienda a los Estados *“Implementar acciones para que se priorice la libertad de las mujeres acusadas y condenadas, tomando en consideración los impactos desproporcionados de su encarcelamiento y las cargas específicas que han llevado históricamente en razón de su género y los roles sociales tradicionalmente asignados”*²²⁶

Retomamos aquí el trabajo previo de AIDEF en su Manual Regional *“las Reglas de Bangkok en clave de defensa pública”* donde se definió como potestad de dichos organismos, entre otras acciones que *“Los/las defensores/defensoras públicos/as de la región, en el ejercicio de sus funciones, verificarán el cumplimiento por parte de las autoridades penitenciarias de los estándares internacionales en relación con sus defendidas. Con respecto a las mujeres privadas de libertad, los/las defensores/as públicos/as verificarán los siguientes aspectos específicos:*

a) Que los establecimientos de privación de libertad cuentan con políticas y programas específicos para dar respuesta a las necesidades de las mujeres embarazadas, madres lactantes, mujeres que han dado a luz recientemente, así como de sus hijos/as (programas de cohabitación).

b) Que reciben asistencia sanitaria por un profesional cualificado, incluida la pediátrica.

c) Que reciben una alimentación suficiente y de forma puntual.

*d) Que son alojadas en un entorno sano, que les permita hacer ejercicio físico de forma regular*²²⁷.

e) Que reciben información acerca del embarazo, el parto y la asistencia sanitaria y cuidados postnatales.

En caso de incumplimiento, los/las defensores/as deberán instar, ante las autoridades competentes, la adopción de las medidas y acciones que sean procedentes para garantizar y asegurar la efectividad de los anteriores estándares para sus defendidas. Resultaría recomendable que las Defensorías Públicas creasen un registro autónomo con los datos relativos a sus defendidas embarazadas, madres lactantes o con

²²⁵ Ya en el caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Op. Cit la Corte IDH había establecido el deber de garantizar contacto, párr. 330. En la OC - 22-2022, dedica especial atención a la cuestión, ver párr. 165 a 168.

²²⁶ CIDH (2023-A), Recomendación nro. 12.

²²⁷ En este punto se recomienda tener presentes las recomendaciones 17 a 19 efectuadas por la CIDH en el año 2023. Ver CIDH (2023-A).



niños/as con el fin de dar el oportuno seguimiento a su situación y garantizar una mejor defensa de sus derechos, así como asegurar el interés superior de los/las niños/as”²²⁸.

Otra dimensión relevante en estos casos, que quizás excede el trabajo de quien ejerce la defensa de la persona imputada pero está íntimamente relacionada, es la práctica repudiada por la CIDH en su informe de 2023, consistente en que además de ser separados de sus madres, los niños y niñas sean declarados en situación de adoptabilidad²²⁹ así como también repudia las reglas generales que permiten la privación de la responsabilidad parental apoyada en condenas:

“Al respecto, la CIDH recuerda que derivado de las obligaciones estatales contenidas en los artículos 17.1 y 19 de la Convención Americana, las niñas y niños tienen derecho a vivir con su familia, principalmente con su familia biológica, y a que las medidas de protección estatales, reconocidas en el artículo 19, prioricen el fortalecimiento de la familia como elemento principal de protección y cuidado de niñas y niños (...) En la misma línea, la Corte Interamericana ha señalado que las niñas y niños tienen derecho a vivir con sus familias, quienes son las llamadas a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. Así, el derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte implícitamente del derecho a la protección de la familia y de la niñez”²³⁰.

Además, son un recurso específico para la litigación en estos casos, las Reglas 63, 64 y 65 de las Reglas de Bangkok.

Todas las consideraciones que hemos efectuado sobre la relevancia del trabajo interdisciplinario adquieren especial peso en los litigios centrados en reclamar la consideración de sus responsabilidades de cuidado y la necesidad de armonizar la decisión con las exigencias del principio de interés superior del niño, ya sea para la discusión de medidas cautelares como para la pena misma. Concretamente, se ha recomendado que *“En el caso de mujeres madres resultará de mucha utilidad incorporar informes sociales que demuestren el impacto negativo que el encarcelamiento de la madre tendrá sobre los/as hijos/as menores o sobre otras*

²²⁸ AIDEF (2015), Op. Cit, p. 136 - 137.

²²⁹ Para la CIDH “ello ocurriría al menos en Colombia, Estados Unidos y Honduras. En particular, en Honduras, cuando la niña o niño carece de un familiar responsable de su crianza, la Dirección de la Niñez, Adolescencia y Familia (DINAF) busca una familia adoptiva que asuma su cuidado (...) En Colombia, a pesar de la existencia de resoluciones judiciales que permiten mantener la responsabilidad parental, muchas hijas e hijos de mujeres detenidas habrían sido adoptados por otras personas debido a la ausencia de personas responsables de su crianza sumada a la falta de empleo de medidas alternativas en beneficio de las mujeres. Ello ocurriría sin el consentimiento de las madres, y aún en supuestos en que demuestran que continúan en comunicación con sus hijas e hijos y trabajan en prisión para seguir sosteniéndolos económicamente”. CIDH (2023- A), párr. 96.

²³⁰ CIDH (2023-A), párr. 98 y 99. La cita de la Corte IDH corresponde a [“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02”](#) del 28 de agosto de 2002. Serie A 222 No. 17, párr. 71.



*personas a su cargo, de modo que los jueces y juezas puedan contar con toda la información necesaria para tomar las decisiones adecuadas*²³¹.

B. La defensa y el control de la violencia institucional en el ámbito penitenciario

La exposición diferencial a la violencia y la discriminación es otro de los puntos que reclama un enfoque de género. La ocurrencia de hechos de violencia en el espacio carcelario también tiene expresiones diferenciadas en razón del género y *“las causas profundas de la condición de vulnerabilidad de las mujeres en prisión se encuentra a menudo fuera de los muros de la prisión, aunque dicha vulnerabilidad se intensifica significativamente en los lugares de privación de libertad”*²³²

Pero además, las formas de violencia propias del ámbito carcelario también tienen formas específicas, motivadas, avaladas o promovidas en base a desigualdades estructurales. Según la Corte IDH: *“(…) en el contexto de la privación de libertad, también se reproducen y exacerban los sistemas de dominación social basados en el privilegio de unos y la opresión de otros, como el patriarcado, la homofobia, la transfobia y el racismo. Así, determinados grupos de personas privadas de libertad, debido a su condición, rasgos identitarios o situación actual relacionada con el sexo y género, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, y la pertenencia étnica entre otros, sufren un mayor grado de vulnerabilidad o riesgo contra su seguridad, protección o bienestar como resultado de la privación de la libertad y de su pertenencia a grupos históricamente discriminados, lo que obliga al Estado a adoptar medidas adicionales y particularizadas tendientes a satisfacer sus necesidades específicas en prisión y evitar que sufran malos tratos, tortura u otros actos contrarios a su dignidad”*²³³.

En caso de resultar víctima de violencia sexual u otras formas de violencia, debe tenerse presente la Regla nro. 7 de las Reglas de Bangkok a fin de monitorear que las autoridades penitenciarias den cumplimiento a las obligaciones que allí se consignan, por lo demás, contenidas en las reglamentaciones y leyes de ejecución. Específicamente para estos casos, AIDEF (2015) recomienda a las y los defensores, *“cuando tengan el consentimiento expreso de su defendida, presentarán, en su nombre y representación, las oportunas quejas y denuncias ante las autoridades competentes, incluidas las judiciales, y les darán el oportuno seguimiento e impulso. Para el caso en que no hayan sido adoptadas por las autoridades penitenciarias, instarán de la autoridad judicial, con la mayor urgencia posible, las medidas de*

²³¹ AIDEF (2015), Op. Cit., p. 48.

²³² PRI y APT (2013) [Mujeres privadas de libertad: una guía para el monitoreo con perspectiva de género](#), Penal Reform International (PRI) y Asociación para la Prevención de la Tortura 2013, p. 4.

²³³ OC- 29-2022, párr. 65.



protección que sean adecuadas. Velarán por que sus defendidas no sean objeto de represalias por el hecho de haber presentado denuncia o queja, e instarán de las autoridades competentes las medidas pertinentes para dispensarles una protección adecuada. Para el caso en que se acuerde el archivo prematuro de la denuncia o queja, o no se hubiese llevado a cabo una investigación detallada, suficiente y eficaz, los/las defensores/as presentarán los oportunos recursos ante las autoridades competentes, con el fin de reabrir e impulsar su investigación. También, solicitarán de las autoridades competentes la remoción de todos aquellos obstáculos que impidan la persecución y sanción de los responsables de tales abusos. Los/las defensores/as instarán de las autoridades competentes que todo abuso o violencia contra sus defendidas privadas de libertad sea considerada y tratada como una manifestación de violencia de género”²³⁴.

Al respecto la CIDH recomienda medidas que a su juicio son preventivas de dicha violencia. Controlar su cumplimiento o bien, denunciarlo cuando lamentablemente no ocurra de esa manera, es una tarea importante de la defensa durante la etapa de ejecución. Son aspectos relevantes para considerar en esta dimensión, los siguientes:

- Garantizar alojamientos en espacios exclusivos según género;
- Prohibir el ingreso y permanencia del personal penitenciario masculino;
- Asegurar que las funciones de dirección, custodia directa, vigilancia y traslados de las mujeres sean ejercidas por funcionarias mujeres, tanto en prisiones femeninas como en espacios destinados para mujeres en cárceles mixtas;
- Garantizar que las revisiones o registros personales sean llevados a cabo por personal femenino capacitado en métodos apropiados, teniendo presente los estándares fijados por la Corte IDH en el caso “Penal de Castro Castro vs. Perú”. Allí la Corte hizo “notar el contexto en el que fueron realizados dichos actos, ya que las mujeres que los sufrieron se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas”²³⁵ y en base ello resolvió:

“Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres (..) tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.

²³⁴ AIDEF (2015), p. 105.

²³⁵ Corte IDH. [Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú](#). Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 308.



(...) El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual(...) que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas.(...) El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles”²³⁶.

Eso engarza con el deber de garantizar acceso judicial efectivo a quienes padezcan violencias intramuros y en trabajar en forma inmediata, desde el rol que corresponde a la defensa en²³⁷:

- Exigir protección el posible riesgo de represalias.
- Asistir jurídicamente para presentar denuncias y recursos que fueren necesarios.
- Reclamar asistencia médica de su salud física y mental, lo cual abarca garantizar el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que han resultado embarazos como consecuencia de la violencia sexual ejercida en su contra, incluyendo la posibilidad de acceder a interrupciones del embarazo de manera gratuita y en condiciones seguras.

Una situación de especial atención es la vigilancia en casos de mujeres embarazadas frente al riesgo de uso de prácticas completamente prohibidas como el uso de grilletes y esposas en mujeres embarazadas para su traslado a centros médicos, así como antes, durante e inmediatamente después del parto. Según la Corte IDH existe respecto de su prohibición “*consenso internacional*”²³⁸. Además de constituir una práctica de violencia institucional, se está ante supuestos de violencia obstétrica y quienes ejerzan la defensa de gestantes en estas circunstancias, deben manejar también con solvencia los estándares internacionales en la materia así como las leyes locales que reconocen esa modalidad específica de violencia, así como las legislaciones específicas que recojan la noción de parto humanizado. Dos consideraciones relevantes de la IDH para la incorporación del tema en la agenda de la Defensa:

“La Corte considera que la violencia que se ejerce contra las mujeres durante el embarazo, el trabajo de parto y después del parto constituye una forma de violencia

²³⁶ Ibid., párr. 309 y siguientes.

²³⁷ CID (2023- a) Recomendación 22.b.y c.

²³⁸ OC- 20-2022, párr. 147.



basada en el género, particularmente, violencia obstétrica, contraria a la Convención de Belem do Pará. Ello conlleva la obligación de los Estados de prevenir y abstenerse de incurrir en actos constitutivos de violencia de género durante el acceso a servicios de salud reproductiva, incluyendo el trabajo de parto, con un deber acentuado en el caso de mujeres privadas de libertad.

La Corte subraya la necesidad de que se garantice el acceso a la justicia para las mujeres que son víctimas de violencia obstétrica, incluyendo aquellas que se encuentran privadas de libertad, específicamente a través (...) del acceso a recursos administrativos y judiciales, así como a reparaciones efectivas y transparentes por las violaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva. En particular, resulta necesario facilitar a las mujeres detenidas canales de denuncia seguros, brindando los recursos necesarios para ello y las condiciones de confidencialidad y protección necesarias, todo lo cual debe ser debidamente informado a las reclusas”²³⁹.

Las formas de violencia institucional padecidas por estas personas no se limitan a aquellas que se enuncian más arriba. Debe tenerse presente además, que es importante potenciar las intervenciones en materia de violencia institucional, con herramientas e iniciativas ya disponibles tales como mecanismos locales de supervisión, equipos especializados que muchas veces abordan el tema sin adecuada articulación con el enfoque de género que aquí se propone.

En todo caso, la propuesta es potenciar también con este enfoque el uso de otros recursos. Un ejemplo concreto de esto es el Sistema de Registro, Comunicación y Atención Integral a Víctimas de Violencia Institucional Carcelaria (SIRCAIVI) que presentó en el año 2022, con apoyo de EUROsociAL+ y que se está implementando en Argentina, Chile y Costa Rica, cuyo objetivo es trabajar tanto en el registro de casos como en la asistencia integral de víctimas de distintas formas de violencia institucional. Dicha guía, entre sus recomendaciones, mandar considerar expresamente en las entrevistas con personas privadas de libertad entre otras cuestiones, “*la perspectiva de género*”.

Relacionado directamente con ello, se dispone de la “*Guía regional de atención integral a víctimas de violencia institucional en las prisiones de América Latina*”²⁴⁰, publicada con apoyo de AIDEF que cuenta con tres insumos muy útiles para auxiliar la tarea de la Defensa, entre ellos, las dichas de registro de casos que tienen la ventaja de estar “*elaboradas por el Registro Nacional de Casos de Tortura (RNCT)*

²³⁹ Ibid., párr. 162. Puede verse una experiencia de monitoreo con rol activo de la defensa en el informe titulado [Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de libertad](#), llevado adelante por la Defensoría General de la Nación Argentina, Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y la Procuración Penitenciaria de la Nación Argentina, 2021.

²⁴⁰ Rivera Beiras, I. y Forero Cuellar, A. (2018). [Guía regional de atención integral a víctimas de violencia institucional en las prisiones de América Latina](#), FIIAPP - AIDEF, Herramienta Eurosocial 06/2018.



de Argentina compuesto por la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Comisión Provincial por la Memoria, y el Instituto de Investigaciones Gino Germani (UBA), así como del Sistema de Registro y Comunicación de la Violencia Institucional (SIRECOVI), del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona. La tipología de situaciones de tortura y malos utilizada por el RNCT está validada por el Comité contra la Tortura de las NN.UU”²⁴¹.

En la misma línea de trabajo también constituye una herramienta muy útil el Protocolo de Estambul “Manual de las Naciones Unidas para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes” cuya revisión presentó la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) de la ONU en junio del año 2022. Aún no disponible en español, contiene mayores especificaciones en torno al enfoque de género. La actualización es realmente muy importante porque las diferencias con la versión 2004 - veinte años en el medio - son notables. Mientras que en la edición 2004 se agrupaba todo el tratamiento del tema bajo el título “cuestiones de género”, la versión 2024 posee un índice desagregado que aborda cuestiones generales sobre género, orientación sexual e identidad y el abordaje específico de la situación de lesbianas, gays, trans y personas intersex.

²⁴¹ Ibid, p. 41.





Financiado por
la Unión Europea

ANEXO. Jurisprudencia comparada



APORTES DE LA JURISPRUDENCIA COMPARADA

En el anexo que aquí se presenta se han sistematizado decisiones de tribunales locales de Argentina, Costa Rica, Brasil, Chile y México. Salvo en el caso de México, en que la decisión incorporada fue ubicada en el marco de la investigación llevada adelante para el desarrollo del documento principal, todos los otros casos fueron identificados por las defensorías públicas de cada país, mediante una búsqueda coordinada por la Secretaría Ejecutiva de la AIDEF.

De las fichas remitidas por cada país, se han excluido aquellas que hacían referencia a temáticas generales de género, sin relación con la cuestión de drogas o bien, a decisiones tomadas en casos donde los hechos imputados sí se relacionaban con delitos de la legislación de drogas pero en los que no se abordaban cuestiones significativas en relación con el enfoque de género. Con ese criterio, fueron excluidos los casos en los que sólo se decidía respecto de mujeres imputadas. En todos los casos se trata de personas acusadas mayores de 18 años de edad, algo que se desprende de los hechos y la normativa aplicable. Cuando consta la edad, se aclara.

Del conjunto de casos enviados podemos encontrar casos que han versado sobre:

1. La cuestión del arresto domiciliario, en discusiones sobre medidas cautelares o como sustituto de la pena privativa de la libertad;
2. La concurrencia de situaciones de engaño, coacción o en los que se debaten cuestiones tales como la concurrencia de estado de necesidad justificante y/o disculpante
3. La situación desde la perspectiva de la extrema vulnerabilidad y;
4. El abordaje de los casos desde una perspectiva de género interseccional que tome en consideración las específicas incidencias de la criminalización en mujeres trans y travestis.

En cada ficha, en cuanto el contenido de las sentencias lo ha permitido, se ha prestado especial atención a los hechos relevantes desde la perspectiva de esta guía, en el entendido que los criterios jurisprudenciales deben ser abordados en directa relación con los hechos – base fáctica- a partir de los cuales se han extraído determinadas conclusiones jurídicas.

También en relación con los hechos, es notable cómo los casos se ajustan a la caracterización que se hizo a modo de introducción, aunque con distribuciones regionales marcadas: en el caso de Argentina, los precedentes se centran más en casos de narcomenudeo que involucran a la comunidad trans travesti, seguido de casos de tráfico en zonas de fronteras, algo que también se advierte en el caso de México. En los casos de Brasil y Chile, la jurisprudencia remitida se refiere a las discusiones sobre morigeración de las condiciones de detención. Por último, la jurisprudencia de Costa Rica está completamente referida a hechos de introducción de drogas en establecimientos penitenciarios.

Se puede advertir también un uso heterogéneo del derecho internacional de los derechos humanos, sus instrumentos normativos y aquellos en que los interpretan, todos abordados a lo largo del documento.

Esta sistematización tiene el objetivo de ofrecer una herramienta más, dirigida a explorar no sólo los estándares y criterios que se adoptaron en esas decisiones. Son también un estímulo interesante para pensar nuevas formas de litigio estratégico, a partir de los pasos dados en otras latitudes.

Las decisiones están ordenadas alfabéticamente por país, por fecha (de la más antigua a la más actual) y a cada una se le asigna un número correlativo con el que pueden ser individualizadas en el índice analítico que acompaña esta presentación. Además desde cada una de ellas se puede acceder a la decisión completa a través de un hipervínculo.

En cuanto al índice analítico, este permite búsquedas conforme un glosario que se ha construido centrado en las categorías conceptuales y normativas propias de la discusión judicial sobre criminalización por drogas y género.

ÍNDICE ANALÍTICO

Arresto domiciliario: Ficha nro. 13, Ficha nro. 14

Engaño: Ficha nro. 1, Ficha nro. 12,

Error: Ficha nro. 1

Coacción: Ficha nro. 2, Ficha nro. 16

Estado de necesidad justificante/disculpante: Ficha nro. 3, Ficha nro. 4, Ficha nro. 5, Ficha nro. 7, Ficha nro. 10, Ficha nro. 11, Ficha nro. 16, Ficha 17, Ficha nro. 18, Ficha nro. 19

Medidas sustitutivas/ alternativas: Ficha nro. 5, Ficha nro. 6, Ficha nro. 13, Ficha nro. 14, Ficha nro. 15

Mujeres indígenas: Ficha nro. 20.

Mujeres trans y travestis: Ficha nro. 3, Ficha nro. 4, Ficha nro. 8, Ficha nro. 10

Pena. Criterios: ficha nro. 9

Perspectiva de Género: Fichas nro. 1 a 13, 16 a 20.

Principio de interés superior del niño: Ficha nro. 13

Relevancia del Contexto: Ficha nro. 1 a 20.

Rol en la organización: Ficha nro.6, Ficha nro. 12, Ficha nro. 20.

Tareas de cuidado: Ficha nro. 5, Ficha nro. 6, ficha nro. 9, Ficha nro. 11, Ficha nro. 12, Ficha nro. 13, Ficha nro. 14

Víctimas de violencia: Ficha nro. 1, Ficha nro. 3, Ficha nro. 4, Ficha nro. 5, Ficha nro. 7, Ficha nro. 8, Ficha nro. 9

Violencia institucional: Ficha nro. 5.

Vulnerabilidad: Ficha nro. 1 a 20.

FICHA N°1 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina
Fecha de la resolución: 20/09/2017

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Contrabando de estupefacientes

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1
EDAD: Sin datos.
GÉNERO: Mujer cis

[Accedé al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: CFCP, sala II, M., Patricia, causa n.o 5200000/2016, rta.: 29/09/2017 y TOCF de Salta, rta.: 07/11/2016

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:
Cámara Federal de Casación Penal, Sala II

QUIÉN RECURRIÓ: Defensa pública

HECHOS RELEVANTES

Durante el trayecto de un viaje de autobús la prevención policial hizo descender a la totalidad de los pasajeros del colectivo, quienes fueron dirigidos al control de aduana. **Al examinar el maletero se hallaron tres bolsos, que en un primer momento no fueron reclamados por ninguno de los pasajeros. Perteneían a P. M. quien viajaba en compañía de sus dos hijos menores de edad y de**

su sobrina. Al efectuarse la requisa de los bolsos, se hallaron seis pares de zapatillas que contenían en su interior doce paquetes de cocaína (con un peso total de 2.138,3 gramos).

En el transcurso del proceso, P. M. declaró que no conocía la existencia de la droga oculta en las zapatillas. Además, contó que sus hijos no iban a la escuela, que estaba atravesando una grave situación económica y que era el único sostén del hogar. Explicó que realizaba pequeños negocios de “bagayera”, que consistían en pasar mercancía en la frontera entre Argentina y Bolivia. En esa ocasión, le habían dado seis pares de zapatillas para trasladar, tarea que sería retribuida con 200 dólares que le pagarían al llegar al destino.

El Tribunal Oral Federal de Salta, condenó a P. M. a la pena de cuatro años de prisión como autora responsable del delito de transporte de estupefacientes.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La Defensa oficial planteó la falta de acreditación del dolo requerido por la norma, dado que ella había explicado que desconocía que hubiera estupefacientes ocultos en las zapatillas que transportaba. Sostuvo que el tribunal, al momento de resolver, no valoró las condiciones personales de ella esto es, su condición socio-económica, la circunstancia familiar existente -madre soltera de 4 hijos, dos de ellos con dificultades médicas-, “la desigualdad estructural”, ni los informes sociales realizados. Consideró que P. M incurrió en un error de tipo como consecuencia de “la vulnerabilidad estructural que padece”. Subsidiariamente, planteó el estado de necesidad exculpante de la imputada por cuanto consideró que los factores estructurales e individuales que condicionaron su ámbito de autodeterminación son aquellos requisitos necesarios para que se configure dicha eximente.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de Género - Vulnerabilidad - Relevancia del Contexto - Víctimas de violencia - Error - Engaño

La Cámara Federal revocó la condena dictada por un Tribunal Oral de Salta, en el entendimiento de que P. M. se dedicaba al “bagayeo” (contrabando) y declaró que desconocía que en el interior de unas zapatillas que transportaba para otras personas había droga oculta. La sala II de la Cámara Federal de Casación Penal descalificó cualquier tipo de “ficción idealista acerca de lo que la acusada debería haber conocido” y realizó un análisis desde el punto de vista de la acusada en el momento de los hechos, valorando de manera circunstanciada las razones por las que pudo haber incurrido en un error. En particular, consideró que la promesa de pago que se le ofreció por transportar las zapatillas no era exorbitante y que se adecuaba a lo que percibía habitualmente por un día de trabajo.

Asimismo, consideró que era plausible que la mujer no tuviera conocimiento acerca de las maniobras de microtráfico si nunca había estado involucrada en un episodio de ese estilo. En consecuencia, la Cámara de Casación dictó la absolución.

Otras observaciones:

El uso de un informe social fue clave en la resolución del caso, ya que a partir del mismo se pudo explicar que las condiciones económicas, sociales y culturales de la imputada influyeron en su conocimiento sobre la existencia de la sustancia ilícita y, en consecuencia, determinaron una absolución.

FICHA Nº2 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina
Fecha de la resolución: 01/12/2017

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: contrabando de importación de estupefacientes, agravado por el destino de comercialización (arts. 866 segundo párrafo, 863 y 864 inc. "a" de la Ley 22.415, Código Aduanero).

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1
EDAD: Sin datos
GÉNERO: Mujer cis

[Accedé al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: CFCP, sala I, M. H. L. S., causa n.o 7158/2016, rta.: 18/10/2018 y TOCF de Jujuy, rta.: 01/12/2017.

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:
Cámara Federal de Casación Penal, Sala I

QUIÉN RECURRIÓ: Defensa Oficial

HECHOS RELEVANTES

L. S. M. H fue acusada de contrabando de estupefacientes con fines de comercialización y condenada inicialmente a la pena de seis años de prisión. **Durante todo el proceso aseguró que, ante la carencia de medios económicos suficientes para costear la cirugía que requería uno de sus hijos, aceptó la propuesta de ser “dama de compañía”. Al llegar desde la Paz —donde vivía— a Villazón (Bolivia), fue llevada a una casa de adobe donde fue obligada a ejercer la prostitución. Ante su negativa, la obligaron a pasar la frontera boliviana-argentina con una mochila que contenía cocaína.**

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La defensa recurrió la condena, y entre otros planteos, sostuvo que la mujer era víctima de trata y, por lo tanto, debía aplicarse el artículo 5 de la Ley 26364. Subsidiariamente, sostuvo la aplicación del estado de necesidad disculpante (artículo 34, inciso 2 Código Penal).

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Coacción - Trata

La Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, anuló el fallo condenatorio, por aplicación del principio in dubio pro reo y dispuso la absolución. Sostuvo que el fallo presentaba una arbitraria valoración de la prueba y que no se habían investigado las líneas de defensa

(evacuación de citas) ofrecidas por la acusada en su indagatoria. **La sentencia destacó el deber del Estado de investigar los hechos de violencia de género (con referencias a la CEDAW y al Protocolo de Palermo, entre otros instrumentos) a partir del descargo realizado por la imputada, que daba cuenta de una situación de extrema vulnerabilidad de la cual otras personas se habían aprovechado.**

“El a quo invoca permanentemente que la imputada no probó ser víctima de trata, cuando tal actividad corresponde a la parte acusadora”. El mismo juez advirtió, además, “un salto en el razonamiento lógico seguido por los sentenciantes, por tanto, el tribunal otorgó veracidad a todo el relato de la imputada [al momento de graduar la pena] pero descreyó de la existencia de los tratantes, sin motivar esta división en la credibilidad del relato de la víctima”

FICHA N°3 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País Argentina

Fecha de la resolución 11/04/2019

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Artículo 5 inc. “c” de la ley 23.737.

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 6

EDAD: Entre 26 y 43 años.

GÉNERO: 5 mujeres trans y 1 varón cis.

[Accede al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: CFP 15278/2017

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:

Sobreseimiento

HECHOS RELEVANTES

Cinco mujeres trans fueron detenidas e imputadas por la comercialización al menudeo de estupefacientes. **Cuatro de ellas eran inmigrantes y tres poseían antecedentes por el mismo tipo de conducta.** Durante el proceso de identificación en sede policial no fueron tratadas de acuerdo a su género autopercebido. Luego, **en oportunidad de prestar declaración indagatoria, relataron que poseían escasos recursos económicos, vivían en habitaciones de hoteles, ejercían la prostitución y eran consumidoras de estupefacientes. El representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que las imputadas habían actuado en estado de necesidad disculpante y postuló su sobreseimiento.** Además, solicitó la extracción de testimonios con el fin de que se investigara la existencia de una organización criminal que se valdría de mujeres trans para la comercialización de estupefacientes.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Víctimas de violencia - Estado de necesidad disculpante - Rol en la organización

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7 sobreseyó a ellas con remisión al dictamen de la fiscalía.

1. **[E]l contexto y la dimensión construida del género autopercebido de las mujeres procesadas, incide directamente [...] sobre la imputación que pesa sobre ellas. [...] Efectivamente, la perspectiva de género adoptada permitió advertir que la investigación no empezaba y terminaba en las presuntas acciones de comercialización al menudeo de posibles narcóticos [...], sino que [...] eran solo la parte visible de una maniobra global y de mayor complejidad".** “En efecto, no puede pasarse por alto que la historia de rechazo y expulsión de estas mujeres -que a su vez fortalecen el sistema de dominación existente y las

identidades hegemónicas- incide de manera notoria en su imputación y, bajo tales parámetros, [...] dicha circunstancia [...] permite comprender el principal motivo que las llevó irreversiblemente al lugar en el que se encuentran en la actualidad”.

2. “[S]i bien los hechos [...] fueron debidamente probados, lo cierto es que [...] se advierte una colisión de intereses que les genera a las mujeres señaladas un menoscabo en su libre autodeterminación. Con el devenir de la investigación se ha acreditado que las mujeres investigadas ejercían la prostitución y, además, comercializaban estupefacientes al menudeo [...]. Ello, poniendo especial atención en que las nombradas son mujeres trans e inmigrantes. Es decir, **forman parte, de por sí, de un grupo poblacional de extrema vulnerabilidad**”. “De la propia información brindada por las [imputadas] se puede extraer que parecieran aplicar taxativamente a un catálogo preestablecido de violencia, marginalidad y exclusión, tal como se viene explicitando. Salvo una de ellas, todas son migrantes. Las cinco provienen de un contexto de necesidades básicas insatisfechas marcado por la falta de acceso a la posibilidad de desarrollarse libremente, con carencias de educación, trabajo formal, vivienda y demás derechos básicos. A su vez, estas mujeres se encuentran dentro de un rango etario que está por encima de la expectativa de vida que suele tener el colectivo al que pertenecen, considerándose las sobrevivientes. Pues [...] la expectativa de vida de las mujeres trans en la región es de 30 a 35 años”.
3. “[Cabe] destacar la situación de precariedad que circunda a estas mujeres conminándolas a permanecer privadas de su libertad de manera preventiva, pues no logran acreditar su arraigo y, por ende, una adecuada sujeción a un proceso penal, en virtud de carecer de un domicilio...”. “[L]a comunidad trans travesti migrante se encuentra en un estado de vulnerabilidad social alarmante, y las aquí imputadas en particular, y si bien algunas accedieron a documentos de registración en nuestro país -incluso con las modificaciones registrales vinculadas a su género autopercebido-, lo cierto es que ello solo no resulta suficiente para que dichas personas puedan ser sujetos de derechos en plenitud, máxime si se tiene en cuenta que durante todo el proceso de aprehensión e identificación en sede policial, la mayoría de las mujeres no obtuvo tratamiento de acuerdo a su género autopercebido. Ello, en contraposición de lo establecido por la ley 26.743, en cuanto consagra en su artículo primero el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a dicha identidad, a ser tratada de acuerdo con ella y, en particular, a ser identificada de ese modo, en los instrumentos donde se registren su nombre, imagen y sexo”.

“[N]os encontramos ante mujeres trans en una situación de extrema vulnerabilidad que por problemas sistémicos carecen de posibilidades de inserción en el mercado laboral, de acceso a bienes culturales y económicos, al derecho a la salud y a una vivienda digna; todo lo cual, en definitiva, las pone frente a un marco en el que su vida misma se ve amenazada”. “[P]or

las circunstancias particulares de las procesadas, su posibilidad de auto-determinación y de motivación en la norma se veía sumamente restringida. Así, la actividad que fue conjurada en el marco de estas actuaciones tenía que ver con el único modo de subsistencia posible que éstas tenían a su alcance para evitar un mal grave e inminente”. “[N]o se les podía exigir a las procesadas que padezcan el mal que las amenazaba. En esa línea, **'no hay exigibilidad de una conducta diferente, cuando opera una situación que reduce notoriamente la autodeterminación del sujeto en el momento de la acción'** [hay nota]. [N]os encontramos ante una causal de inculpabilidad, pero no de ausencia de conducta”. “[L]a culpabilidad de las autoras se rebajaría, en primer lugar, por la presión anímica y en segundo lugar porque el sujeto que actúa en estado de necesidad disculpante no solo lesionaría un bien jurídico, sino que también preservaría otro [hay nota]: su vida y propia subsistencia. De este modo, los argumentos fácticos y jurídicos expuestos se ajustan a la razón de ser del instituto analizado: la consideración de la situación reductora de libertad que vive el sujeto como consecuencia de la amenaza de mal que soporta” 5. **Tráfico de estupefacientes. Testimonios.** “[D]ebe establecerse en la presente [...] la existencia de una eventual organización criminal que se valdría de mujeres trans en situación de vulnerabilidad para la comercialización de estupefacientes. [E]s importante destacar que la propia dinámica de la venta de narcóticos al menudeo implica que quienes se dedican a este tipo de venta a baja escala suelen ser seleccionadas de acuerdo a su situación marginal y de consumo problemático y son los últimos eslabones en la cadena de comercialización, por lo que pueden reemplazarse fácilmente”. “Asimismo, quiénes son los que manejan volúmenes mayores de estupefacientes y proveían a las mujeres trans de los mismos [...] son los que en verdad presentarían una estructura organizada y percibirían los suculentos beneficios económicos de esta actividad ilícita. Por el contrario, los elementos recabados hasta ahora parecen demostrar que las mujeres aquí encausadas recurrían a las drogas como una mera economía de subsistencia, en un contexto de prostitución y suma vulnerabilidad”.

FICHA Nº4 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina Fecha de la resolución 23/09/2019	FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Artículo 5 inc. "c" de la ley 23.737.
CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1 EDAD: 37 GÉNERO: mujer trans 1	Accede al fallo aquí

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: CFP 3873/2018	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Juzgado Criminal y Correccional Federal Nro. 6 Sec. Nro. 12.
Sobreseimiento	

HECHOS RELEVANTES

Una mujer travesti fue detenida e imputada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Durante el proceso de identificación policial no fue tratada de acuerdo a su género autopercebido. Al ser indagada, manifestó que ejercía la prostitución y era consumidora de cocaína. En ese contexto, explicó que utilizaba la sustancia para trabajar. El juzgado dispuso la realización de un informe socioambiental. Del informe se desprende que la mujer había atravesado su infancia y adolescencia en un contexto de extrema vulnerabilidad económica. En tal sentido, explicó que le había ocultado el género autopercebido a su familia y había tenido dificultad en el acceso a entornos educativos. De ese modo, **sostuvo que había trabajado desde los once años y se encontraba en situación de prostitución desde los dieciocho, lo que la había llevado al consumo de sustancias estupefacientes. Por otra parte, señaló que había tenido complicaciones en conseguir una vivienda digna y convivía en un departamento con tres personas.**

Por último, indicó que había estado expuesta a enfermedades de transmisión sexual y a complicaciones en las prácticas de modificación corporal.

El representante del Ministerio Público Fiscal solicitó el sobreseimiento de la imputada por considerar que al momento de los hechos se encontraba en un estado de necesidad disculpante. Además, requirió la intervención de la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas (DOVIC, Procuración General de la Nación) con el fin de que asistiera a la mujer y se la incluyera dentro de los programas integrales destinados a la población trans.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Víctimas de violencia - Estado de necesidad disculpante

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 6 sobreseyó a la imputada. Para decidir de ese modo, se remitió al dictamen del representante del Ministerio Público Fiscal

“[L]a marginación es un proceso, resultado de una dinámica de exclusión, que produce efectos desocializantes, donde la marginalidad profunda se presenta al final del recorrido [hay nota]. [L]a situación de las personas trans [...] se ubica en mayor o menor medida, en un claro espacio de exclusión social, o dependiendo del caso, habitando el tránsito dinámico entre las zonas de vulnerabilidad y de marginalidad profunda o desafiliación. [...] Asimismo, resulta interesante pensar [...] como, **en el marco del reciente plexo normativo garantista [hay nota], donde se destaca la reglamentación de la ley de Identidad de Género, se recrudecieron las acciones criminalizadoras sobre la población trans y travesti mediante la infracción a la ley 23.737...**”. “[S]urge imperioso distinguir la ‘vulnerabilidad’ de la ‘vulneración’. [E]s fundamental aclarar que **la popularización del término vulnerable encierra un peligro: pensar que la vulnerabilidad es un rasgo de la persona, y no de las estructuras sociales opresoras en que las personas viven. Por lo tanto, vale aclarar que si incurrimos en ese error, podemos pensar que el problema está en el receptor, y no en el actor. Por eso, es que se aclara que los efectos de la vulneración de los derechos es la vulneración de las personas.** Cuando en este dictamen [se afirma] que la población trans y travesti es particularmente vulnerable, [...] esa vulnerabilidad no es otra cosa más que el efecto de la vulneración de derechos a que esas personas particularmente oprimidas ha sido sometidas -desde sus infancias-, y ella remite a la responsabilidad del Estado en visualizar la problemática del fenómeno, y en las decisiones que toma respecto de ella”. “[E]l Estado participa de la exclusión social de la población travesti y transexual, y de su criminalización, al no garantizar en pleno sus derechos, y por lo tanto, propicia la vulnerabilidad del mismo, que se encuentra particularmente oprimido por las razones

esgrimidas. De ello se desprende que la acción estatal es dual, ya que por un lado se detecta la intención de visualizar el fenómeno y generar leyes positivas, y por el otro se observa una continuidad en la persecución, estigmatización y criminalización del grupo vulnerado”.

“[E]l alejamiento temprano del hogar familiar surge como una realidad empírica, fundada en la discriminación y estigmatización devenida de la no adecuación de la identidad de género autopercibida con la cisonorma, lo que determina la expulsión temprana del hogar familiar como consecuencia de: 1) la discriminación que ejerce la sociedad a la familia que contiene y alberga a una persona trans. 2) la discriminación que ejerce la propia familia a la persona trans. 3) La auto marginación que opera sobre la propia persona trans, como consecuencia de la internalización del estigma social que lleva entre otras cosas, al abandono del hogar familiar [hay nota]”.

“[E]n el caso de M.P.C., también se observa que en el afán de transitar sin presiones su elección de género, comenzó a habitar espacios nocturnos, y a la par, a frecuentar los domicilios de amigas del colectivo trans, donde se observa una relación entre el alejamiento del hogar y el florecimiento de su identidad de género, mediado por la discriminación y estigmatización social, y por su propio temor a ella, signada por la internalización de la cisonorma, en el marco de una sociedad calificada por ella como muy conservadora”.

“[N]os encontramos ante una mujer trans en una situación de extrema vulnerabilidad que por problemas sistémicos carece de posibilidades de inserción en el mercado laboral, de acceso a bienes culturales y económicos, al derecho a la salud, al trabajo y a una vivienda digna; todo lo cual, en definitiva, la pone frente a un marco en el que su vida misma se ve amenazada. [P]or las circunstancias particulares de la procesada, su posibilidad de auto-determinación y de motivación en la norma se veía sumamente restringida. Así, la actividad que fue conjurada en el marco de estas actuaciones tenía que ver con el único modo de subsistencia posible que ésta tenía a su alcance para evitar un mal grave e inminente. [...] M.P.C. parte de un estado de vulnerabilidad muy elevado y por lo tanto, el esfuerzo para ser alcanzada por la selectividad del poder punitivo, es mínimo; ya que, la mera condición de ser mujer transgénero e inmigrante, la coloca automáticamente en la mira del mismo”.

“[A]creditado que su único medio de subsistencia, se basa en una actividad o servicio sexual, que involucra drogas, en el marco del espacio marginal al que la relega la sociedad, resulta necesario conciliar el aspecto objetivo y subjetivo del caso protagonizado por M.P.C., con el análisis efectuado sobre el colectivo social travesti y transexual del que ella forma parte. [D]e no ser así, estaríamos frente a un acto irracional, ya que la acción punitiva en el caso operaría de un modo selectivo sobre una integrante de un colectivo social particularmente vulnerado en sus derechos más elementales; por lo que sin atender a las razones de fondo aquí analizadas, la acción penalizadora sería la única reacción de un Estado que solo se haría presente en la vida de M.P.C. para castigarla”.

FICHA Nº5 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina Fecha de la resolución: 05/03/2021	FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Transporte de estupefacientes
CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1 EDAD: Sin datos GÉNERO: Mujer cis	Accedé al fallo aquí

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: CAUSA Nº 12570/2019. REGISTRO Nº 5/2021 rta: 5/3/2021.	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Cámara Federal de Casación Penal, voto unipersonal, Jueza Ledesma
QUIÉN RECURRIÓ: fiscalía	

HECHOS RELEVANTES

Una mujer madre de dos hijos, una de ellas de dos años de edad con una malformación congénita en su mano, por la que debía ser sometida a una cirugía reconstructiva urgente cuyo valor superaba los cien mil pesos. La mujer carecía de un trabajo estable y sus ingresos mensuales eran de ocho mil pesos, a los que accedía mediante una tarjeta bancaria de su expareja, al que debía darle parte de ese dinero. La mujer era víctima de violencia psicológica y económica por parte del padre de sus hijos, y durante seis años previos al momento de los hechos había sufrido violencia física de su parte. En ese contexto, una persona conocida le ofreció el traslado de un paquete de droga en un micro de larga distancia bajo la promesa de pago de setecientos dólares.

En el marco de tareas de prevención, personal de Gendarmería Nacional advirtió que la pasajera poseía un bulto en el abdomen. La mujer fue requisada y se encontró que llevaba adosado con una faja un paquete con novecientos noventa y siete gramos de clorhidrato de cocaína. Por ese hecho, fue imputada por el delito de transporte de estupefacientes. El Tribunal Oral consideró que se encontraba en un estado de necesidad justificante y la absolvió. Contra esa decisión, la fiscalía interpuso un recurso de casación.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La fiscalía al recurrir la primera absolución, cuestionó que la mujer se encontrara en situación de violencia de género, ya que al momento de los hechos ya estaba separada. Además, cuestionó que se diera en el caso un estado de necesidad porque, entre otras razones, no había inminencia en el peligro, porque la operación de la niña no era urgente. Además, sostuvo que la Defensa no demostró que la mujer había agotado todos los medios lícitos a su alcance. Cuestionó también la ponderación de bienes realizada por el Tribunal de juicio, haciendo mención a la especial gravedad de los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, que representan una grave amenaza para la salud y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Tareas de cuidado - Víctimas de violencia - Estado de necesidad disculpante - Violencia institucional

La Cámara Federal de Casación Penal rechazó la impugnación de la fiscalía y confirmó la absolución de la imputada

1. “[A]tento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de [la mujer imputada], **nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. [34] inc. 3 del Código Penal, sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional [...]. Así pues, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado concretamente que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad...**”

“[A]ún 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...”

“[E]l análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer [...] y la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres...”

“Desconocer la situación de necesidad que primó sobre [la mujer imputada], quien [...] se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal”.

2. “[S]i bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones”.

“[S]e observa como primer agravio, la ausencia en el caso de un mal inminente por no encontrarse en juego la vida de la niña. [L]a inminencia del mal, en este caso, está determinada por la imposibilidad de [la mujer imputada] –debido a su situación de vulnerabilidad– de asumir con la premura que el médico le había indicado el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija. Desde esta perspectiva, resulta claro que cuanto antes se opere mayores posibilidades tendrá de mejorar su calidad de vida”.

3. “[E]l fiscal puso en duda que [la mujer imputada] se encontrara en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género. **[Más allá de que [la mujer imputada] efectivamente contara con la tarjeta [de su expareja] y su salario de 8000 pesos – salario que no alcanza ni mínimamente para cubrir las necesidades básicas de un grupo familiar–, no debemos olvidar que el sufrimiento psicológico actual de [la mujer imputada] también es una consecuencia directa del ejercicio de violencia física que sufrió durante 6 años en su ambiente familiar por parte de su expareja”.**

“[E]l fiscal hace un análisis parcializado de las circunstancias, argumentando insuficientemente que es posible vivir y abastecer las necesidades de su familia con el salario de 8.000 pesos de su expareja, a quien, además, le cedía parte de ese dinero [...]. Por otro lado, desconoce por completo el sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que aún persistía sobre [la mujer imputada]. Extremo que por sí sólo constituye un grave escenario de violencia de género en los términos de las Convenciones citadas y que surge con claridad del informe psicosocial...”.

4. “[La fiscalía] cuestionó la ponderación de bienes efectuada por el juez haciendo alusión a la especial gravedad del delito que se le imputa vinculado al tráfico de estupefacientes y a los compromisos asumidos por el Estado Argentino en la persecución de dichos delitos. Ahora bien, sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de ese tipo de criminalidad, no debe pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como ‘mula’ o ‘correo humano”.

“[E]n la medida 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...”.

Teniendo en cuenta el contexto analizado, resulta evidente, la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encuentra involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes N° 23.737) –en este caso por el transporte de una cantidad inferior a un kilo de cocaína que era transportado por una mujer ‘mula’ en su cuerpo–, **y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años que se encuentra en la etapa de desarrollo.** En consecuencia, no existen dudas [...] que, en este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija era el bien con mayor protección legal.

Más aún si tenemos en cuenta la incidencia psicológica que la malformación también produce en la vida de su hija y la carga emocional que eso conlleva sobre [la mujer imputada]. **[No es posible] dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego.**

Desde esta perspectiva, no [se advierten] fisuras en el razonamiento del tribunal, que tras observar y ponderar las circunstancias sociales y personales que expresan la situación de vulnerabilidad y violencia en la que se encontraba [la mujer imputada], consideró que ‘eligió’ un mal menor para salvar **la integridad psicofísica de su hija**”.

5. “[E]l fiscal consideró que el dinero proveniente del delito no era la única alternativa posible para operar a su hija. [La mujer imputada], no estaba inserta en el mercado de trabajo formal y su cobertura social era muy precaria. [...] En este contexto, cabe preguntarse **¿qué posibilidades reales tenía [la mujer imputada] de actuar de un modo alternativo para que su hija no vea disminuido su proyecto de vida? Para responder este interrogante no debemos perder de vista las diferencias que existen entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. [...] Atendiendo a estas circunstancias, y sólo desde su posicionamiento, [es posible] comprender las dificultades que concretamente tuvo [la mujer imputada] para recurrir a otros medios menos lesivos**”.

“[P]rescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no sólo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado”.

“[L]as especiales condiciones de vida de [la mujer imputada] producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padecía, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho. En ese contexto, [...] la posibilidad de obtener dinero mediante actividades vinculadas a delitos de drogas fue, para [la mujer imputada], la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años”.

FICHA N°6 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina Fecha de la resolución: 02/08/2021	FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: contrabando de estupefacientes
CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1 EDAD: No consta GÉNERO: Mujer cis	Accedé al fallo aquí

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: TOPE N° 1. "ARCE". CAUSA N° 1253/2014. 2/8/2021	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 1
Sentencia de juicio	

HECHOS RELEVANTES

Una mujer había sido madre cuando era adolescente. También fue víctima de violencia familiar y de género, y durante su adultez ejerció la prostitución. A lo largo de su vida estuvo en situación de calle y padeció un consumo problemático de estupefacientes. Un día, un cliente le entregó un paquete para que despache en el Correo Argentino. En el envío postal consignó ropa de bebé con destino a Grecia, pero la encomienda contenía oculto 665 gramos de cocaína. Por este motivo, se le imputó el delito de contrabando de exportación agravado en grado de tentativa. Las partes suscribieron un acuerdo de juicio abreviado. La representante del Ministerio Público Fiscal consideró el escenario persistente de exclusión social de la mujer y dictaminó que se encontraba lesionado el principio de proporcionalidad de las penas. De esa manera, las partes acordaron una pena de prisión por debajo del mínimo legal.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Tareas de cuidado - Medidas sustitutivas/medidas alternativas

El Tribunal Oral Penal Económico N° 1, de manera unipersonal, declaró la inconstitucionalidad del artículo 866 segundo párrafo del Código Aduanero en lo relativo al mínimo de la pena de prisión y dejó en suspenso la condena impuesta a la imputada (juez Losada).

1. “[I]ndependientemente de la conducta específica y de la escala amenazada en abstracto, es menester analizar las circunstancias de la causa y los factores personales que adviertan la eficacia de la reforma y adaptación social de la imputada como fin de la pena a imponer [...]”. “[E]s del caso indagar cuál es el sentido de resocialización que tiene hoy la aplicación a su respecto de una pena de prisión de cumplimiento efectivo. **Si por su propia naturaleza tal resocialización implica adquirir la capacidad de comprender y de respetar la ley [...] y de integrarse en la sociedad según sus parámetros normales cabe preguntarse si el encierro de [la imputada] logrará esos fines o si, por su propia historia personal de exclusión social incluso en libertad, de hecho el mismo sólo contribuirá a profundizar esa marginalización. En todo caso, como se propondrá, esa integración social debe hacerse por un medio distinto al encierro”.**

“[E]l cumplimiento de tal pena por parte de [la mujer] en un establecimiento carcelario resulta desproporcionado a hoy constitucional y convencionalmente. La razonabilidad constitucional de una determinada pena sólo debe importar en su ejecución las mortificaciones naturales que deriven de ella. Cuando dichas mortificaciones exceden dicho alcance, la pena deja de ser razonable y, por ende, constitucional (CSJN Fallos 312:857). Por ello mismo, un Estado democrático de Derecho no puede consagrar soluciones injustas a los conflictos a sabiendas de tal injusticia”

2. “[E]l Tribunal no puede permanecer indiferente a la realidad social que le toca juzgar en cada uno de los casos. Se ha dicho ya que resocialización a través de una pena de encierro en el caso de [la imputada] no resulta posible. Sin embargo, su situación de vulnerabilidad social subsiste a la fecha –recuérdese en ese sentido que es una persona joven, con domicilio inestable, sin familia fija y que no posee empleo fijo alguno (dijo ser ‘cartonera’)—, Los derechos a la vida y a la dignidad e integración personal de todo ser humano consagrados por los arts. 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establecen deberes positivos en los Estados respecto a la adopción de medidas preventivas concretas no sólo frente a conductas de terceros que pongan la vida en riesgo sino también en el ámbito de la integración social considerada en sentido amplio (salud pública, laboral, familiar). Esa responsabilidad, por lo demás, se extiende a cualesquiera de los poderes públicos, entre ellos el Poder Judicial, dentro de sus respectivas esferas de actuación”.

“[S]e librarán oficios a los Ministerios de las Mujeres, Géneros y Diversidad y de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual de la provincia de Buenos Aires a fin de que, dentro de sus correspondientes ámbitos, consideren la posibilidad de incluir a la imputada en alguno de los programas existentes de asistencia social”.

FICHA N°7 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina
Fecha de la resolución 04/08/2021

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: comercio de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas de manera organizada, en calidad de partícipe necesaria (arts. 5, inc. “c” y 11, inc. “c” de la Ley 23.737).

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1
EDAD: 35
GÉNERO: Mujer

[Accede al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: FPA N°13977/2017/TO1/4

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:
Tribunal Oral Federal de Paraná

Sentencia de juicio

HECHOS RELEVANTES

A la mujer en este caso se le imputó el delito de comercio de estupefacientes agravado. **Su defensa planteó el estado de necesidad justificante, y en subsidio el estado de necesidad exculpante por tener reducida la autodeterminación al momento de la comisión del hecho, basada en la situación de violencia sufrida por su defendida al momento de la imputación.** La vida de la asistida estuvo atravesada por todo tipo de violencia, abandono y pobreza extrema. **G. no contaba al momento de los hechos con ninguna alternativa posible para negarse a participar en la comercialización de estupefacientes realizada por C. ya que de no hacerlo, no sólo se exponía a actos de violencia física y verbal, sino que además se quedaba sin vivienda para ella y su hijo menor de edad.** En subsidio, la defensa planteó que "...para reprochar un injusto penal debe comprobarse la posibilidad del sujeto de conocer y comprender la criminalidad del acto y la posibilidad de que actúa conforme a dicha comprensión; lo que no se verifica en el caso en análisis, por cuanto de la prueba obrante se desprende la existencia de factores impeditivos del libre ejercicio de la voluntad por parte de G. que descalifican el juicio de reproche a la nombrada." El Fiscal se pronunció a favor del sobreseimiento y alegó que **si bien no está probado la violencia antes de la comisión de los hechos, para hablar de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, "...del análisis de la categoría de la culpabilidad se desprende que no aparece configurada la autodeterminación o exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho, como juicio de reproche jurídico penal. ... al momento de analizar la culpabilidad, debe adosarse como elemento a considerar, a la "normalidad de las circunstancias en las que actúa el sujeto"; resultando palpable que en el subexamine las circunstancias en las que actuó G. estuvieron atravesadas por un estado de vulnerabilidad estructural, por lo que no se encuentra acreditada su capacidad para autodeterminarse y actuar conforme a derecho.** Por ende, considera que no se le puede efectuar a la imputada el juicio de reprochabilidad, puesto que no estaba en condiciones normales de ajustar su conducta al llamado de la norma. ... **tampoco concurren en el presente necesidades preventivas generales de castigar a G. "**

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Víctimas de violencia - Estado de necesidad disculpante

El tribunal sobresee a la imputada por el desistimiento del fiscal de la acción penal.

Otras observaciones:

En el caso el tribunal no resolvió con criterios de género pero sí lo hizo el fiscal a cuyo desistimiento el tribunal se remitió.

FICHA Nº8 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina

Fecha de la resolución: 17/11/2021

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Artículo 5 inc. "c" de la ley 23.737.

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1

EDAD: 48

GÉNERO: Mujer trans

[Accede al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: "KMA"

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:

Juzgado de 1º Instancia en lo Penal,
Contravencional y de Faltas N°15, CABA

Sentencia de juicio

HECHOS RELEVANTES

K.M.A. fue acusada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en la modalidad de menudeo en la vía pública – 6 gramos de cocaína fraccionados en 26 envoltorios de nylon - y **la defensa alegó la tenencia para consumo personal en un contexto de prostitución. K.M.A era una mujer trans migrante, con consumo problemático y trabajadora sexual**, en su descargo refirió esta situación, negó los hechos atribuidos y alegó su imposibilidad de alcanzar un sustento por fuera del ejercicio de la prostitución pese a no ser su deseo.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Víctimas de violencia

La Jueza de juicio absolvió a la imputada y para resolver mencionó el estándar de prueba más allá de toda duda razonable, dándole a la acusada el beneficio de la duda. En ese sentido expresó que, “...**el acusador público no ha logrado introducir evidencia contundente que permita tener por cierto que mediaron los elementos necesarios para la configuración de la conducta prohibida imputada...**”, y mencionó **la falta de perspectiva de género. Así, mencionó indicios que deberían tenerse en cuenta para tener por probada la ultrafinalidad**, como son la pureza de la sustancia, la variedad, su presentación, listados de compradores, importantes sumas de dinero en billetes de bajo valor, prueba obtenida de teléfonos celulares, etc. Asimismo, **señaló que el consumo problemático es un elemento relevante identificar si se da la ultrafinalidad de comercialización requerida por el tipo penal. Destacó la situación y contexto de vida de K.M.A, migrante, expulsada de su hogar a los 12 o 13 años por su identidad de género, niña víctima de explotación y abuso sexual, trabajadora sexual no por elección sino por necesidad, y consumo problemático desde la niñez, relacionado al**

trabajo en la prostitución, donde consume para afrontar el trabajo. La sentencia indica la obligación de juzgar con perspectiva de género teniendo en cuenta la condición de género de la imputada y los organismos internacionales que así lo exigen.

Agrega que, “En definitiva, entiendo que, por mandato constitucional y convencional en este tipo de casos, la hipótesis acusatoria debe valorar la especial situación de vulnerabilidad en la cual está inmersa la imputada, no solo en el estrato de la culpabilidad de la dogmática penal, sino en la propia investigación de los casos que tienen desde el principio este encuadre y a la luz del tipo subjetivo de la figura conforme los lineamientos delineados por la CSJN. Asimismo, el análisis del caso no puede no contemplar la basta normativa y jurisprudencia internacional en la materia, máxime cuando a criterio del fiscal la imputada debió haber estado detenida preventivamente durante todo el proceso que llevó más de dos años.”

FICHA N°9 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina

Fecha de la resolución: 02/12/2021

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: comercio de estupefacientes

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1

EDAD: Sin datos

GÉNERO: Mujer cis

[Accedé al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: Causa N° 17846/2019. Registro N° 1984/21. Rta; 2/12/2021.

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:
Cámara Federal de Casación Penal,
Sala IV, unipersonal.

QUIÉN RECURRIÓ: Defensa pública

HECHOS RELEVANTES

Una mujer madre había sido condenada a una pena de cuatro años y tres meses de prisión por el delito de comercio de estupefacientes. A su vez, se le impuso una multa de cuarenta y cinco unidades fijas. En la misma causa, otra mujer madre y dos varones fueron condenados como partícipes secundarios a una pena de dos años de prisión y veintitrés unidades fijas.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

Contra las penas de multa, la defensa interpuso un recurso de casación en representación de las cuatro personas imputadas. Entre otras cuestiones, planteó la inconstitucionalidad del artículo 9 de la ley N° 27.302 y sostuvo que la decisión carecía de fundamentación. En particular, **respecto de las mujeres imputadas, explicó que la perforación de los mínimos legales de las multas debía realizarse con un enfoque de género en línea con los compromisos internacionales asumidos.**

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Evaluación de la pena

La Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, en forma unipersonal, hizo lugar a la impugnación de manera parcial, anuló la resolución con relación a la pena de multa y devolvió las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se desinsaculara otro juez y dirimiera la controversia.

“**[A]siste razón al recurrente –más allá de que el quantum de la pena impuesta por el Tribunal [...] fue el mínimo autorizado por la norma– toda vez que no se analizaron las particulares circunstancias que hacen a la situación económica de cada uno de los acusados, ni se evaluó la posibilidad de perforar el mínimo de la multa a imponer, conforme lo acentuó**”. “[E]l fallo carece de motivación suficiente –en lo que hace al extremo impugnado– toda vez que la sentenciante no indicó cuáles fueron las circunstancias evaluadas que determinaron el monto de multa finalmente impuesto”.

“**[R]esulta necesario incorporar perspectiva de género no solo en la investigación y juzgamiento de hechos ilícitos, sino también en ocasión de decidir el monto y modalidad de la pena en el caso de mujeres como las aquí condenadas, en consonancia con las recomendaciones realizadas en instrumentos internacionales**. Ello, dado que en el caso de colectivos especialmente vulnerables las penas tienen mayor impacto, y **para que las sanciones resulten proporcionales –en el caso la multa, que según alega la defensa resulta de imposible cumplimiento– es preciso que se indaguen y evalúen diferentes factores, tales como maternidad, rol de cuidado de otras personas dependientes, jefatura de hogar, violencia de género, entre otras**”.

FICHA Nº10 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina

Fecha de la resolución: 06/07/2022

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Artículo 5 inc. “c” de la ley 23.737.

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 20

EDAD: Entre 20 y 50 años.

GÉNERO: Mujeres trans, varón cis.

[Accede al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: CFP 8025/2013/TO1

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:
Tribunal Oral en lo Criminal Federal 8,
CABA

Sentencia de juicio

HECHOS RELEVANTES

Una investigación de conductas vinculadas a la ley de estupefacientes fue desarrollada en distintas causas que luego fueron acumuladas. Las personas imputadas eran mujeres trans y travestis migrantes. Durante la etapa de juicio oral la fiscalía de juicio instó el sobreseimiento de alguna de las mujeres por aplicación de indubio pro reo y modificó la calificación jurídica de alguna de las imputaciones. Por el resto, las defensas y la fiscalía arribaron a un acuerdo de juicio abreviado que fue sometido a evaluación judicial. **El tribunal oral llevó a cabo una audiencia de conocimiento personal. Entre otras cuestiones, de las declaraciones de las imputadas se desprendió que tenían entre veintinueve y cincuenta años, con estudios secundarios completos, terciarios y hasta universitarios; que eran personas migrantes provenientes de Perú, Ecuador y Panamá, que en un solo caso el documento registraba el género auto percibido; que casi todas ejercían la prostitución como medio de subsistencia, vivían con VIH y eran asiduas consumidoras de cocaína.**

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género/vulnerabilidad - relevancia del contexto - víctimas de violencia/estado de necesidad justificante

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 8, **absolvió a las imputadas por considerar que las imputadas habían obrado en estado de necesidad justificante.**

1. **“El análisis de la información expuesta no puede limitarse a la mera descripción individualizada ni a una acumulación de experiencias que se consideren aisladas. Porque lejos de ser una casualidad la repetición biográfica, cada relato de vida descrito es la expresión de una historia colectiva.**[N]o alcanza con simplemente afirmar que las personas sometidas a este proceso penal son del colectivo LGBTIQ+, en su mayoría personas transgénero o travestis; que tienen entre 29 y 46 años; con estudios secundarios completos, terciarios y hasta universitarios; que son personas migrantes provenientes de Perú, Ecuador y Panamá, con una residencia en el país mayor a los diez años; que algunas cuentan con su DNI argentino, pero en su mayoría tienen residencia precaria o documentación de su país de origen, y en un solo caso el documento registra el género auto percibido; que casi todas ejercen la prostitución como medio de subsistencia, son portadoras de VIH y asiduas consumidoras de cocaína. **Los datos reseñados dan información cuantificable pero insuficiente si realmente se pretende conocer la porción del mundo a la que [se debe] abordar en esta sentencia. Es preciso hilvanar en el análisis los denominadores que interrelacionan las historias individuales y hacen de ellas una experiencia colectiva situada”.** “Así el relato colectivo contribuyó a que los testimonios fuesen elocuentes en la reconstrucción de esas realidades complejas, signadas por la precariedad, las múltiples discriminaciones que se entrecruzan de manera interseccional y la exclusión estructural de toda posibilidad de ejercer sus derechos más fundamentales [...]. **La experiencia común se explica por la pertenencia a un mismo colectivo identitario y ellas supieron poner en palabras su historicidad, mediante la exposición mancomunada de argumentos. Las vivencias –individuales y colectivas– reseñadas deben ser analizadas desde un enfoque interseccional, entendido como la existencia de distintos factores de opresión u organizadores sociales que estructuran la vida de las personas en sus relaciones de poder produciendo efectos específicos [hay nota]. En el caso de las personas del colectivo LGBTIQ+ aquí imputadas, [...] tanto su orientación sexual como su identidad y expresión de género, se han constituido en vectores de opresión vinculados con otros –nacionalidad y condición migrante, clase, etnia, edad, etc.– que en interrelación constituyen un sistema de desigualdades estructurales con efectos concretos que han sido demostrados [hay nota]”.**
2. “La definición de identidad de género –que da en su segundo artículo [la ley N° 26.743 de Identidad de género]– es tomada de la definición dada en los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género. Se define como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. La descripción legal argentina de ‘identidad de género’ incluye también la vivencia personal del cuerpo. Es decir, contiene también lo que se conoce como expresión de género

que es el modo en el que se manifiesta la pertenencia a un género determinado. [...] Como dice la ley, esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Según los Principios de Yogyakarta la orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. **“La pertenencia a este colectivo de las personas aquí imputadas es una circunstancia que no ha sido tomada en cuenta a lo largo del trámite de las causas judiciales [...]. No se advirtió que podía tratarse de personas que pudiesen pertenecer a determinado colectivo identitario pese a que sobaban los indicios que señalaban esa pertenencia, o si se advirtió, no se abordó la relación de esa condición con las circunstancias del caso. Lejos de tenerse en cuenta que pertenecen al colectivo LGBTIQ+, hubo a lo largo del caso una suerte de negación de esa condición, evidenciada de manera sistemática, por ejemplo, al referirse a ellas a través del uso de los artículos y adjetivos en género masculino.** Al momento de identificarlas, la inserción en las actas, formularios, sumarios y resoluciones, de sus nombres y géneros asignados al nacer. Todo ello confluye a que las medidas cautelares y las decisiones de fondo que se adoptaron a lo largo de las causas penales que integran el paquete de conexidades, tuviesen un sesgo de género, cargado de prejuicios y estigmatizaciones”.

3. **“[D]el análisis de la causa con una perspectiva de género, [...] corresponde adoptar otra decisión que proyecte en la antijuridicidad de la conducta el cúmulo de circunstancias que se pusieron de relieve al momento de analizar las condiciones particulares de las personas aquí imputadas y su inserción en el colectivo LGBTIQ+. Bajo ese prisma, corresponde analizar la concurrencia al caso de la causal del art. 34 inc.3 del CP, conocido por la doctrina y la jurisprudencia como ‘estado de necesidad justificante’, que determina que no será punible quien cause un mal para evitar otro mayor”.** “Se trata claramente de un supuesto excepcional que, tal como expresamente la norma lo exige, requiere la existencia de un mal grave que amenace a una persona con un concreto peligro actual o inminente, erigiéndose como medio para neutralizarlo la lesión de un bien jurídicamente protegido. **Existe consenso en sostener que para que su presencia pueda ser satisfecha, no basta con invocar situaciones genéricas como ser el estado de pobreza o la dificultad para ganarse el sustento; debe tratarse de una situación que no ofrezca otra alternativa más que la comisión de un ilícito como medio para evitar un mal inminente.** [E]n el caso concreto, se advierte que las personas aquí imputadas cometieron un delito contra la salud pública, mediante la infracción de la ley 23.737 en distintos supuestos (comercio, entrega, tenencia simple). Se trata de un delito de peligro abstracto, caracterizado por la potencialidad de producir esa afectación a un bien jurídico colectivo, sin ninguna víctima en particular. Un delito sin ningún tipo de violencia, en el que los casos presentados constituyeron, por un lado, la

comercialización en contextos del ejercicio de la prostitución en la mayoría de los casos; en los que los compradores fueron personas mayores y con cantidades de droga poco significativas. No se advierte en ningún caso una comercialización a gran escala, ni hay una organización para cometer el delito, como así tampoco se verifica algún tipo de enriquecimiento significativo, más bien todo lo contrario. Asimismo, de la situación particular de cada una de ellas [...] surge que son todas pertenecientes al colectivo LGBTIQ+; con nulas posibilidades de conseguir trabajos formales o informales para solventar sus necesidades vitales; obligadas a ejercer la prostitución en condiciones insalubres para cualquier sujeto que analice el contexto en el que la ejercen, que las pone en riesgo físico y las expone a enfermedades de todo tipo". "En ese contexto, **no resulta casual que la venta de estupefacientes haya formado parte de su subsistencia, puesto que el contacto con esas sustancias y su consumo está absolutamente ligado a la forma en que ejercen la prostitución. Ello surgió de todos los relatos, la adicción a la droga y el alcohol como manera de sobrellevar el ejercicio de la prostitución. [C]obra relevancia otro aspecto importante, que se deriva exclusivamente de su condición de pertenecientes al colectivo LGBTIQ+, cual es la absoluta dificultad, derivada directamente de la discriminación social al colectivo, para obtener un trabajo que les permita acceder a un mayor nivel de estabilidad y, desde ya, menos exposición física y psíquica.** Surge inequívocamente de las condiciones personales de todas y cada una de las personas aquí imputadas que, pese a la formación terciaria o universitaria, a la capacitación en oficios o a condiciones personales no acceden al mercado laboral, lo que no les permite un mejor nivel de vida". "En cuanto a la posibilidad de elegir una conducta conforme a derecho, [se debe] volver sobre la relación con el personal policial, un factor que atraviesa esta resolución en casi todos sus aspectos. El ejercicio de la prostitución en la calle expuso a todas las personas aquí imputadas a una relación directa y cotidiana con aquél. Esa situación, que entre otros aspectos habría involucrado posibles intereses policiales en las ganancias obtenidas con la venta de estupefacientes, no puede ser perdida de vista, pues no puede descartarse la presencia de presiones para la realización de la actividad, a cambio de la liberación de la zona para el ejercicio de la prostitución en la vía pública". "En el caso, sin lugar a duda concurre la inminencia del mal. Si bien no puede sostenerse en todos los supuestos que en el momento concreto en que se efectuó la comercialización de estupefacientes o se produjo la conducta típica se haya acreditado una situación específica concreta que pueda definirse como el mal justificante, las condiciones de vida generales de las aquí imputadas, signada por una situación de extrema vulnerabilidad, permite afirmar que el sometimiento a un mal grave como el ya detallado, es una constante y parte de su cotidianeidad. **Ya solamente pensar que su sostén económico depende de su posibilidad de ejercer la prostitución en condiciones hostiles, en las que debe exponerse el cuerpo no solamente a la propia actividad, sino además a clientes que pueden someterlas a situaciones violentas; que deben hacerlo bajo situaciones de inclemencia climática y despojadas de ropa en la vía pública; que están sometidas a enfermedades inmunodepresoras que, más de una vez, las obligan a pasar largos tiempos internadas o recuperándose sin posibilidad de trabajar y que, en general, no cuentan con ningún sostén de terceras personas, es**

suficiente para pensar que en cualquier momento pueden quedarse sin ingresos para solventar sus necesidades vitales”. “En definitiva, el estado de necesidad que aquí se plantea, está inequívocamente relacionado con la elección de género efectuada por las imputadas, y ello va de la mano con la necesidad ya destacada de abordar el caso desde un tamiz que analice este caso judicial como producto de las condiciones que las imputadas debieron afrontar para llevar adelante su plan de vida en un aspecto determinante para su dignidad. En definitiva, la perspectiva de género nos permite abordar un proyecto en el sentido más amplio del término (una política pública, una tesis de maestría, una investigación académica, un caso judicial, etc.), con el entendimiento de que existen diferencias asignadas socialmente a las personas de acuerdo con la construcción que se hace sobre la sexualidad y el género, que determinan roles y relaciones de poder. Ello implica tratar de comprender cómo se produce la discriminación por motivos de género y su influencia en la diferencia de acceso a otros derechos (laborales, educativos, sociales, culturales, etc.)”. “En la aplicación concreta de esta perspectiva al caso que nos ocupa, mal pueden abordarse las categorías de la teoría del delito sin tomar en cuenta, a la hora de definir la concurrencia de las exigencias legales, las particularidades estructurales que previamente se relataron. De este modo, **tanto las conductas ilícitas que se reprocha a las personas aquí imputadas como las circunstancias que las rodearon, están directamente vinculadas a su condición de integrantes del colectivo LGBTIQ+.** Y debido a ellas, surge la imposibilidad de tomar caminos alternativos conforme a derecho que en este caso justifica la conducta de todas las personas aquí imputadas en los términos del artículo 34 inc. 3 C.P., razón por la cual debo proceder a la absolución de todas ellas”.

FICHA Nº11 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina

Fecha de la resolución: 05/04/2023

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Transporte de estupefacientes

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1 EDAD: Sin datos GÉNERO: Mujer cis	Accedé al fallo aquí
---	--------------------------------------

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: CFCP, Causa 9861/2022, R.B.A. s/Audiencia de sustanciación de impugnación, reg. 21/2023, rta. 5/4/2023	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Cámara Federal de Casación Penal, unipersonal
QUIÉN RECURRIÓ: Defensa pública	

<p><u>HECHOS RELEVANTES</u></p> <p>Durante un operativo público de prevención, personal de Gendarmería Nacional detuvo un <i>remisse</i> en el que viajaban distintas personas. Entonces, los efectivos advirtieron que una de las pasajeras llevaba en su cartera un paquete con aproximadamente un kilo de cocaína. Por ese hecho, la mujer fue imputada por el delito de transporte de estupefacientes. En el marco del proceso en su contra, se acreditó que residía en una vivienda precaria a cargo de sus tres hijos menores de edad, sin servicios de luz, agua potable, cloaca ni instalaciones de baño. La mujer era la única fuente de ingresos del hogar y no contaba con trabajo formal. Además, había sido víctima de múltiples violencias por motivos de género a lo largo de su vida. Elevada la causa a juicio, el tribunal oral interviniente condenó a una mujer a la pena de tres años de prisión en suspenso por el delito imputado.</p> <p><u>CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO</u></p>
--

La defensa sostuvo, entre otras consideraciones, que la mujer se encontraba en un **contexto de vulnerabilidad económica compleja y que involucrarse en los hechos imputados había sido la única alternativa que la mujer había encontrado para sortear la dificultad económica que le implicaba construir un baño en su domicilio, necesario para el cuidado de sus hijos**. La Defensa indicó que Rojas 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 Rojas: 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**”

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Tareas de cuidado - Relevancia del contexto - Víctimas de violencia - Estado de necesidad disculpante

Se anuló la condena y absolvió a Rojas por estado de necesidad disculpante

“[T]omando en consideración las condiciones y circunstancias de vida de [la mujer imputada] [...], no caben dudas de 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”. “[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 [preguntarse] [...] 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 [...] la reducción del ámbito de autodeterminación resulta tal que alcanza para neutralizar el reproche de la culpabilidad”.

“[E]l accionar de [la mujer imputada] estuvo enmarcado [...] 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 exagera cuando se trata de niños sin capacidad de autonomía en sus conductas de higiene...”.

“[V]istas las múltiples causales de vulnerabilidad que atravesaba el devenir vital de [la mujer imputada], 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...”.

FICHA Nº12 ARGENTINA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Argentina

Fecha de la resolución: 08/08/2023

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Transporte de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 5

EDAD: Sin datos

GÉNERO: Mujer cis

[Accedé al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: CFCP, Sala I, causa nº 3258/2015, reg. nº 853/2023

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:
Cámara Federal de Casación Penal, Sala I

QUIÉN RECURRIÓ: defensa de la acusada

HECHOS RELEVANTES

En el marco de una investigación penal se individualizó un cargamento de estupefacientes que iba a ser transportado desde la provincia de Jujuy con destino final a Buenos Aires. Según la información recabada, la droga iba a ser trasladada en una camioneta, y un auto iba a viajar unos kilómetros delante de la camioneta como “punta” para alertar posibles controles policiales. El juez de instrucción ordenó la interceptación de los vehículos identificados y la detención de sus tripulantes. Fue así que el control policial de la ruta Nacional N° 9 detuvo la marcha de la camioneta. A bordo circulaban tres hombres que fueron retenidos. Cinco minutos después, se detuvo al otro vehículo. Allí viajaban un hombre y una mujer. Luego, se requisaron los automotores y se secuestraron 416,310 kg. de cocaína.

Al momento de declarar, la mujer (D.) afirmó que debía viajar a la provincia de Córdoba para solicitar unos certificados médicos para su hija con discapacidad. Con ese fin, aprovechó un viaje que tenía planeado su esposo, de quien ya estaba separada. Afirmó que no sabía el motivo del viaje del hombre y que desconocía al resto de los imputados. Durante la investigación surgió que la imputada había extendido, a pedido de su ex pareja, una autorización para conducir su vehículo a uno de sus consortes de causa. Sin embargo, ese coche no era el involucrado en el hecho.

En la etapa de juicio oral, se condenó a los cuatro hombres como coautores del delito de transporte de estupefacientes agravado por la intervención en el hecho de tres o más personas organizadas para cometerlo. Por otro lado, **se condenó a la mujer como partícipe secundaria del mismo delito. Para así decidir, el tribunal afirmó que la mujer conocía el plan delictivo de su marido y al menos a uno de los coimputados. Contra la sentencia, la defensa de la mujer presentó un recurso de casación.**

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La defensa de la mujer interpuso recurso contra la condena, entre otros agravios, planteó que el tribunal no evaluó la situación de la encausada desde un enfoque jurídico con perspectiva de género. También planteó la aplicación del *in dubio pro reo*.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Víctimas de violencia - Rol en la organización - Tareas de Cuidado - Engaño

La Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, por mayoría, casó la sentencia y absolvió a la imputada bajo la consideración que no estaba acreditado el conocimiento de la mujer sobre la existencia de la sustancia, desde un análisis contextual y con perspectiva de género.

“[L]as conclusiones a las que arriba el a quo dejan entrever, cuanto menos, que **la encausada no sólo no tenía conocimiento de la maniobra, sino que además el hecho del otorgamiento, a pedido de su marido, de una autorización a un extraño para conducir su propio vehículo, evidencia ausencia de autodeterminación en las decisiones adoptadas por [la imputada], circunstancia que el Tribunal sesgó en su análisis, prescindiendo de una ponderación con perspectiva jurídica de género.** Ello, sin perjuicio de considerar el dato –por demás relevante– que dicho vehículo respecto al cual otorgara [la acusada] la denominada cédula azul resulta además ajeno a la ocurrencia del hecho que motivó la presente causa”.

“[A] **fin de garantizar el real acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres con rango constitucional y convencional, la decisión traída a estudio debe ser analizada y valorada desde una perspectiva de género, evaluar el estado de vulnerabilidad y condicionamientos, que en el caso de [la imputada] pueden verse reforzados debido a su condición de mujer – esposa y madre de la hija que tiene con el imputado, quien posee discapacidad y respecto de quien ha brindado una explicación verosímil que motivara su viaje a Córdoba, esto es, la búsqueda de certificados médicos”.**

“[L]as mujeres y niñas son las más expuestas a formas sistemáticas de violencia y abusos de poder, que ponen en riesgo su **salud física, psíquica y sexual.** Dicha violencia se manifiesta desde el ámbito físico, sexual, simbólico, psicológico, económico, patrimonial, laboral, institucional, ginecológico, doméstico, en los medios de comunicación, en la educación sistemática formal e informal,

en la justicia, en la sociedad, entre otros, donde se estereotipa al colectivo mujeres, desconociéndole su dignidad y derechos humanos, por la prevalencia de esquemas patriarcales y una cultura androcéntrica, que se reproduce generando una vulnerabilidad estructural, que hasta la ha privado de un discurso y práctica jurídica de género”.

“[E]l análisis del fallo recurrido debe formularse desde una perspectiva de género, teniendo en cuenta en particular los roles sexistas que se desarrollaban en el seno de la familia. **Cuando se presenta frente a la magistratura un caso de la naturaleza del que aquí ha sido sometido a revisión por parte de la defensa, es exigencia constitucional y convencional analizar la prueba, teniendo presente la situación estructural sobre la desigualdad de género, sabiendo que las mujeres suelen cargar con la responsabilidad por los roles de cuidado de su hogar e hijos y que pueden tener una dependencia económica y emocional para con el hombre, que persiste en mujeres con formación superior, más aún en las que tienen una educación básica. Al momento de valorar las constancias probatorias el Tribunal debe evitar que los mitos y estereotipos de género distorsionen las percepciones sobre los hechos probados, no tomando decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia. ¿Qué comportamiento se le exigía a la imputada en el juicio para demostrar ante los magistrados que era una mujer vulnerable a la decisión de su marido?”.**

“[L]os magistrados apreciaron de manera fragmentaria y aislada las pruebas colectadas en la causa, prescindiendo de una visión en conjunto de acuerdo con los lineamientos del marco constitucional y convencional de género y por ende, no puede afirmarse con la certeza que este estadio requiere, que [la imputada] haya intervenido con conocimiento y voluntad en el hecho que se le atribuye. El razonamiento de los magistrados se funda en estereotipos propios del modelo patriarcal y androcéntrico, pues se apartan de la declaración de la imputada y de las propias constancias de la causa sin analizar si tenía libertad, independencia, autonomía y autodeterminación para decidir” (voto de la jueza Ledesma).

“[L]a exclusiva circunstancia de que se trasladara junto a su marido en uno de los automóviles que participó del convoy no convierte, sin más, su conducta en un aporte causal para el resultado, requisito que inexorablemente debe estar presente para configurar la participación secundaria”. “[No se] demostró que antes de emprender el viaje [la imputada] haya prometido a Jurado que le iba a prestar un auxilio eficaz, teniendo consciencia de los planes y actos de aquél, mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que animaba a su marido y compañeros.

“[A]vanzando en el desarrollo del aspecto subjetivo del tipo, tampoco es posible afirmar con certeza, a partir de las pruebas señaladas por los sentenciadores, que la encausada haya conocido el propósito criminal de su marido y haya tenido la voluntad de contribuir con sus hechos. En otras palabras, el esquema fáctico bajo estudio, conforme el nivel de acreditación material logrado en el debate, sólo permite fundar la participación de Delgado sobre la base de la presunción del dolo”.

FICHA Nº13 BRASIL

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Brasil
Fecha de la resolución: 2017

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS:

Se trata de un habeas corpus colectivo

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: No aplica. Es un habeas corpus en favor de todas las mujeres en prisión preventiva, embarazadas, puérperas o madres de niños y/o discapacitadas, que no hubieran cometidos delitos con violencia.
EDAD: sin datos
GÉNERO: femenino

[Acceda al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: Colectivo Habeas Corpus Nº143.641 SP - Número único: 0004590-38.2017.1.00.0000

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:
Supremo Tribunal Federal - STF

QUIÉN RECURRIÓ: Defensa Pública

HECHOS RELEVANTES

La decisión que concedió orden de sustituir la prisión preventiva (cautelar) por la prisión domiciliaria para todas las mujeres privadas de libertad, embarazadas, puérperas o madres de niños y discapacitados, con excepción de los casos de delitos cometidos por ellas mediante violencia o amenazas graves, contra sus descendientes o incluso en situaciones muy excepcionales. La medida también se extendió a todas las demás mujeres privadas de libertad, embarazadas, puérperas o madres de niños y personas con discapacidad, así como a las adolescentes sujetas a medidas socioeducativas en la misma situación en el territorio nacional, siempre que se observen las restricciones señaladas.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO y ACEPTADAS AL DAR TRÁMITE AL RECURSO

Tareas de cuidado - Arresto domiciliario - Principio de interés superior del niño

- Evidencia en los autos la existencia de una situación estructural en la que mujeres embarazadas y madres de niños (entendida aquí la palabra en su sentido jurídico, como una persona de hasta doce años de edad, en los términos del artículo 2 del Estatuto del Niño y del Adolescente - ECA) están, de hecho, cumpliendo prisión preventiva en una situación degradante, privados de atención médica prenatal y posparto, y no hay guarderías ni guarderías para sus hijos.
- "Cultura del encarcelamiento" que se evidencia en la imposición exagerada e irrazonable de la prisión preventiva a mujeres pobres y vulnerables, producto de excesos en la interpretación y aplicación del derecho penal, así como del proceso penal, incluso frente a la existencia de otras soluciones, de carácter humanitario, cobijadas en el ordenamiento jurídico vigente.
- Se trata de un cuadro fáctico particularmente inquietante, que se revela en la incapacidad del Estado brasileño para garantizar una atención mínima de maternidad, incluso a las mujeres que no están en prisión, como lo demuestra el "caso Alyne Pimentel", juzgado por el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

- Tanto el Objetivo de Desarrollo del Milenio No 5 (mejorar la salud materna) como el Objetivo de Desarrollo Sostenible No 5 (lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y niñas), ambos de las Naciones Unidas, al proteger la salud reproductiva de las mujeres, corroboran la afirmación formulada en la petición.
- Incidencia de amplias normas internacionales relacionadas con los Derechos Humanos, especialmente las Reglas de Bangkok, según las cuales se debe priorizar una solución judicial que facilite el uso de alternativas penales al encarcelamiento, especialmente para los casos en los que aún no existe una condena definitiva e inapelable.
- La atención de la mujer privada de libertad no sólo se dirige a ella, sino también a sus hijos, quienes injustamente sufren las consecuencias de la privación de libertad, en flagrante contravención del artículo 227 de la Constitución, cuyo contenido determina que se da prioridad absoluta a la realización de sus derechos.

Otras observaciones:

Con fecha 19 de enero de 2021, el Consejo Nacional de Justicia dictó la [Resolución nro. 369](#) mediante la cual se establecen los procedimientos y directrices para la sustitución de la privación de libertad de gestantes, madres, padres y responsables de niños y personas con discapacidad, en los términos de los artículos 318 y 318 - A del CPP y en cumplimiento de las órdenes dadas por el STF en este y en otro recurso más de habeas corpus

FICHA N°14 CHILE

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Chile Fecha de la resolución: 22/07/2023	FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Tráfico ilícito de drogas
CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 3 EDAD: 25 años la mujer y 43 y 44 años los hombres GÉNERO: dos hombres y una mujer	Acceda al fallo aquí

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: ROL 84183-2023	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Corte Suprema
QUIÉN RECURRIÓ: Defensa pública	

HECHOS RELEVANTES

La defensa de una mujer de 25 años, que se encontraba **privada preventivamente de libertad durante la investigación** del delito de tráfico ilícito de estupefacientes por el que fue formalizada, motivo de que es **madre de dos niños de dos años y dos meses de edad**, recurre en amparo con el **propósito de sustituir la medida cautelar de prisión preventiva por el arresto domiciliario total**. Además ella es **víctima de violencia intrafamiliar**.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La defensa pública de la afectada interpone un recurso de apelación en contra de la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Coyahique que declaró inadmisibile la acción constitucional de amparo presentada a su favor. **El recurso se motiva en que la amparada,**

de irreprochable conducta anterior, víctima de violencia intrafamiliar y madre de una lactante de 46 días y otro de dos años, debió dejar sin cuidados a sus hijos, después de que la Corte de Apelaciones mencionada acogiera la apelación del Ministerio Público y le impusiera la medida de prisión preventiva. De acuerdo con la recurrente, atendido a que la vida de su hija menor depende de ella y que ambos niños no tienen un cuidador distinto, la decisión de imponerle la prisión preventiva vulneraría lo dispuesto en los artículos 1, 5 inciso segundo, 19 N°1 y 7, 21 inciso primero y tercero, todos de la Constitución Política de la República, en los artículos 10 y 12 en su letra c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 1, 3, 4, 5, 7 y 8 de La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, las reglas 1, 2, 3 y 6 de Las Reglas Mínimas De Las Naciones Unidas Sobre Las Medidas No Privativas De La Libertad, las reglas 2, 26, 57 y 58 de Las Reglas de Bangkok, el principio II de Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, los artículos 2, 3 de La Convención Americana de los Derechos del Niño, el párrafo 69 de la Observación general N°14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Tareas de cuidado - medidas alternativas/sustitutivas

La Corte Suprema, al revisar la sentencia impugnada, consideró que mantener en prisión preventiva a la amparada acarrea graves perjuicios para el desarrollo y vida futura de sus hijos, y, de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por Chile que resguardan los derechos de la mujer, acogió el recurso y sustituyó la medida cautelar por el arresto domiciliario nocturno y el arraigo nacional.

FICHA N°15 CHILE

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Chile Fecha de la resolución: 21/08/2023	FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Tráfico ilícito de estupefacientes
CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 3 EDAD: 17, 22 y 32 años GÉNERO: Femenino	Acceda al fallo aquí

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: ROL 190096-2023	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Corte Suprema
QUIÉN RECURRIÓ: Defensa pública	

HECHOS RELEVANTES

La defensa de una mujer de 22 años, quien se encontraba **privada preventivamente de libertad** durante la investigación del delito de tráfico ilícito de estupefacientes por el que fue formalizada, **atravesaba un embarazo de alto riesgo gestacional** con fecha de parto fijada para un mes y medio después de la vista de la causa. Por ello, la defensa recurre en amparo con el propósito de sustituir la medida cautelar de prisión preventiva por el arresto domiciliario total. Además de transitar un embarazo en esas condiciones, la mujer era **migrante y se encontraba en situación irregular en el país.**

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

La defensa pública de Y.M.R.F. apeló la resolución dictada por la Corte de Apelaciones de Copiapó, que declaró inadmisibile el recurso de amparo interpuesto en contra del Tribunal de Garantía de Copiapó que, habiendo visto la actual ficha clínica de la amparada, rechazó la substitución del régimen cautelar de prisión preventiva por el de arresto domiciliario total.

Los motivos del recurso yacen en que, **encontrándose la afectada con un embarazado de alto riesgo gestacional, y además tratándose esta de una mujer extranjera y migrante, mantenerla privada de libertad es un acto ilegal de acuerdo con las normas internacionales tales como, la Convención de Belem do Pará, las Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, las Reglas de Mandela, Las Reglas de Bangkok, entre otras.**

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - vulnerabilidad - relevancia del contexto - medidas sustitutivas/ alternativas

La Corte Suprema, al revisar la sentencia impugnada, señaló que el tribunal de primera instancia desestimó la petición de la defensa de sustituir la medida de prisión preventiva por una de menor intensidad, sin considerar los antecedentes desde un enfoque interseccional y de género, pues se trataba de una mujer gestante en la que confluyen múltiples categorías de vulnerabilidad (migrante, irregular, embarazada, de alto riesgo obstétrico). La Corte Suprema consideró que la condición de la amparada está especialmente resguardada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, por ello, acoge el recurso y ordenan la substitución del régimen cautelar.

FICHA Nº16 COSTA RICA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Costa Rica

Fecha de la resolución 30/06/11

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Introducción de drogas a centro penitenciario

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1

[Acceda al fallo aquí](#)

EDAD: sin datos GÉNERO: mujer	
--	--

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: Caso 07-004515-0305-PE - Resolución número 244-2011	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Tribunal de Casación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela
QUIÉN RECURRIÓ: Defensa Pública	

HECHOS RELEVANTES

La imputada fue condenada en primera instancia a la pena de ocho años de prisión por el delito de introducción a droga en el centro penal. En su defensa, “doña M. declaró que el día 10 de noviembre de 2007, casi a las cinco y media de la tarde, casi oscureciendo, se encontraba en el negocio echando tortillas, E., [su hija] se encontraba a la par, ella las empacaba, de un pronto a otro llegó un carro negro con dos personas desconocidas, con G. quien iba a la par y les dijo ella es doña M. Sintió miedo que la mataran porque eran desconocidos y llegaron con cara de pocos amigos. Llega uno y le pone un envoltorio a la par de donde está echando las tortillas y le dice que ese paquete se lo manda J, que ese paquete lo tiene que llevar al día siguiente que es domingo a la Reforma, a un lugar que le dicen Plaza de Reforma. Ese señor le dijo que sino entregaba el paquete se morían sus hijos o la mataba a ella. Sostiene que siente miedo porque él ha cumplido sus amenazas, en mayo de 2007 le dio tres disparos porque él estaba haciendo corrupción agravada con su hija E”. A juicio del tribunal del juicio, esas declaraciones no fueron consistentes con las ofrecidas por E. y sostuvo que aquella, Doña M, solo intentaba una coartada. La defensa recurrió criticando la valoración probatoria y el hecho de que no hubiera sido considerado el escenario de coacción, excluyente de la culpabilidad, que dicha parte había planteado.

¿QUE SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de Género - Vulnerabilidad - Relevancia Del Contexto - Coacción - Víctimas De Violencia - Estado De Necesidad Disculpante

El Tribunal de Casación consideró que la valoración estuvo errada y tuvo por demostrada la causa de exculpación en base a las siguientes consideraciones:

“En el momento en que se conoce el panorama completo es claro que todas las piezas encajan. Así tenemos que la "amenaza a la hija" se relaciona con la eventual denuncia de los abusos sexuales(...) “Además el tribunal critica el hecho de que al condenarla, se hubiera considerado que Doña M. solo tenía una rencilla personal con J. dado que ella misma se había presentado un tiempo antes en su domicilio a increparlo por los abusos a su hija, circunstancia en la que J. Disparó cinco veces contra ella con un revólver calibre 38 y que eso no acreditaba que efectivamente hubiera actuado ahora, llevando la droga al penal, bajo amenaza. Respecto de esa ponderación los jueces revisores dijeron:

“Evidentemente esta argumentación del tribunal obedece a una lógica retorcida. No es posible derivar que una persona no tenga temor a otra por su actuación ciertamente osada de irle a reclamar cuando había sido previamente amenazada, sin considerar que, con posterioridad a dicho reclamo se dio un evento de una magnitud impresionante, como lo es que ese mismo sujeto descargó 5 tiros de revólver calibre 38 sobre su humanidad y producto de dicha acción, que evidentemente puso al borde de la muerte a la imputada, la misma incluso perdió el funcionamiento de un pulmón. Ese hecho no puede más que ser interpretado como una concreción efectiva de la amenaza de muerte. Mediando dicho evento es claro que, si una nueva amenaza de muerte se produce por parte de la misma génesis, quien la recibe va a tener diversos parámetros para juzgar que tan real es esa intimidación. Ninguno de estos aspectos es considerado en el fallo de comentario, al contrario, observa esta cámara una especie de miopía argumentativa de parte del Tribunal de Juicio, cuando se pretende minimizar la efectiva concreción de la amenaza de muerte en el evento de los disparos, atribuyendo a que, según lo dijo formalmente la sentencia que recayera en contra de J, la agresión con el arma había sido producto de las *rencillas personales* entre la aquí imputada M. y aquel sujeto.

FICHA Nº 17 COSTA RICA

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

País: Costa Rica Fecha de la resolución: 09/09/11	FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: Introducción de drogas a centro penitenciario
CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1 EDAD: sin datos GÉNERO: mujer	Acceda al fallo aquí

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: Caso 08-004794-0305-PE - Resolución número 374-2011	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Tribunal de Casación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela
QUIÉN RECURRIÓ: Defensa Pública	

HECHOS RELEVANTES

Se condenó a la imputada a la pena de ocho años de prisión por el delito de introducción de droga a centro penal de una mujer sometida a situación de violencia doméstica. Para condenarla, el tribunal de juicio consideró relevantes, a los efectos de descartar coacción, que ella era cinco años más grande que su esposo, que ella trabajaba y el no, la cantidad de drogas y formas de embalaje, que no hay testigos de las amenazas de su esposo y que “si el esposo tenía armas de fuego y la golpeaba, no es lógico pensar que si éste está siendo amenazado de muerte, ella acceda a sus amenazas para que le lleve droga, porque el no llevarle la droga sería una forma de librarse de su agresor, 9. que para el momento de los hechos el agresor ya estaba en prisión y ella podría pedir ayuda o decidir simplemente no llevarle la droga”. Contra dicha condena recurrió la Defensa pública y la condena fue revocada.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

Se cuestiona básicamente la valoración que condujo a excluir el estado de necesidad disculpante y la forma en que se descartó que H. estaba en situación de violencia.

COMO SE RESOLVIÓ

Perspectiva de Género - Vulnerabilidad - Relevancia del contexto - Víctimas de violencia - Estado de necesidad disculpante

A juicio del tribunal de Casación, el tribunal que condenó partió de un injustificado desconocimiento del **"síndrome de invalidez aprendida"** y de lo que también comprende un ciclo de violencia doméstica (...). **No se trata de lazos físicos o espaciales, sino psicológicos, de los que realmente es muy difícil escapar. La fuerza real de esos vínculos psicológicos, incluso, se ve confirmada en este caso dado que, pese a haber sufrido la imputada una condenatoria anterior, escasos dos meses atrás, incurre en una conducta similar, sin importarle el conocimiento de la efectiva sanción a la que se podría ver expuesta.** Nótese que esta circunstancia, a diferencia de cómo la analiza el tribunal, deja entrever la posibilidad de que la justiciable estuviera incapacitada para ajustar su conducta al llamado de la norma. Efectivamente, **no se puede alegar que ante dicha circunstancia la imputada desconozca la ilicitud, pues, precisamente, en este caso la deficiencia del reproche no es por un error de tipo o de prohibición, sino un déficit de la voluntad.** En efecto, desde el punto de vista de la categoría delictual de **la culpabilidad**, la misma **comprende no sólo el conocimiento de la ilicitud, sino la capacidad del sujeto agente de adecuar su conducta al conocimiento de esa ilicitud.** El tribunal de juicio [al condenarla] enfatiza el primer elemento, pero se desentiende completamente del segundo.

"(...) Cuando una persona se encuentra inmersa en un "ciclo de violencia", no se puede analizar su situación particular con la lógica de quien no está atrapado por dicho ciclo. Esa relación patológica que implica el ciclo de violencia, se caracteriza por, precisamente, una condición cíclica o circular, donde el agresor, después de un episodio de violencia, entra en una etapa de reconquista de su víctima, hasta que se vuelve a operar otro episodio de violencia y sigue así hasta que el ciclo se logra romper, cosa que en oportunidades nunca se logra. Para que ese ciclo de violencia se rompa, es menester que la víctima lleve un proceso de acompañamiento y se empodere, pues sólo ella es la única que puede terminar con dicha situación, pero no siempre puede lograrlo. Vemos así que **el Tribunal de Juicio analiza la situación de la imputada desde la perspectiva de una persona que ya ha logrado romper el ciclo de violencia, considerando que ella debería procesar las consecuencias desfavorables para su esposo, como una alternativa justificada ante la agresión que él ejerce dentro del ciclo de violencia.** Obviamente las víctimas de tal ciclo no procesan de esa manera la situación. En muchas ocasiones, conforme nos lo indican las reglas de la experiencia y la psicología, más bien la víctima suele culpabilizarse y autoresponsabilizarse por las agresiones de que es objeto. La víctima de violencia doméstica no es que deteste a su agresor, por el contrario, ha establecido un vínculo afectivo marcado por episodios de agresión, lo que hace que la situación sea potencialmente peligrosa para ella misma. Todo esto lo desconoce el Tribunal de Juicio en su razonamiento, violentando así las reglas del correcto entendimiento humano, particularmente las máximas de la psicología que se aplica a estos

casos.

“Otro aspecto que es incorrectamente abordado por el Tribunal de Juicio es lo referente a su análisis sobre la independencia económica de la imputada y lo que interpreta como la dependencia económica que tenía su esposo, respecto de ella, cuando él estaba en libertad. (...)El que el imputado (esposo de la aquí justiciable) en los datos de identificación hubiere referido que era estudiante y que no tenía trabajo remunerado, no es un elemento suficiente para acreditar las derivaciones que el Tribunal de Juicio hace al respecto, pues, sí evidentemente fue condenado por trasiego de sustancias prohibidas (...) es claro que esta actividad delictiva es muy remunerativa, además de ser una ocupación inconfesable en estrados judiciales”

“El Tribunal de Juicio evita hacer un análisis integral y consecuente de todos aquellos elementos que en efecto favorecen la tesis de la defensa material y técnica de la aquí justiciable. **No se valoran los aspectos relacionados con la peligrosidad del esposo de la imputada, A, como lo es el hecho de que al momento en que es allanada la vivienda donde este vivía, en la cama se encuentran dos armas de fuego (...)** Este dato es importante, pues evidentemente revela la condición violenta del consorte de la aquí imputada y que efectivamente contextualiza la posibilidad de que el mismo no sólo sea un agresor, sino que exista temor fundado de su compañera hacia éste sobre sus reacciones al no acceder a sus pedidos.”

“Sintetizando lo que observamos en el presente caso respecto a H, es evidente que ella, pese a que su esposo estaba recluido, nunca rompió el ciclo de violencia, ciclo de violencia que obviamente no depende de lazos espacio temporales, sino de vinculaciones afectivas y psicológicas. El hecho de que H, con una diferencia de unos cuantos meses se haya enfrentado en dos oportunidades a la posibilidad de ser sorprendida introduciendo drogas dentro de un Centro Penitenciario para su esposo, realmente reafirma que ella podría tener una incapacidad real de negarse a las pretensiones de su consorte. **El ciclo de violencia doméstica a su respecto, quedó acreditado por la intervención institucional, tanto a nivel del seguimiento en los respectivos centros penales, como por la asistencia que le brindara la Caja Costarricense de Seguro Social.**

Considera esta cámara que **este tipo de problemática socio-cultural escapa realmente a las posibilidades de respuesta del Sistema Penal y más bien debe ser atendida mediante otras modalidades que no lleven a una revictimización de la mujer.** Así surge en la especie una duda razonable sobre si H. actuó bajo un estado de constricción de su voluntad que hiciera que su conducta, aunque típica y antijurídica, no fuera reprochable, no por un problema en cuanto al conocimiento de la antijuridicidad de su accionar, sino por imposibilidad de ajustar su conducta al llamado normativo.”

Otras observaciones:

Se cita antecedente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 335-2009 de las 9:47 horas del 25 de marzo de 2003, con amplio desarrollo de la noción de círculo violencia y el estado de necesidad exculpante.

Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, resolución número 2010-00364 de las siete horas treinta minutos del veintiuno de setiembre de dos mil diez

FICHA Nº18 COSTA RICA**DATOS DE IDENTIFICACIÓN**

País: Costa Rica

Fecha de la resolución: 01/08/2014

FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: dos hechos de introducción de drogas a centro penitenciario

CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 1

EDAD: sin datos

GÉNERO: mujer

[Acceda al fallo aquí](#)

FUENTE DEL CASO

DATOS DE LA CAUSA: Expediente: 13-000467-0006-PE

ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ:

Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

QUIÉN RECURRIÓ: Defensa Pública

HECHOS RELEVANTES

K. A.S.R. introdujo drogas en un establecimiento penitenciario en dos oportunidades, con anterioridad a la modificación introducida por la Ley nro. 9161 y la incorporación del artículo 77 bis en la ley 8204.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

Se alega que la Ley No. 9161 modificó la pena para el tipo penal por el cual la condenaron, específicamente el artículo 77 bis de la “*Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*” (Ley 8204). Afirma que esta reforma modificó el rango de pena posible cuando se presentan una o varias de las siguientes condiciones: “*a) Se encuentre en condición de pobreza. b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad. c) Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo. d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.*”

Asegura que en su caso, ella presentaba al momento de los hechos las condiciones de los incisos a), b) y c) del artículo 77 bis, por lo que sería posible aplicar el rango atenuado de la pena. Como prueba ofrece: i) certificados de nacimiento de sus dos hijos menores de edad; ii) su expediente administrativo del CAI Buen Pastor. Solicita se declare con lugar el procedimiento de revisión, se anule parcialmente la sentencia en lo relativo a la calificación legal y la pena, y se disponga el reenvío al Tribunal de juicio, a efecto de considerar la posible atenuante prevista en el numeral 77 bis de la Ley 8204.

Es un caso de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - vulnerabilidad

“(...) K.A.R.S proviene de una familia numerosa, desertó de sus estudios desde temprana edad, procreó dos hijos de su primera relación, estos niños se encuentran en Nicaragua, sin embargo en Costa Rica tuvo dos hijos más producto de otras relaciones. Al momento de la comisión del primer hecho delictivo por el cual fue condenada, 13 de mayo de 2012, tenía a su cargo a una hija de seis meses de edad (...) y, para cuando es detenida por el segundo acto delictivo ya se encontraba además con algunos meses de embarazo de su cuarto hijo (julio 2012). Por otro lado, su situación de pobreza se acredita con la referencia realizada por

parte de la Sección de Trabajo Social del Ministerio de Justicia, (...) donde se solicita un subsidio económico al Instituto Mixto de Ayuda Social, en este caso para la madre de la gestionante, que es quien tuvo a cargo a sus hijos durante su privación de libertad, por lo cual queda clara la existencia de limitaciones económicas en el entorno familiar de la acusada, así como su posición de jefa de hogar, que se encuentra a cargo de sus hijos. Asimismo la necesidad y búsqueda de la sentenciada de desenvolverse laboralmente, puede corroborarse con la gestión que interpuso para que fuera tomada en cuenta para trabajar en ventas dentro del centro penal(...)"

“Para el momento de la comisión delictiva, que se encontraba sin trabajo y que sus hijos estaban pasando necesidad, argumentos incluso que sirvieron de base para el cambio de medida por parte de dicha integración. Con todo este marco probatorio, es posible sostener que la señora K. A. R. S. se encontraba en situación de vulnerabilidad y pobreza para el momento en el que cometió ambos hechos delictivos por los que fue condenada, los cuales se llevaron a cabo con poca diferencia temporal”.

“A la acusada se le responsabilizó de introducir droga en un establecimiento penitenciario en dos ocasiones y se demuestra con las probanzas que aporta, que para entonces cumplía con algunas de las condiciones que señala la citada norma, concretamente, los supuestos contenidos en los incisos a), b) y c), pues se determina que la sentenciada es jefa de hogar, en condiciones pobreza y vulnerabilidad, con personas menores de edad a su cargo. Han quedado claras las necesidades económicas en que habitualmente se desenvuelve ella y su entorno familiar, siendo que al encontrarse en dicha situación se convirtió en una persona vulnerable y condicionada negativamente, argumentos que sustentan su petición”.

“No puede obviarse que la pobreza y el género son causa y escenario de vulnerabilidad, según se establece en la ley y Reglas de Brasilia. En consonancia con las directrices contenidas en los distintos instrumentos jurídicos internacionales que son mencionados en esta sentencia, en conjunto con las probanzas aportadas se constata que la acusada forma parte de un grupo vulnerable en razón de su posición socio-económico personal y de su incapacidad general económica por satisfacer necesidades básicas y sociales vinculadas a la alimentación, salud, vivienda, educación y trabajo, como jefa de hogar y madre de cuatro personas menores de edad. Acorde con lo expuesto, la prueba aportada resulta idónea para establecer que la aquí sentenciada al momento de la comisión del ilícito penal, se encontraba en las condiciones descritas en los incisos a), b) y c), de la ley 77 bis, siéndole aplicable la citada norma en virtud de tratarse de una ley penal más favorable para sus intereses”.

DATOS DE IDENTIFICACIÓN	
País: Costa Rica Fecha de la resolución: 08/02/13	FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: introducción de drogas a un centro penitenciario
Cantidad de personas acusadas: 1 Edad: adulta Género: mujer	Acceda al fallo aquí

FUENTE DEL CASO	
DATOS DE LA CAUSA: Resolución número 68-2013 - Caso 09-205748-0431-PE	ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Tribunal de Casación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela
QUIÉN RECURRIÓ: Defensa Pública	

<u>HECHOS RELEVANTES</u>
<p>Se condenó a la imputada a la pena de ocho años de prisión por el delito de introducción de droga a centro penal. En el juicio R. alegó que ella actuó bajo amenaza de su concubino D, quien la amenazó de muerte a ella y a sus hijos sino ingresaba la droga al centro penitenciario en donde se encontraba recluso, en el Roble de Puntarenas.</p>
<u>CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO</u>
<p>Se impugnó la condenatoria al considerarse que existió una violación a las reglas sana crítica, principio de lógica y derivación y principio de razón suficiente y aplicación indebida de la sana crítica por descartar la causa de exculpación alegada durante el contradictorio consistente en la concurrencia de un estado de necesidad exculpante.</p>

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - vulnerabilidad - relevancia del contexto - estado de necesidad exculpante

El tribunal de sentencia cuya sentencia el Tribunal de Casación revocó, descartó la defensa basada en estado de necesidad exculpante porque entendió que de las constancias en expedientes de violencia doméstica surgió que “existe un vacío entre el año 2004 y el 2012, que le llevan a considerar que en ese lapso no está acreditado que existiera el "círculo de violencia doméstica", por la inexistencia de denuncias”, que los hechos juzgados “(...) ocurren en el año 2009, y para ese año en el mes de julio D fue detenido en la casa de habitación de la imputada R, sin embargo no existen noticias de que el ciclo de violencia hubiese iniciado nuevamente, pues al momento de la evaluación se encontraban en una fase de reconciliación” . En definitiva descarta que la acusada estuviera atravesando un ciclo de violencia doméstica.

A eso el Tribunal de Casación respondió que los argumentos resultaban seriamente contradictorios y respondían a un desconocimiento de lo que es el círculo de violencia doméstica, cuestión que ya habría sido abordada en muchos precedentes.- En particular, enfatizan sobre los supuestos en que se pone en duda la capacidad de autodeterminación de la persona que está atrapada en un círculo de esta naturaleza. Y agrega “**Es importante apuntar que como tal, el círculo de violencia doméstica se caracteriza, precisamente, por una sucesión cíclica de situaciones de agresión y reconciliación(...)** Desde la perspectiva de la evaluada, esta última relación se ha caracterizado por ser conflictiva, con presencia de abuso físico y emocional entre la pareja, intensificándose los conflictos por el consumo de licor y drogas en ella y su compañero, no obstante, la evaluada reitera que el abuso físico únicamente se daba por parte de su cónyuge. La situación descrita da lugar al establecimiento de medidas de protección a partir del año 2002, y la última de ellas de interpuesta en el 2004, sin que se reporten nuevas denuncias”.

Con base en el análisis de una pericia psicosocial sostienen que “al momento de la intervención psicosocial la señora R reconoce que se mantiene vinculada afectiva y materialmente al señor D, éste último, al parecer, por razones de trabajo permanece en la localidad de San Carlos, sin embargo, en forma ocasional pernocta en su domicilio. Al respecto **impresiona que la evaluada se encuentre en un período de conquista y posible reconciliación , lo cual justifica a su condición económica actual, describiendo que el señor D es el único que aporta ingresos económicos**” (...). Es claro que en el razonamiento del tribunal de juicio no se hace un adecuado análisis de los elementos de convicción que se derivan de esta pericia. En efecto, **el hecho de que al momento de la evaluación se indique que la evaluada se encuentra en ese posible período de conquista, lejos de descartar la existencia del círculo de violencia doméstica, más bien tiende a confirmar la pervivencia de esta situación, aunque no en su etapa cíclica de conflicto, sino más bien en su pico de armonía.** El círculo de violencia doméstica es algo que, según nos lo indica las reglas de la experiencia y la psicología,

precisamente atrapa a los intervinientes en una especie de relación maniquea, donde tanto la víctima, como el agresor, se enfrascan en una relación de la que no sale hasta que el círculo se rompa, eso sucede, desgraciadamente en algunos casos, cuando el victimario acaba con la vida de la contraparte y, en otros, cuando el sujeto débil de la relación se empodera y logra así acabar con esa relación cíclica enfermiza, poniendo una distancia definitiva entre ella y su agresor. **Este tipo de consideraciones es las que evidentemente margina la argumentación del juez de juicio en este caso, pues si existía evidencia documental de denuncias de agresión por violencia doméstica desde el año 2002 hasta el 2004 y nuevamente se tiene un expediente judicial en el 2012, esa supuesta interrupción durante los años intermedios, lejos de evidenciar la ruptura del círculo de violencia doméstica, más bien sugiere la permanencia de esa situación pero en una faceta latente,** en donde los episodios de violencia y reconciliación se llevaron al margen de la intervención de las agencias formales de protección a las víctimas en estos casos. Bien es sabido que incluso en estas dinámicas violentas de carácter intrafamiliar, la denuncia incluso se da ante episodios extremos que determinan a la víctima a romper el silencio, muchas veces impuesto por las amenazas de su agresor o por esa disyuntiva de amor-odio que caracteriza a los atrapados en este tipo de dinámicas patológicas de relación.”

“Lleva razón el recurrente, defensor público de la justiciable, en cuanto a que el tribunal de juicio hace una valoración contraria a las reglas de la sana crítica del referido dictamen psicosocial (...) elemento que era esencial valorar en su debida dimensión a la luz de la argumentación de defensa material que esgrimiera R. consistente en haber sido amenazada de muerte ella y sus hijos. (...) Resulta plausible su versión de descargo en el sentido de que el requerimiento de introducción de droga al centro penal podría provenir de su compañero sentimental y con quien, como lo apuntamos anteriormente, le ligaba una relación caracterizada por un ciclo de violencia doméstica intrafamiliar.”

“Estima esta Cámara que (...) tal y como lo establecen los lineamientos jurisprudenciales en esta materia, que **aconsejan suma prudencia al valorar las situaciones particulares en los supuestos en que pueda estar comprometida la capacidad de ajustar la conducta penal al llamado de la norma, por la intermediación de una causa de exculpación relacionada con el síndrome de dependencia adquirida (...)**R, efectivamente para el momento de la valoración (junio de 2010), presentaba no sólo los indicios de estar inmersa en un ciclo de violencia doméstica con su concubino, sino que su compañero sentimental efectivamente estaba recluido en el centro penitenciario en el que ella pretendió introducir droga en setiembre de 2009, es decir, que resulta plausible su versión de que fue amenazada por éste para proceder en esa forma. Ante ello, no es posible descartar la situación de constricción para su voluntad, pues, como lo indican los antecedentes judiciales y las referencias consignadas en este mismo dictamen, la imputada fue víctima de agresiones brutales, de parte de esta persona en su pasado, con lo cual, resulta sumamente intimidante una amenaza de la magnitud de la referida por la imputada en el debate y que, no existe forma alguna de ser desvirtuada con los elementos de convicción que se contó

en el proceso. **Esa amenaza, que debe de tenerse por acreditada con base en las argumentaciones dichas, es claro que tiene una incidencia directa, desde el punto de vista de la teoría del delito, sobre la categoría de la culpabilidad, pues, si bien es cierto, la imputada podía conocer el carácter ilícito de su comportamiento, no es dable exigirle que configurara su conducta al llamado de la norma, es decir, su conducta no resulta reprochable, ante la amenaza de un mal grave e inminente,** el artículo 38 del Código Penal establece: "No es culpable quien obra bajo coacción o amenaza de un mal actual grave, sea o no provocada por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa".

“la gravedad del mal anunciado y su inminencia debe ser analizada en este caso concreto en la situación específica del ciclo de violencia doméstica en que está inmersa la justiciable, pues si esa amenaza viene de su compañero, que por más de una década la ha tenido sometida al ciclo de violencia doméstica y en un momento del desarrollo de esa relación, incluso, sin importar la situación de embarazo de ella, procedió a fracturarle la nariz, es claro que la amenaza de su concubino, en el sentido de utilizar cómplices para acabar con la vida de ella o de sus hijos, si no accedía a sus requerimientos, resulta una afirmación creíble y altamente intimidante, que en este caso, estima esta cámara, evidentemente constriñe la voluntad, reduciendo gravemente el ámbito de libertad de acción de la justiciable.”

Otras observaciones:

Se apoya en cita de jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en voto número 598 de las 9:32 horas del 20 de marzo de 2012 en la que se indicó la obligación de los juzgadores de analizar de forma detallada, desde la teoría del delito y con enfoque de género, los casos en los que se da violencia doméstica contra la persona imputada.

FICHA N°20 MÉXICO

DATOS DE IDENTIFICACIÓN

<p>País: México Fecha de la resolución: 10/03/2022</p>	<p>FIGURAS PENALES INVOLUCRADAS: introducción al país del estupefaciente denominado clorhidrato de cocaína, previsto y sancionado en el artículo 194, fracción II, en relación con el diverso 193, ambos del Código Penal Federal, en concordancia con los artículos 234 y 237 del a Ley General de Salud.</p>
<p>CANTIDAD DE PERSONAS ACUSADAS: 3 EDAD: sin datos, adultas GÉNERO: mujeres</p>	<p>Acceda al fallo aquí</p>

FUENTE DEL CASO	
<p>DATOS DE LA CAUSA: Amparo directo en revisión 1829/2022</p>	<p>ÓRGANO JUDICIAL QUE RESOLVIÓ: Corte Suprema de Justicia de México</p>
<p>QUIÉN RECURRIÓ: La defensa de las imputadas</p>	

<p><u>HECHOS RELEVANTES</u></p> <p>El 27 de febrero de 2019, en la sección aduanera del Servicio de Administración Tributaria en Chiapas, por el único carril de ingreso al país, en la frontera de Chiapas con Guatemala, transitaba un triciclo con tres pasajeras procedente de Guatemala al que le correspondió reconocimiento aduanero aleatoriamente. En la revisión la agente aduanera notó un abultamiento en el abdomen de algunas de ellas. Al advertir su nerviosismo, les pidió que se detuvieran más adelante donde les realizaría una revisión más detallada. Luego, les pidió que descendieran del vehículo y le acompañaran al lugar donde haría la revisión pero las pasajeras descendieron y echaron a correr hacia un poblado, por lo que las persiguieron. Al advertir su nerviosismo, les pidió que se detuvieran más adelante donde les realizaría una revisión</p>
--

más detallada. Luego, les pidió que descendieran del vehículo y le acompañaran al lugar donde haría la revisión pero las pasajeras descendieron y echaron a correr hacia un poblado, por lo que las persiguieron. Alcanzaron a la primera de ellas, la señora F., quien fue conducida a las oficinas de la aduana para continuar con la revisión. Ahí se encontraron debajo de su ropa paquetes. Ahí mismo llegaron otros elementos con la señora B. y posteriormente con la señora G. A ellas también se les encontraron, debajo de la ropa, paquetes similares.

El 13 de septiembre del mismo año fueron condenadas a diez años de prisión y les fue aplicada pena de multa. La condena fue confirmada por dos instancias hasta llegar a la Corte Suprema que admitió el amparo en revisión que aquí se comenta.

CUESTIONES PLANTEADAS EN EL RECURSO

Los agravios articulados fueron múltiples, entre los más relevantes, alegaron violación del derecho a la asistencia consular oportuna, afectación de la presunción de inocencia y violación del principio de *in dubio pro reo*, cuestionaron la legalidad de la requisa y en relación directa con ello, “Consideraron que se vulneró su derecho a la dignidad humana, reconocido en el ordenamiento nacional e internacional; en particular, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” porque fueron desnudadas durante la requisa y filmadas por personal policial. También alegaron que “Las autoridades responsables omitieron cumplir con el estándar de protección de sus derechos humanos, en particular, a la dignidad, en atención a su calidad de mujeres extranjeras –de nacionalidad guatemalteca”. En la instancia anterior sí habían alegado que “sostuvieron que no fueron juzgadas con perspectiva de género ni se consideraron las circunstancias que las colocan en una situación de vulnerabilidad, como es ser mujeres mayores y extranjeras”.

¿CÓMO SE RESOLVIÓ?

Perspectiva de género - Relevancia del contexto - Rol en la organización - Víctimas de violencia- mujer indígena

“se observa que el tribunal colegiado omitió analizar el caso con perspectiva de género, omisión con la cual se inconformaron las quejas. Desde su demanda de amparo, argumentaron que debió considerarse que se encontraban en una situación de vulnerabilidad por ser mujeres, una de ellas mayor de edad y extranjeras, de nacionalidad guatemalteca. No se advierte que el tribunal colegiado se pronunciara al respecto, por lo que esto constituye la materia de la revisión (...) En consecuencia, esta Primera Sala considera que lo procedente es revocar la sentencia recurrida y devolver los autos al tribunal colegiado de conocimiento para que, de acuerdo con el parámetro

constitucional del derecho a estar libre de discriminación y violencia basada en el género, resuelva el caso sometido a su consideración con perspectiva de género. 94. Esto es, al momento de dictar una nueva resolución, el tribunal deberá observar y analizar la incidencia de la discriminación basada en el género – sea presente, continua o sistemática– en los hechos que se imputan a las señoras B., G. y F., para lo cual, primero deberá identificar si existen elementos que den cuenta de la situación de desventaja por razón de género y analice el contexto en que vivía las inculpadas y que las llevaron a involucrarse en el tráfico de estupefacientes, a fin de garantizarles el acceso efectivo e igualitario a la justicia.

“el derecho de la mujer a una vida libre de discriminación y de violencia, se traduce en la obligación de toda autoridad de actuar con perspectiva de género no sólo para superar las barreras y obstáculos estructurales que se expresan en la legislación y en las prácticas culturales, sino para impedir que una visión estereotipada y preconcebida sobre lo que las personas deben hacer, sentir o querer a partir de su identidad sexo-genérica, motive las interpretaciones que sobre los hechos y las circunstancias del caso realizan las autoridades judiciales, a fin de evitar sentencias que, a partir de preconcepciones sobre los roles sociales, se prejuzgue sobre la responsabilidad de la persona imputada cuando, justamente, las circunstancias que rodean los hechos resultan relevantes para la acreditación de los elementos del delito imputado”.

“un análisis con perspectiva de género permite –entonces– verificar la incidencia del orden social de género –y las condiciones de subordinación, discriminación y violencia que condiciona– en la calidad y suficiencia de la prueba de cargo; en la razonabilidad de las inferencias a que las que conduce la evidencia directa o indirecta; en la conducción escéptica del proceso penal, y en la asignación de responsabilidad penal más allá de duda razonable”.

“Es fundamental que las juzgadoras, al conocer de procesos penales en los que se juzgue a mujeres que han transportado droga, identifiquen y reconozcan la situación de las mujeres, el contexto en el que se desenvuelven y las circunstancias que las llevaron a cometer los delitos. Esta determinación puede impactar en los elementos para acreditar el delito, la atribución –y grado– de responsabilidad penal, la posible existencia de una causa de justificación o una causa absolutoria y la individualización de la pena. No se observa, en el caso, que se cuestionara en algún momento si esos factores influyeron en el involucramiento de las señoras Berenice, Gema y Fabiola en la comisión del delito que se les imputó”.

“Esta Sala desea destacar los procesos de involucramiento de las mujeres en la comisión de delitos relacionados con el tráfico de drogas. Por un lado, debe decirse que las relaciones de género –entre otros factores socioeconómicos– también tienen un impacto en la

configuración de las redes de tráfico y la inserción de las mujeres en estas actividades y, por el otro, que el enfoque de persecución penal severa que adoptan los Estados ante esos delitos ha generado una criminalización de las mujeres en mayor proporción a la de los hombres”.

“Para esta Sala es importante, entonces, observar el fenómeno de feminización del narcotráfico y sus procesos para visibilizar los factores que llevan a las mujeres a ser explotadas, forzadas o inducidas a participar en el tráfico de drogas”.

“Tampoco está de más resaltar que, en varios países de América Latina, por la situación generalizada de inseguridad e impunidad, se persigue a los delitos de droga –incluso los menores como la posesión para consumo– de maneras más severas: penas más altas y desproporcionadas; se niega el acceso a beneficios de reducción o sustitución de las penas y a beneficios preliberacionales, y se imponen estándares probatorios elevados ante solicitudes de alternativas a prisión”.

Víctimas de violencia

Con remisión a sus propios precedentes la Sala I afirmó, entre otras cosas, que “derivado de la normativa nacional e internacional, el derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia y discriminación, trae aparejado el deber del Estado de velar porque en toda controversia jurisdiccional donde se denuncie una situación de violencia o discriminación por razones de género, ésta sea tomada en cuenta con el objetivo de visibilizar si la situación de violencia o discriminación de género incide en la forma de aplicar el derecho al caso concreto. De no tomar en cuenta las condiciones especiales que acarrearán una situación de esta naturaleza –tal como lo hizo el tribunal colegiado del conocimiento en el presente caso– se puede llegar a convalidar una discriminación de trato por razones de género, y se incumpliría con la exigencia de actuar con la debida diligencia ante la violencia contra las mujeres en tanto se trata de una violación de derechos humanos [...]

La Sala ha afirmado que la subordinación y la violencia basada en el género son cuestiones estructurales que no sólo se manifiestan cuando las mujeres padecen un hecho ilícito y por tanto, comparecen a los juicios penales como víctimas, sino también cuando se encuentran en conflicto con la ley, como probables perpetradoras de esos hechos [...]

Las indicaciones de violencia basada en el género obligaban a la autoridad judicial en conocimiento del caso a aproximarse al asunto desde una perspectiva de género, la cual es una categoría de análisis que permite visibilizar la asignación social diferenciada de roles y tareas en virtud del sexo, género u orientación sexual; revela las diferencias en oportunidades y derechos que siguen a esta asignación; evidencia las relaciones de poder originadas en estas diferencias; se hace cargo de la vinculación que existe entre las cuestiones de

género, la raza, la religión, la edad, las creencias políticas, entre otras; pregunta por los impactos diferenciados de las leyes y políticas públicas basadas en estas asignaciones, diferencias y relaciones de poder, y determina en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario”.

Otras observaciones:

La sentencia trabaja con apoyo en profusa doctrina de organismos internacionales e informaciones producidas por la Sociedad Civil. Por otra parte, la defensa hace referencia a su condición de extranjeras, más no a su pertenencia a comunidades indígenas. Eso sí es considerado por la Corte en la resolución.