

Una mirada de la pena del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización con perspectiva de género

Luciano Censori¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Posibilidad de perforación del mínimo legal; III.- Prisión domiciliaria; IV.- Ejecución de la pena: avance en el régimen de progresividad; V.- Conclusión.

RESUMEN: El trabajo pretende brindar algunos lineamientos sobre defensas posibles con perspectiva de género una vez que la mujer fue declarada responsable por tráfico de drogas.

PALABRAS CLAVE: Tenencia de estupefacientes – Pena – Pena por debajo del mínimo – Prisión domiciliaria – Ejecución de la pena.

I.- Introducción

Este trabajo no tiene una finalidad teórica. Por el contrario, pretende ser una guía práctica con reseña de jurisprudencia sobre defensas posibles ante la declaración de responsabilidad de una mujer por tráfico de drogas a partir de una interpretación con perspectiva de género.

¹ Doctorando en Ciencias Jurídicas. Magister y Especialista en Derecho Penal. Docente Criminología. Secretario Defensoría CABA. lucianocensori@hotmail.com.

Siguiendo ese norte estructuré el mismo en tres acápites. Concretamente realizaré algunas consideraciones sobre la pena que puede imponerse en estos tipos de casos (incluso por debajo del mínimo legal), la modalidad de cumplimiento de la misma (prisión domiciliaria) y ciertas particularidades que deben tenerse en consideración durante la ejecución de la pena (régimen de progresividad).

II.- Posibilidad de perforación del mínimo legal

La culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor. La misma debe operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre el sujeto.

De esta manera, los mínimos de las escalas penales no deberían tener otro alcance que meramente indicativo, pues una pena mínima fija puede no ajustarse al reproche que debe realizarse al sujeto por lo que hizo.

Esta cuestión resulta sumamente importante al abordar el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, dado que se encuentra reprimido con una pena mínima de cuatro años de prisión (art. 5 c) ley 23.737), monto que imposibilita que la misma sea dejada en suspenso, independientemente de que la persona tenga o no antecedentes penales previos.

Ingresando al análisis propuesto en este acápite, señalaré que el tiempo en el que se cumple la pena no es lineal, sino existencial.

Por lo tanto, al aplicar una pena de privación de libertad, el Juez debe tener en cuenta el daño que el castigo ocasiona al proyecto de vida de la persona.

Una de las principales circunstancias que debe ponderarse es el género y la maternidad.

En estos supuestos, el daño que la pena de prisión causa al proyecto existencial es particularmente intenso, ya que implica, además de la privación de la libertad ambulatoria, la separación de la madre de sus hijos.

De esta manera, la pena estatal, en determinados casos, hiere más intensamente a las mujeres que a los hombres y, por ello, aquellas deben ser castigadas con menor intensidad.

En caso contrario, el ataque estatal resultará desproporcionado por causar una lesión demasiado severa, convirtiéndose la pena en un trato cruel, inhumano y degradante, y por lo tanto, prohibida por nuestra Constitución.

No puede soslayarse tampoco que la respuesta estatal (pena) también debe garantizar de manera adecuada el interés superior de los hijos de las mujeres detenidas que se ven directamente afectados por la pena que se impone a sus progenitoras².

A diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronunció sobre la determinación de la pena en casos seguidos contra mujeres, resolviendo que la legislación rusa que establecía una distinción de género para la imposición de una pena de prisión perpetua no era discriminatoria.

El TEDH consideró razonable que una ley prevea sanciones más leves para las mujeres en tanto la posibilidad de reincidencia es menor. A su vez, sostuvo que en una sociedad en la que las mujeres son educadas en la creencia de que la felicidad se alcanza con la maternidad, el encarcelamiento para ellas resulta más severo³.

En conclusión, en los casos seguidos contra mujeres, será procedente indagar y valorar las responsabilidades de cuidado, así como también la carencia de medios económicos para proveer tanto su subsistencia como la de su grupo familiar, para a partir de allí determinar el grado de reprochabilidad de la conducta y consecuentemente la pena a imponer.

Tales circunstancias encuentran correlato en el texto del Código Penal, que en el art. 41 establece que el Juez, al momento de fijar la pena, debe tener en consideración: “... 2º. *La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias*

² POMA, Gala y ESCANDAR, Nicolás, “Estudios sobre jurisprudencia. Perspectiva de género, retribución y castigo proporcional. Impacto diferenciado y pena de prisión”, ps. 6/13, disp. en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2019.05.%20Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero,%20retribuci%C3%B3n%20y%20castigo.%20Impacto%20diferenciado%20y%20pena%20de%20prisi%C3%B3n.pdf>.

³ TEDH, Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Rusia, rta: 24/1/17.

en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”.

Sobre este punto, existen una serie de precedentes jurisprudenciales de mujeres acusadas por tráfico de drogas, en los que se ha resuelto perforar el mínimo legal e imponerles una pena que se adecúe a la culpabilidad demostrada.

En **“Arce”**, el Tribunal Penal Económico n° 1, condenó a la nombrada como autora penalmente responsable del delito tentado de contrabando de exportación agravado por tratarse de sustancia estupefaciente con fines de comercialización.

Para la fijación de la pena, el Tribunal tuvo en consideración las condiciones personales de Arce, su edad (37 años), su situación socioeconómica, familiar y de salud, con particular hincapié en la situación de calle que ha transitado y el consumo problemático de sustancias estupefacientes.

También hizo mención a su grado de instrucción, al nivel sociocultural, su calidad de madre desde la adolescencia, el haber sido víctima de violencia familiar y de género y haber ejercido trabajo sexual en su vida adulta.

A partir de allí el Tribunal le impuso la pena de dos años y seis meses de prisión, cuyo cumplimiento dejó en suspenso, declarando la inconstitucionalidad del monto mínimo de la pena del art. 866, 2do. párr., del Código Aduanero.

En tal sentido señaló que, en abstracto, la escala penal no resulta desproporcionada con la conducta que reprime.

Sin embargo, valorada en el caso concreto sí lo es, pues la aplicación del mínimo de cuatro años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo no parece responder a fin resocializador alguno respecto de la Sra. Arce⁴.

Algo similar sostuvo el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, en el caso **“Caballero Flores, Duran Martínez y otros”**, quienes resultaron condenadas por el delito de transporte de estupefacientes, agravado por el número de intervinientes.

En orden a la fijación de la pena, el Tribunal tuvo en consideración que al momento en que las nombradas fueron conectadas para la comisión del delito,

⁴ Tribunal Oral Penal Económico N°1, causa n° CPE 1253/2014/TO1, “Arce”, rta: 2/8/21.

resultaban ser madres solteras, de condiciones socio-económicas extremadamente bajas, a cargo de familiares discapacitados, que trabajaban en un taller de costura y como amas de casa, realizando diferentes actividades para lograr la mantención suya y de sus familias.

Valoró también que tenían un bajo nivel educativo y cultural (ninguna de ellas habían terminado los estudios primarios ni secundarios) y su falta de antecedentes penales computables.

Finalmente tuvo en consideración los motivos por los que aceptaron emprender la comisión del delito, esto es, para propender a la ayuda de sus hijos, de un familiar enfermo (padre) y de otros que padecen una discapacidad.

A partir de allí el Tribunal concluyó que en el caso concreto resultaba desproporcionado el mínimo de la escala penal -seis años de prisión-, con la culpabilidad que les cabía a las nombradas por la conducta desplegada, la que se ha visto reducida por su estado de vulnerabilidad, que fue lo que las determinó a delinquir.

Por este motivo fue que declaró la inconstitucionalidad del mínimo legal contemplado para la conjunción de los tipos penales atribuidos y les impuso la pena de cuatro años de prisión⁵.

Siguiendo la misma línea se encuentra el caso **“Farías”** del Tribunal Oral Federal n° 1 de Córdoba, en que la nombrada fue condenada por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

A los fines de mesurar la pena, el Tribunal valoró que se trataba de una mujer que tenía dos hijos menores de edad, a quienes educaba y mantenía en soledad, sin ejercicio parental alguno e incluso sin ayuda estatal.

Por otra parte, la Sra. Farías tenía una hermana, con adicción a las drogas, y HIV, lo que determinó que las autoridades públicas le encargaran la crianza y sostén de sus sobrinos.

A su vez, su madre, requería asistencia permanente, dado que padecía graves problemas de salud, pues sufría de gangrenas en un estado avanzado, y próximamente iba a recibir la amputación de uno de sus miembros.

⁵ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, causa n° 5857/2014, caratulados “Caballero Flores y otros”, rta: 30/11/15.

Todas estas circunstancias afectaron la salud psicofísica de Farías, quien se encontraba en tratamiento por crisis de pánico.

A partir de allí, para imponer la pena, el Tribunal valoró las carencias económicas de Farías y la imposibilidad de afrontar los costos que implicaba la manutención de un hogar con muchos integrantes sin posibilidades de autosustento.

En definitiva, declaró la inconstitucionalidad del tope mínimo indicado en la escala penal del art. 5, inc. c), de la Ley 23.737 -4 años de prisión-, pues excedía la medida de la culpabilidad y violaba los principios de proporcionalidad y de humanidad que proscriben la imposición de penas inhumanas, crueles e infamantes, imponiéndole la pena de tres años de prisión cuyo cumplimiento fue dejado en suspenso⁶.

Continuando con el análisis jurisprudencial, me referiré al precedente “Gómez”, un caso de transporte de estupefacientes, resuelto por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

En él, la Cámara, condenó a una pena inferior al mínimo legal por aplicación del principio acusatorio, en tanto el Ministerio Público Fiscal había prestado conformidad al planteo de la defensa, con particular atención al impacto que podría tener una pena de prisión efectiva en los hijos a cargo de la mujer condenada.

El voto de la Dra. Ledesma, que integró la mayoría, valoró que la decisión adoptada resulta acorde con una política pública internacional encaminada a tratar de manera diferenciada los procesos penales en los que las personas imputadas resultan mujeres.

Señaló que “... con criterios aparentemente objetivos, se diseñaron leyes y procedimientos que son aplicados indistintamente a hombres y mujeres. Sin embargo, la paridad de los sexos en estas disposiciones no implica la igualdad material de ellos ante el derecho, más aun cuando se trata de un grupo humano que padece profundas desigualdades y que ingresan a un sistema penal plagado de prácticas jurisdiccionales e institucionales patriarcales, sufriendo así una mayor discriminación y marginación ...”⁷.

⁶ Tribunal Oral Federal de Córdoba 1, expte fcb 12459/2019/to1, “Tejeda y Farías s/ infracción ley 23.737”, rta: 10/8/21.

⁷ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 17362/2014, “Gómez”, rta.: 08/09/2016.

Algo similar sostuvo la Sala IV de la Cámara Federal Casación Penal en **“Zárate y Camargo”** ante el recurso de apelación de la defensa contra la multa impuesta de forma accesoria a la condena por comercio de estupefacientes.

La Cámara sostuvo que es necesario incorporar una perspectiva de género no sólo en la investigación y juzgamiento de los hechos ilícitos, sino también en ocasión de decidir el monto y la modalidad de la pena.

De ese modo señaló que en el caso de colectivos especialmente vulnerables las penas tienen mayor impacto, y para que las sanciones resulten proporcionales, es preciso que se indaguen y evalúen diferentes factores, tales como la maternidad, el rol de cuidado de otras personas dependientes, jefatura de hogar y violencia de género, entre otros.

A partir de allí la Cámara resolvió anular la resolución y devolver lo actuado al Tribunal de origen a fin de que se desinsacule otro Juez para que, previa audiencia de visu con las imputadas, con debate entre las partes y la posibilidad de que aporten toda la información que estimen conveniente, se dirima la controversia en cuanto al monto y la modalidad de cumplimiento de la pena de multa⁸.

III.- Prisión domiciliaria

Precedentemente afirmé que la prisión afecta más intensamente a las mujeres que a los hombres y que ello necesariamente debe ser tenido en consideración por el Juez al momento de determinar la pena a imponer.

Para ello deben tenerse en cuenta dos variables, el monto de la pena y la forma de cumplimiento. En cuanto al monto, me referí largamente en el acápite anterior, me resta entonces abordar lo referente a la forma de cumplimiento.

Lógicamente, se deberán priorizar las penas que no sean de cumplimiento efectivo, pero cuando esto no sea posible, en función del monto de la pena (superior a los tres años de prisión que, conforme al art. 26 CP, deben ser de efectivo cumplimiento), resulta ineludible abordar la posibilidad de cumplimiento domiciliario.

⁸ Cámara Federal Casación Penal, Sala IV, causa N° FMZ 17846/2019/TO1/13/CFC1, “Zarate, y otros s/recurso de casación”, rta: 2/12/21.

A partir de allí, en lo que sigue, enunciaré algunos de los derechos reconocidos en numerosos tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional, que justifican la adopción de medidas alternativas a la cárcel para mujeres, para luego, analizar la regulación brindada por el Código Penal.

a. Principios Constitucionales

i. Principio de no discriminación

Al analizar el arresto domiciliario u otras medidas opcionales a la prisión, resulta necesario tener presente que si bien la cárcel aqueja tanto a los varones como a las mujeres, su significación y ciertos aspectos genéricos de su estructura y funcionamiento, determinan que unos y otras vivan el encierro de forma diferente, y que sus niveles de afectación personal y social sean disímiles⁹.

Ello exige el reconocimiento de las legítimas diferencias de cada persona y un trato basado en las mismas. Por lo tanto, en la privación de la libertad, la discriminación contra las mujeres consiste en la ausencia o incorrecta evaluación, comprensión y atención de sus necesidades particulares.

Como sostiene el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW): “... *no es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre 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 ...*”¹⁰.

ii. Principio de dignidad y proscripción de tratos crueles, inhumanos y degradantes

Si bien toda sanción penal implica un menoscabo o privación de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta ilícita, los daños y sufrimientos padecidos mientras las personas se encuentran privadas de la libertad pueden llegar a constituir una forma de pena cruel, inhumana o degradante, lo que se encuentra vedado por el art. 18 CN.

⁹ En tal sentido, Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, rta: 25/11/06.

¹⁰ Recomendación General 25, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 30° período de sesiones, 2004, pto. II.8.

Por ello es que, tanto al momento de imponer la pena, como en el control de la ejecución, el Juez debe tener en consideración el impacto diferenciado que tiene la cárcel por motivos de género.

En el caso del Penal Miguel Castro Castro, la Corte IDH reconoció que las mismas prácticas penitenciarias, aplicadas a hombres y mujeres de igual manera, pueden tener consecuencias más gravosas en las mujeres madres.

En particular, consideró que la incomunicación con los familiares, que afectó a hombres y mujeres, tuvo mayores consecuencias en el caso de las internas madres, a quienes la falta de contacto con sus hijos les provocó un sufrimiento psicológico adicional.

La Corte IDH concluyó que en esas circunstancias se había violado la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹¹.

iii. Protección especial durante el embarazo

Varios tratados internacionales de derechos humanos reconocen a las mujeres una especial protección, por un período razonable de tiempo, antes y después del alumbramiento (Artículos 12.2, CEDAW; 10.2, PIDESC; 25.2, DUDH; y 7, DADDH).

El Comité de Derechos Humanos también señaló que las mujeres encarceladas que cursen un embarazo deben ser tratadas humanamente y con respeto a su dignidad, sobre todo durante el alumbramiento y en el cuidado de sus hijos recién nacidos¹².

Las Reglas de Bangkok recogen esta preocupación y contienen exigencias específicas en la atención de las necesidades especiales de las mujeres gestantes.

Así establecen, entre otras cosas, que se preferirá imponer penas no privativas de la libertad a las embarazadas y, cuando no sea posible, deberá tenerse en consideración el interés superior del niño (regla 64).

¹¹ *Ibidem*.

¹² Comité de Derechos Humanos, Observación General N°28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000, pto. 15.

iv. Derecho de los niños a crecer en el seno familiar

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños a vivir en familia y a ser cuidados por sus padres (preámbulo y arts. 8 y 9). En sentido coincidente se encuentra el art. 16 del Protocolo de San Salvador.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17) establecen la protección de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad.

De acuerdo con la interpretación de la Corte IDH, la protección de la vida familiar exige al Estado no sólo que se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que adopte medidas positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos¹³.

La separación de los niños de sus progenitores constituye una restricción grave al derecho a crecer en el seno de una familia, y es común que ocurra al inicio del encarcelamiento, o una vez que los niños han alcanzado una determinada edad.

Por ello, las Reglas de Bangkok establecen que en casos de mujeres embarazadas y con niños a su cargo, se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad.

Señalan además que cuando no se pueda, deberá tenerse presente el interés superior del niño, y asegurarse el cuidado de ellos (regla 64).

En tal sentido, la Corte IDH, señaló que la separación, para no resultar desproporcionada, deberá cumplir con los siguientes recaudos: a) estar justificada en el interés superior del niño, b) resultar excepcional, y c) en lo posible, temporal¹⁴.

De este modo, se preserva el interés superior del niño y su derecho a crecer y desarrollarse en su ámbito familiar.

v. Derecho a la vida, a la integridad y al desarrollo integral de niño

¹³ Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala, rta: 24/11/09, párr. 190.

¹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, del 28/8/02, párr. 77.

El derecho de los niños a recibir cuidados y a estar en compañía de su familia, está íntimamente relacionado con la protección de los derechos a la vida, la salud, la integridad y el desarrollo integral.

Los niños separados de sus madres a causa del encierro carcelario suelen ver limitada la posibilidad de comunicación y visita con ellas. Esta falta de contacto fluido afecta su integridad psicofísica¹⁵.

También, el alejamiento del niño de su progenitora, suele implicar, ante la inexistencia de otro adulto responsable, su ingreso en un instituto de menores, donde es descuidado, sometido a un trato negligente, abusivo, a condiciones de vida adversas y con escasas oportunidades de realización personal.

vi. Principio del interés superior del niño

El art. 3 de la CDN establece que en todas las medidas concernientes a los niños, debe atenderse su interés superior.

El deber de protección de los niños se refuerza respecto de quienes están en circunstancias que los vuelven particularmente vulnerables, como es el caso de aquellos separados de su progenitora a causa de su prisionalización, o que conviven con sus madres en un ambiente de riesgo, como en una institución carcelaria.

El Comité de Derechos del Niño, en cuanto a la situación de los hijos de mujeres en conflicto con la ley penal, puntualizó la necesidad de buscar alternativas a la detención de sus madres para asegurar su interés superior¹⁶.

Siguiendo esa línea, las Reglas de Bangkok establecen que se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las mujeres que tengan niños a cargo, y que cuando no sea posible, deberá tenerse presente el interés superior del niño (regla 64).

vii. Derecho del niño a ser oído

El art. 12 de la CDN estipula que en todos los asuntos que afecten al niño, el Estado debe garantizarle el derecho a expresar su opinión y que la misma sea

¹⁵ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, rta: 25/11/06, párr. 340.

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, El derecho del niño a que su interés superior sea un a consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), UN CRC/C/ GC/14, Distr. General 29 de mayo de 2013, párr. 69.

tenida en cuenta. En idéntico sentido se encuentra la Observación General n° 12 del Comité sobre los Derechos del Niño.

El encarcelamiento de la progenitora, provoca una afectación en los derechos de los niños que dependen de sus cuidados, de allí que la palabra de estos sea clave para determinar cuál es su interés superior¹⁷.

b. Regulación del Código Penal

Señalé precedentemente una gran cantidad de normas internacionales, incluso con jerarquía constitucional, que destacan que el Juez, al momento de imponer una pena (y consecuentemente su forma de cumplimiento) a una mujer, debe tener en consideración varias circunstancias propias de su condición.

El legislador argentino, reguló la prisión domiciliaria en el art. 10 CP (replicado en el art. 32 de la ley 24.660) y receptó algunas de las circunstancias mencionadas en los Pactos Internacionales. Sin embargo, a mi criterio, lo hizo parcialmente, e incluso, de forma confusa.

Esta norma, establece que el Juez **podrá** ordenar la prisión domiciliaria en una serie de supuestos, enumeración que tradicionalmente fue considerada taxativa. Sin embargo, la palabra podrá, no implica que el magistrado pueda rechazar discrecionalmente la aplicación del instituto.

La decisión deberá aparecer sustentada en razones que justifiquen la improcedencia de la prisión domiciliaria en el caso, a la luz de los diversos principios de rango constitucional que la norma viene a recoger¹⁸.

De los supuestos enumerados por el Código Penal (y la ley 24.660), dos de ellos están específicamente destinados a regular la situación de las mujeres, concretamente los incisos e y f.

¹⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio; AZZI, Patricia; COPELLO, Héctor; MAGE, Cecilia y TARRAUBELLA, Patricia, “Punición & Maternidad Acceso al arresto domiciliario”, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2015, ps. 15/46, disponible en la web: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Genero%20Arresto%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf>.

¹⁸ D’ALESSIO, Andrés, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, Ed. La ley, 2ª edición, Buenos Aires, 2014, T. I, p. 92.

El primero, contempla los casos de mujeres embarazadas, mientras que el segundo, hace referencia a las madres de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad.

i. Mujeres embarazadas

En este supuesto la ley no contempla exigencias adicionales. De esta manera, bastaría acreditar el estado de gravidez para justificar la procedencia del arresto domiciliario¹⁹.

ii. El límite legal de la edad de los hijos

La norma establece que se podrá conceder la prisión domiciliaria a las madres de los niños menores de cinco años de edad.

En tal sentido, el Tribunal de Justicia CABA ha señalado que dado que este supuesto de prisión domiciliaria se funda, en la necesidad de preservar el vínculo materno filial, el rechazo de esta alternativa sólo podría sustentarse en que su aplicación al caso no constituye un auténtico resguardo de los intereses en que se funda, o bien en la necesidad de atender otros intereses que, en las particulares circunstancias de la causa, resulten prevalecientes -como podría ser el interés público en el cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario en casos de delitos de especial gravedad-²⁰.

El principal problema es que no se vislumbran razones para trazar el límite en esa edad, lo que ha determinado que la restricción sea calificada como arbitraria.

La CDN, en su art. 1, estipula que se entiende por niño "... todo ser humano menor de dieciocho años de edad...". Consecuentemente, hasta la mayoría de edad, los niños se encuentran protegidos por la especial consideración que el Estado debe tener a su respecto.

Indiqué más arriba que lo que determina la prisión domiciliaria en estos casos es la potencial pérdida del vínculo del niño con su madre y las consecuencias que ello les puede traer.

¹⁹ En tal sentido, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 684/2013, "Álvarez Contreras", rta. 20/09/2013; Juzgado Federal de San Ramón de la Nueva Orán, causa n° P-340/02/09; "Merida Becerra Flora", rta. 26/08/2009; Juzgado Nacional de Ejecución N° 3; causa n° 100.461; "J. R. S.", rta. 8/01/2010.

²⁰ TSJ, expte. n° 14787/2020-6, "M., S. y. sobre 5 c ley 23.737", rta: 1/6/22.

No existe entonces una diferencia sustancial entre la desprotección y la potencial pérdida del vínculo que podría sufrir un niño menor de cinco años ante el encarcelamiento de su madre, respecto de otro de mayor edad.

Por consiguiente, una interpretación razonable del inc. f), del art. 10 del CP, debería llevar a que el límite de edad del niño no impida que se conceda el arresto domiciliario a su madre.

Si se quiere ser consecuente con los fundamentos y objetivos de la ley, la edad máxima establecida por el legislador no debería ser interpretada como un límite rígido, sino, más bien, como una pauta orientadora, o como una presunción de acuerdo a la cual corresponde la detención en el domicilio²¹.

iii. Persona con discapacidad

A través del arresto domiciliario de las detenidas que se encuentran a cargo de personas con discapacidad, se intentan proteger los derechos de estas últimas y priorizar su cuidado²².

Sin embargo, como sucede con el caso anterior, advierto que el Código Penal no ha definido correctamente los alcances del supuesto de arresto domiciliario.

Por un lado, no resulta razonable establecer esta posibilidad únicamente para las madres de las personas con discapacidad, y no extender este supuesto a los casos en que tengan otros individuos a su cuidado.

Por otro lado, la norma tampoco estipula con claridad las circunstancias o patologías que quedarían abarcadas bajo el término “discapacidad”.

No se especifica si ella debe estar verificada por la autoridad sanitaria en los términos de la Ley de Protección Integral de Discapitados; si, en el caso de

²¹ En tal sentido, Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 16.452, “Marasco”, rta. 17/07/2013; Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 16.176, “Córdoba”, rta. 14/11/2012; Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° CCC 15214/2013/TO2/1/CFC1, “Aguirre”, rta. 02/07/2014; Cámara Federal de La Plata, Sala III, causa n° 1406/2012/5, “Costa Ponce Rodríguez”, rta. 22/10/2013; Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa n° 15.965, “Sánchez”, rta. 22/08/2012; Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Concepción del Uruguay N° 2, causa n° 9.822, “Senturión”, rta. 4/04/2012; Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, incidente N° 244/08-I-01, “B., M. A.”, rta. 9/10/2009.

²² Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.691, “Naranjo, María Laura s/ recurso de casación”, rta. 29/08/2012.

afectaciones a las facultades mentales, debe ser declarada judicialmente; o si basta con que ciertas circunstancias materiales conviertan a la persona en dependiente de cuidados especiales.

iv. La exigencia de encontrarse a cargo

La ley no es precisa cuando exige que la persona que solicita el arresto domiciliario se encuentre a cargo de la persona con discapacidad.

La norma no define qué significa estar a cargo de una persona, ni tampoco si se puede estar a cargo de forma compartida, o si, por el contrario, sólo puede estarse a cargo de forma exclusiva.

Ni siquiera aclara si dicha exigencia es trasladable al restante supuesto. Es decir, si a la mujer le basta ser madre de un niño menor de cinco años o si también el mismo debe encontrarse a cargo de ella²³.

En mérito a todo lo expuesto resulta evidente que el instituto de la prisión domiciliaria encuentra su razón de ser en principios superiores.

El **principio de culpabilidad** establece que debe existir una proporción entre el hecho cometido y la pena, no sólo en términos cuantitativos (monto de pena), sino también cualitativos (forma de cumplimiento).

A su vez, el **principio de no discriminación** exige al Juez, al momento de imponer una pena (y su modalidad de cumplimiento), tener en consideración las particularidades que atraviesan las mujeres.

Para el caso que así no sea, la pena puede resultar contraria al **principio de la dignidad** y devenir en un **trato cruel, inhumano y degradante**.

Por otro lado, en el caso de mujeres embarazadas y madres, debe buscarse compatibilizar la pena con la protección, por una lado, **de la familia** y por el otro, **de la vida, salud, y la integridad psicofísica del niño**.

A su vez, en estos casos, deberá tenerse en consideración el **interés superior del niño**, y para determinarlo, se le deberá conceder a éste la **oportunidad de**

²³ ANITUA, Gabriel Ignacio; AZZI, Patricia; COPELLO, Héctor; MAGE, Cecilia y TARRAUBELLA, Patricia, ob. cit., ps. 69/105.

expresarse, y su opinión debe ser tenida en cuenta por el Juez al momento de resolver.

A partir de allí, no puedo más que concluir que los supuestos de prisión domiciliaria que recoge el art. 10 del CP no son taxativos, sino enunciativos.

De esta manera, cuando la prisión domiciliaria permita resguardar los principios señalados, el Juez deberá concederla, independientemente que el caso no encuadre en la norma de referencia.

Ello pues el **principio pro homine** obliga a interpretar la ley de la manera que mejor resguarde los derechos de los individuos, mientras que por el **principio de legalidad** no se pueden exigir requisitos no previstos en la ley para restringir el acceso a derechos.

IV.- Ejecución de la pena: avance en el régimen de progresividad

Al momento de analizar la determinación de la pena en las mujeres acusadas por tráfico de drogas, hice referencia al impacto diferenciado que tenía la misma sobre ellas, lo que debía incidir en su duración y en su modalidad de cumplimiento.

Sin embargo, las consideraciones sobre este punto no deben concluir allí. Aún cuando la pena impuesta a la mujer deba ser cumplida en prisión, la forma de ejecución debe ser diseñada con perspectiva de género.

La finalidad de la pena es lograr la resocialización de la persona (art. 10.3 PIDCYP). Para ello, la ley de ejecución penal (24.660) regula un tratamiento compuesto por distintas fases que debe ir atravesando la persona detenida.

Se busca que paulatinamente vaya adquiriendo pautas positivas de comportamiento y herramientas que le permitan reinsertarse a la sociedad.

Incluso, con el tiempo, la persona empezará a tener contacto con el exterior, con salidas transitorias, pudiendo lograr una libertad anticipada, ya sea a través de la libertad condicional y/o la libertad asistida, institutos hoy vedados para condenados por comercio de estupefacientes conf. art. 14, inc. 10, CP y art. 56 bis, inc. 10, ley 24.660.

Sin embargo, la procedencia de estos institutos deberá interpretarse a la luz de los principios constitucionales ya tratados al analizar el arresto domiciliario (el principio de no discriminación, el principio de dignidad de las personas, la

prohibición de recibir un trato cruel, inhumano y degradante, la protección de la mujer embarazada, de la familia, de la vida, la salud y la integridad física de los niños, el interés superior del niño y el derecho de este a ser oído).

Ello podrá determinar que las mujeres detenidas puedan gozar de la libertad de forma anticipada, a través de los institutos receptados en la ley 24.660, pese a no reunir todos los requisitos legales²⁴. También, siguiendo esa línea, las mujeres extranjeras detenidas podrán acceder a la expulsión anticipada en los términos del art. 58 ley 25.871 (extrañamiento).

Respecto a estas últimas, se ha afirmado que las reclusas extranjeras constituyen un grupo cuyas condiciones particulares (falta de lazos afectivos y familiares cercanos, posible desconocimiento del idioma y del funcionamiento de las instituciones, hostilidad social por su condición de migrante), exacerbaban los problemas que comúnmente enfrentan las mujeres privadas de libertad y agravan las condiciones en las que viven el encierro.

En tal sentido, el Comité de Eliminación de Discriminación Racial (CERD), estableció que los Estados deberían hacer todo lo posible para que estas mujeres se beneficien de un régimen especial de ejecución de la pena²⁵.

Las Reglas de Bangkok contemplan las afecciones específicas que afrontan las mujeres extranjeras, así como también las pertenecientes a grupos minoritarios o a pueblos indígenas.

En cuanto a las primeras, la Regla 53 señala que, cuando existan acuerdos bilaterales o multilaterales, se estudiará la posibilidad de trasladar lo antes posible a las reclusas extranjeras no residentes a su país de origen, en particular si tienen hijas o hijos en él y ellas así lo soliciten.

Con relación a las segundas, la Regla 54 prevé la necesidad de que las reclusas cuenten con programas y servicios que atiendan a las diversas tradiciones religiosas y culturales²⁶.

²⁴ POMA, Gala y ESCANDAR, Nicolás, ob. cit., ps. 12 y 14.

²⁵ Comité de Eliminación de Discriminación Racial, Recomendación General n° 31, sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, del 2005, párr. 41.

²⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio; AZZI, Patricia; COPELLO, Héctor; MAGE, Cecilia y TARRAUBELLA, Patricia, ob. cit., ps. 33/5.

Siguiendo esta línea, la CIDH advirtió sobre el riesgo enfrentado por diversos grupos de mujeres, entre ellos, las migrantes, las indígenas y las afro-descendientes, en el ejercicio de sus derechos humanos, riesgo que debe ser considerado por los Estados en la adopción de políticas, programas e intervenciones vinculadas con el acceso a la justicia y el funcionamiento del Poder Judicial²⁷.

Estos principios fueron recogidos por la jurisprudencia. En el caso “Bástidas Bravo”, una extranjera que estaba cumpliendo pena en el país, la defensa planteó el extrañamiento, que permitía la expulsión del país y consecuentemente la extinción de la pena, pese a que no se encontraban cumplidos los requisitos legales, concretamente el cumplimiento de la mitad de la condena.

Para ello alegó el interés superior del niño, en atención a que la nombrada tenía dos hijas menores de edad en su país de origen (de 6 y 8 años), quienes necesitaban a su madre, toda vez que quienes se encontraban a su cuidado, su padre y su tía, trabajaban largas jornadas.

El Tribunal Oral Federal 2 decidió no hacer lugar al pedido y ante el recurso de la defensa la cuestión llegó a la Cámara Federal de Casación Penal que resolvió anular la resolución y reenviar el caso al Tribunal Oral a fin de determinar la realidad del núcleo familiar de Bástidas y sus integrantes, para evaluar si se encuentra comprometido el interés superior del niño²⁸.

En sentido similar, haciendo lugar a la expulsión anticipada, se encuentran los casos “Havrova” (una extranjera detenida, madre de dos niños de dos y siete años que vivían en Letonia y que iban a ser institucionalizados en virtud de la detención del padre)²⁹; “González Artiles” (extranjera detenida sin ningún vínculo en el país, madre de un niño de ocho años)³⁰ y “Rowena Villacruz” (extranjera detenida, madre de un niño de dos años de edad que se encontraba viviendo en Filipinas al

²⁷ CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013, párr. 83, y CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011, párr. 308.

²⁸ CFCP - Sala I FSA 1857/2017/TO1/2/1/CFC1, “Bastidas Bravo”, rta: 17/9/18, ps. 9/10.

²⁹ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.153, “Havrova”, rta. 11/12/2012.

³⁰ Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.643, “González Artiles”, rta. 28/06/2013.

cuidado de su tía, quien no contaba con los recursos económicos suficientes para solventar los gastos de mantenimiento del niño ni tenía su guarda legal)³¹.

V.- Conclusión

Comencé el trabajo señalando que su objeto era dar tratamiento a las particularidades que debería tener la pena en los casos de mujeres condenadas por tráfico de estupefacientes.

Anuncié que iba a abordar la magnitud de la pena que correspondía en este tipo de casos, ya sea desde su aspecto cuantitativo (cantidad), como cualitativo (modo cumplimiento).

Sobre el primer punto, manifesté que la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y que por tanto debe operar como principal indicador del máximo de la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre el sujeto.

Afirmé que el tiempo en el que se cumple la pena no es lineal, sino existencial y que por lo tanto, cuando se aplica una pena de privación de libertad, el Juez debe tener en cuenta el daño que el castigo ocasiona al proyecto de vida de la persona.

Señalé entonces que una de las principales circunstancias que debe ponderarse es el género y la maternidad, pues en estos supuestos, el daño que la pena de prisión ocasiona al proyecto existencial es particularmente intenso, ya que implica, además de la privación de la libertad ambulatoria, la separación de la madre de sus hijos por un largo tiempo.

Por ello concluí que la pena estatal, en determinados casos, hiere más intensamente a las mujeres que a los hombres debiendo entonces ser castigadas con menor intensidad, ya sea, tanto cuantitativamente, como cualitativamente.

Enuncié que de soslayarse estas circunstancias el ataque estatal resultará desproporcionado por causar una lesión demasiado severa, convirtiéndose la pena en un trato cruel, inhumano y degradante y, por lo tanto, prohibida por nuestra Constitución.

³¹ Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa Nro. 15.793, “Villaruz Castillo”, rta. el 19/06/2013.

A partir de allí afirmé que los mínimos de las escalas penales no deberían tener otro alcance que meramente indicativo, pues una pena mínima fija podría no ajustarse al reproche a realizarse al sujeto por lo que hizo.

En cuanto al análisis cualitativo de la proporcionalidad de la pena, concretamente sobre la prisión domiciliaria, señalé que encuentra su razón de ser en principios con jerarquía constitucional.

En primer lugar, en el principio de no discriminación, que exige que al momento de imponer una pena se tengan en consideración las particularidades de cada persona.

Por otro lado, en el caso de mujeres embarazadas y madres, la pena debe compatibilizarse con la protección, por un lado, de la familia y por el otro, de la vida, la salud, y la integridad psicofísica del niño.

Por último, deberá tenerse en consideración el interés superior del niño, y para determinarlo, se le deberá conceder al niño la oportunidad de ser oído.

Para el caso que no se respeten estos principios, la pena puede resultar contraria al principio de la dignidad y devenir en un trato cruel, inhumano y degradante.

A partir de allí concluí que los supuestos de prisión domiciliaria que recoge el art. 10 del CP no son taxativos sino enunciativos.

Es decir que aún en los casos que no encuadren en ninguno de dichos supuestos, el Juez podrá conceder la prisión domiciliaria, en aras de tutelar principios como los señalados, que tienen jerarquía constitucional.

Incluso, señalé que los principios antes reseñados, podían determinar que las mujeres detenidas avancen en el régimen de ejecución y gocen de la libertad de forma anticipada pese a no reunir todos los requisitos legales para ello (salidas transitorias, libertad condicional, libertad asistida y extrañamiento).

En definitiva, la respuesta que debe dar el sistema penal no puede soslayar las particularidades de cada persona.

En efecto, cada persona debe responder por lo que hizo, en la medida de la culpabilidad demostrada, y la pena que se imponga debe tender a su resocialización pero sin trascender a terceros.

Tales afirmaciones tienen sustento constitucional y no pueden ser discutidas. Algo que parece tan sencillo vemos como se dificulta cuando lo llevamos a la práctica.

Espero los lineamientos brindados, y los fallos citados, sirvan para profundizar el análisis sobre una cuestión tan importante como es el alcance (y los límites) de la mayor violencia que legítimamente ejerce un Estado, la aplicación de una pena privativa de la libertad.

VI.- Bibliografía

- POMA, Gala y ESCANDAR, Nicolás, “Estudios sobre jurisprudencia. Perspectiva de género, retribución y castigo proporcional. Impacto diferenciado y pena de prisión”, <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2019.05.%20Perspectiva%20de%20g%C3%A9nero,%20retribuci%C3%B3n%20y%20castigo.%20Impacto%20diferenciado%20y%20pena%20de%20prisi%C3%B3n.pdf>.
- ANITUA, Gabriel Ignacio; AZZI, Patricia; COPELLO, Héctor; MAGE, Cecilia y TARRAUBELLA, Patricia, “Punición & Maternidad Acceso al arresto domiciliario”, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2015, disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Genero%20Arresto%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf>.
- D’ALESSIO, Andrés, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, Ed. La ley, 2ª edición, Buenos Aires, 2014, T. I.
- Recomendación General 25, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 30º período de sesiones, 2004.
- Comité de Derechos Humanos, Observación General N°28, Igualdad de derechos entre hombres y mujeres (artículo 3), 29 de marzo de 2000.
- Comité de Eliminación de Discriminación Racial, Recomendación General n° 31, sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento de la justicia penal, del 2005.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, El derecho del niño a que su interés superior sea un a consideración

- primordial (artículo 3, párrafo 1), UN CRC/C/ GC/14, Distr. General 29 de mayo de 2013.
- TEDH, Case of Khamtokhu and Aksenchik v. Rusia, rta: 24/1/17.
 - CIDH, Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13, 30 de diciembre de 2013.
 - CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica, OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 de diciembre de 2011.
 - Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, rta: 25/11/06.
 - Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala, rta: 24/11/09.
 - Corte IDH, Opinión Consultiva OC 17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, del 28/8/02.
 - Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú, rta: 25/11/06.
 - Tribunal Oral Penal Económico N°1, causa n° CPE 1253/2014/TO1, “Arce”, rta: 2/8/21.
 - Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Catamarca, causa n° 5857/2014, caratulados “Caballero Flores y otros”, rta: 30/11/15.
 - Tribunal Oral Federal de Córdoba 1, expte fcb 12459/2019/to1, “Tejeda y Farías s/ infracción ley 23.737”, rta: 10/8/21.
 - Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 17362/2014, “Gómez”, rta.: 08/09/2016.
 - Cámara Federal Casación Penal, Sala IV, causa N° FMZ 17846/2019/TO1/13/CFC1, “Zarate, y otros s/recurso de casación”, rta: 2/12/21.
 - Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 684/2013, “Álvarez Contreras”, rta. 20/09/2013.
 - Juzgado Federal de San Ramón de la Nueva Orán, causa n° P-340/02/09; “Merida Becerra Flora”, rta. 26/08/2009.
 - Juzgado Nacional de Ejecución N° 3; causa n° 100.461; “J. R. S.”, rta. 8/01/2010.
 - TSJ, expte. n° 14787/2020-6, “M., S. y. sobre 5 c ley 23.737”, rta: 1/6/22.

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 16.452, “Marasco”, rta. 17/07/2013.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 16.176, “Córdoba”, rta. 14/11/2012.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° CCC 15214/2013/TO2/ 1/CFC1, “Aguirre”, rta. 02/07/2014.
- Cámara Federal de La Plata, Sala III, causa n° 1406/2012/5, “Costa Ponce Rodríguez”, rta. 22/10/2013.
- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, causa n° 15.965, “Sánchez”, rta. 22/08/2012.
- Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional de Concepción del Uruguay N° 2, causa n° 9.822, “Senturión”, rta. 4/04/2012.
- Juzgado Federal de Santa Rosa, Secretaría en lo Criminal y Correccional, incidente N° 244/08-I-01, “B., M. A.”, rta. 9/10/2009.
- Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.691, “Naranjo, María Laura s/ recurso de casación”, rta. 29/08/2012.
- CFCP - Sala I FSA 1857/2017/TO1/2/1/CFC1, “Bastidas Bravo”, rta: 17/9/18, ps. 9/10.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 15.153, “Havrova”, rta. 11/12/2012.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Causa N° 16.643, “González Artiles”, rta. 28/06/2013.
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Causa Nro. 15.793, “Villaruz Castillo”, rta. el 19/06/2013.