

TENENCIA COMPARTIDA Y RELACIONES DE PAREJA: COMENTARIO A FALLO¹

Berenice Olmedo²

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es comentar ciertas resoluciones que se dictaron en un caso de Córdoba³, donde se procesó como coautora de transporte de estupefacientes⁴ a una mujer cuya principal (y única) vinculación con la sustancia ilícita había sido la proximidad con ésta. Dicha proximidad se explicaba por la relación sentimental que existía entre la mujer y el coimputado.

Como es sabido, el transporte de estupefacientes es una figura delictiva que se asienta sobre la tenencia de la sustancia, en una faz dinámica pues supone su desplazamiento de un lugar a otro (Falcone, 2014, p. 243). De modo general podemos decir que tener, a los fines de la Ley 23.737, supone ejercer una relación de poder y control sobre la sustancia estupefaciente, con conocimiento de su presencia y voluntad de tener; en definitiva, se requiere poder de disposición (Varela y Di Corleto, 2019).

Nos detendremos en el supuesto de tenencia compartida. Se da cuando dos o más personas han tenido contacto con el estupefaciente o bien éste ha sido hallado en un ámbito ocupado de forma permanente o transitoria por varias personas. La tenencia compartida presenta dificultades especialmente a nivel probatorio, que suelen pasarse por alto sobre todo en la primera etapa del proceso. No obstante, dentro de ese universo hay casos de mayor complejidad que otros.

Aquí, a partir de un caso concreto, vamos a abordar la situación de aquellas mujeres que resultan inculpas como consecuencia de su vínculo de confianza e intimidad con un compañero sentimental. Ya sea porque ese vínculo motivó su presencia en el lugar del hallazgo o porque permite atribuirles conocimiento (real o presunto) sobre el obrar ilícito ajeno.

Entendemos que se verifican los problemas habituales vinculados a la determinación efectiva del vínculo con el estupefaciente, sumados a la falta de perspectiva de género a la hora de

¹ Cítese como Olmedo. 2023. Tenencia compartida y relaciones de pareja: comentario a fallo, *Estudios sobre jurisprudencia*, 316-328.

² Abogada (UNC). Especialista en Derecho Penal (UNC-UNL). Prosecretaría Letrada de la DPO ante los Tribunales Federales de 1ra. y 2da. Instancia de Córdoba.

³ Véase: V. S. S y Otro S/Infracción Ley 23.737 Solicitante: Unidad de reunión de información Córdoba, Gendarmería Nacional” FCB 007463/2023.

⁴ Véase: Ley 23.737, B. O. 11/10/1989. Art. 5: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo: (...) c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte”.

valorar la prueba e interpretar el tipo penal. Incluso pueden aparecer sesgos o estereotipos derivados del rol de género atribuido tradicionalmente a las mujeres.

En dicho marco, primero relataremos las circunstancias fácticas relevantes para entender el caso, luego reseñaremos las resoluciones que fueron relevantes para definir la situación procesal de la acusada y finalmente haremos algunas reflexiones en torno a los argumentos utilizados, que puedan ser de utilidad para cuestionar la atribución de responsabilidad penal en casos similares.

2. EL CASO

La investigación comenzó en septiembre de 2021, a partir de una llamada anónima recibida por personal de Gendarmería Nacional. Se brindó el dato de que una pareja proveniente de Salta había ingresado a la ciudad de Córdoba, que el hombre era pasante de estupefacientes como “capsulero” y que la mujer podía estar realizando la misma actividad, señalando sus nombres y el hotel donde estaban alojados.

Con esa información el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba ordenó el allanamiento del hotel, la requisita de sus ocupantes en general y de la pareja en particular. La habitación fue individualizada en el mismo momento de diligenciar la orden; en su interior estaban J.B. P. Q., V. S. S. y un niño de tres años hijo de esta última.

Al ser interrogados por el personal interviniente, J. B. P. Q. manifestó que había estupefacientes en el ropero. V. S. S., por su parte, se mostró sorprendida, asustada y negó haber tenido conocimiento de esa situación. A continuación, se secuestraron:

- Treinta y seis cápsulas que presumiblemente contenían cocaína, que estaban en una bolsa tapada con una frazada dentro del ropero;

- Siete cápsulas similares, que presentaban restos de materia fecal y estaban dentro de una bolsa colgada detrás del bidet, en el baño;

- Dos bolsitas con 1 gr. de marihuana cada una, que estaban en el bolsillo del pantalón que vestía J. B. P. Q.;

- Dos billetes de cien dólares estadounidenses (200 USD) en poder de V. S. S.

J. B. P. Q. logró evacuar tres cápsulas; no obstante, debió ser intervenido quirúrgicamente para extraer otras tres. V. S. S. y su hijo no tenían cápsulas en el organismo. En total se secuestraron cuarenta y nueve (49) cápsulas. La pericia química determinó que contenían 578 gramos de una mezcla de clorhidrato de cocaína y cloruros.

Al prestar declaración, V. S. S. negó haber tenido conocimiento sobre el material estupefacientes de forma previa a la llegada al hotel. Explicó que era novia de J. B. P. Q., sin

convivir con él; además, que había aprovechado el viaje para visitar a una hermana que vivía en una ciudad cercana a Córdoba pues J. B. P. Q. había pagado los pasajes. Por último, señaló que unos meses atrás también lo había acompañado, pero que ella se había quedado directamente en casa de su hermana.

2.1 El auto de procesamiento:

El juez de instrucción dispuso el procesamiento de ambos como autores de transporte de estupefacientes⁵. En lo que aquí interesa, tuvo en cuenta que:

- V. S. S. efectivamente había viajado en transporte de larga distancia desde la Provincia de Salta a esta ciudad;

- *“...se pudo constatar que la bolsa que contenía las cápsulas con material estupefaciente se habría encontrado dentro del ropero de la habitación del hotel y detrás del bidet, pero habrían estado a ‘simple vista’”.*

- Se habían secuestrado dos billetes de cien dólares estadounidenses en su poder:

...situación que analizada en conjunto con su nivel socioeconómico, me lleva a suponer que el dinero en cuestión habría estado vinculado a la actividad ilícita que se encontraban desplegando. Ello, me lleva a presumir, con el grado de probabilidad requerido en esta etapa procesal, que [V. S. S.] habría tenido pleno conocimiento de que se encontraban transportando material estupefaciente.

2.2 La resolución de la Cámara Federal de Córdoba:

Llegado el caso a la Cámara Federal de Córdoba por el recurso de apelación presentado por la defensora oficial de V. S. S., la Sala B confirmó, por mayoría, la resolución de primera instancia⁶. Como se verá a continuación, convalidó la resolución de primera instancia reiterando los argumentos de aquella.

En efecto, el juez Sánchez Torres, a cuyo voto adhirió el juez Ávalos, entendió que:

...la imputada no aparece en la escena del hecho como una mera espectadora de la conducta delictiva... existen en la causa ciertos indicios de magnitud suficiente para atribuirle participación en el hecho de transporte de dicho material, más allá de las manifestaciones del propio Peláez, de la actitud sorpresiva que habría demostrado [V. S. S.] al momento que ingresa personal policial, como así también, del hecho de que no hubiera tenido cápsulas en el interior de su estómago.

Esos indicios, a su criterio, habían sido los siguientes:

⁵ Véase: V. S. S y Otro S/Infracción Ley 23.737 Solicitante: Unidad de reunión de información Córdoba, Gendarmería Nacional” FCB 007463/2023.

⁶ Véase: “Legajo de Apelación en autos: V. S. S por infracción Ley 23.737, Cámara Federal de Córdoba, Sala B, FCB 7463/2021/3/CA1, resolución del 26/05/2022.

- Las bolsas con cápsulas estaban a simple vista (según había declarado uno de los intervinientes en el procedimiento);

- V. S. S. estaba en la habitación donde se halló el material estupefaciente;

- V. S. S. tenía consigo dos billetes de cien dólares estadounidenses. De allí infirió que V. S. S. *“...no sería ajena a la actividad ilícita ya descrita, dado que la droga habría estado a la vista y la suma de dinero que portaba, no se correspondería con su nivel socioeconómico [...]...”*.

El voto en disidencia contiene un análisis más pormenorizado sobre los elementos de prueba incorporados a la causa y las distintas formas de participación a la luz del tipo penal. En este sentido, la jueza Navarro postuló que debía revocarse el procesamiento y en su lugar dictar falta de mérito a favor de V. S. S. Partió de considerar que la supuesta participación de la imputada se basaba exclusivamente en que ésta:

“...venía como acompañante del imputado Juan Bernardo Peláez Quiroga, desde Tartagal a esta ciudad, en un colectivo de larga distancia que cubría la ruta Salta-Córdoba y que la nombrada se encontraba presente en la habitación del hotel donde se secuestró la cantidad de aproximadamente medio kilo de clorhidrato de cocaína...”. Advirtió que *“...dichas circunstancias no alcanzan por sí solas para endilgarle a [V. S. S.] el hecho de transporte del material ilícito incautado.*

La magistrada concluyó que había duda sobre la existencia de disposición y custodia de V. S. S. sobre el estupefaciente, por lo tanto descartó su intervención como coautora. Tuvo en cuenta:

- El informe remitido por personal del hotel, del cual surgía que el coimputado había abonado la habitación y que en julio de 2021 se había alojado en una habitación individual.

- Las manifestaciones del coimputado durante el allanamiento, concretamente, que sólo él había referido tener estupefacientes.

- La actitud y manifestaciones espontáneas de V. S. S. en el mismo momento.

Además, consideró que no se habían encontrado dentro del ropero (donde estaba parte del estupefaciente) ropa ni elementos personales de V. S. S. ni de su hijo, que ni ella ni el niño llevaban cápsulas (corroborado mediante placas de tórax), que no registraba antecedentes penales según constaba en el informe del Registro Nacional de Reincidencia y que no vivía en el mismo domicilio que el coimputado. Todo eso, sumado a la explicación suministrada por V. S. S. al prestar declaración.

La magistrada también concluyó que la conducta de V. S. S. estaba fuera del campo de la complicidad, tanto primaria como secundaria. Afirmó, en consecuencia, que había sido una mera compañía. Para llegar a esa conclusión utilizó doctrina sobre las acciones neutrales:

Y es en este punto donde traigo a colación el comentario de Thomas Wigend al tratar *“Los límites de la complicidad punible”* en el Código Penal alemán, cuando trata la

discusión que impera en la doctrina alemana acerca de la problemática de los límites objetivos y/o subjetivos que excluyen la incriminación de conductas que favorecen la comisión de delitos, cuando no excedan del marco de lo cotidiano y socialmente acostumbrado. Esta forma de participación en el delito comprende, acciones que aparecen como neutrales y cotidianas, cuyo carácter delictivo no se manifiesta abiertamente (Revista de Derecho Penal. Autoría y Participación – II. Director Edgardo Alberto Donna. Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 63). De acuerdo con ello, “...sostengo que la conducta de la encartada [V. S. S] individualmente considerada, no se corresponde con la típica imagen de la participación criminal, sino que se mantiene dentro de los parámetros de lo que socialmente se puede esperar de una mujer que acompaña a su concubino de viaje.

Por último, sostuvo que, aun en caso de que aparecieran nuevos elementos que indicaran que V. S. S. ocultaba estupefacientes en la habitación, su conducta no constituiría encubrimiento pues estaría alcanzada por la excusa absolutoria prevista en el art. 277 inc. 4 del Código Penal, por encuadrar en la causal de “amistad íntima”. Dijo que “...la ley juzga necesario resguardar en atención a las motivaciones familiares o afectivas que inspiraron la realización de la figura típica”.

Entendemos que la magistrada realizó un análisis adecuado del caso, pero que las razones dadas en rigor permitían dictar el sobreseimiento de la imputada, por ser evidente que ella no participó, o bien que procedía una excusa absolutoria a su favor (art. 336 inc. 4 o 5, CPPN)⁷.

2.3 La sentencia definitiva:

V. S. S. fue absuelta en virtud del art. 3 del CPPN, en el marco de un juicio abreviado (art. 431 bis, 2° párrafo del CPPN). En la misma oportunidad, el coimputado fue condenado por transporte de estupefacientes a la pena de cuatro años de prisión y multa de 45 unidades fijas⁸.

El representante del Ministerio Público Fiscal entendió que “se impone un estado de duda insuperable respecto de la participación responsable de la acusada en la maniobra investigada, situación que impide arribar a una conclusión de certeza positiva sobre la autoría de la acusada en el hecho imputado”. El tribunal consideró que la solicitud de absolución estaba fundada y, en consecuencia, aplicó la pacífica jurisprudencia de la CSJN en “Mostaccio”⁹. Por lo tanto, no ingresó a la valoración de la prueba ni analizó los requisitos del tipo penal.

3. COMENTARIO

⁷ “(L)a evidencia a la que se pueda arribar por el aporte de prueba negativa sobre aquellos extremos fácticos o jurídicos (certeza negativa) de la imputación delictiva, debe asimilarse a la falta total de prueba positiva de responsabilidad penal... El dictado del sobreseimiento no debe limitarse, entonces, a los casos en que está probado que el imputado no ha cometido el hecho o que lo ha cometido en circunstancias que le eximan de pena, **sino que debe extenderse a aquellos en que ninguna prueba exista de su culpabilidad [...]**” (el destacado me pertenece) (Cafferata y Tarditti, 2003, p. 88).

⁸ Véase: “V. S. S y otro s/ Infracción a la Ley 23.737”, FCB7463/2021/TO1, TOCF N° 2, Sala Unipersonal integrada por la jueza Costa, sentencia de fecha 15/12/2022.

⁹ Véase: “Mostaccio”, CSJN, del 17/02/04. En el mismo sentido: “Tarifeño” del 28/12/89, “García” del 22/12/94, “Cattonar” del 13/6/95.

3.1. Deficiente valoración probatoria. Falta de poder y control sobre la sustancia

El caso presenta varias aristas. Lo primero que se advierte es la inexistencia de prueba suficiente para sostener, con grado de probabilidad positiva, la existencia de los extremos de la imputación. Esto es, que la imputada haya trasladado dentro de su cuerpo o en sus pertenencias sustancia estupefaciente, o bien que conociera que el coimputado trasladaba estupefacientes y que, acuerdo mediante, tuviera algún tipo de intervención en ese traslado.

Recuérdese que para atribuir coautoría de un delito es necesario acreditar dos extremos: 1) que la persona imputada realizó un aporte en la faz ejecutiva y 2) que existió una decisión común al hecho. Explica Donna citado por Carrera (2019) que:

En caso de pluralidad de personas, se definen como coautores los que toman parte en la ejecución del hecho codominándolo. En concreto, existe coautoría cuando según el plan de los intervinientes se distribuyen los aportes necesarios para la ejecución, sea en todos o en diferentes estadios del delito, de manera que personas no participantes de la ejecución codeterminan la configuración de éste”.

Como explica Falcone (2014), el delito de transporte de estupefacientes desde el punto de vista objetivo:

...se comete por medio del traslado del estupefaciente como acto constitutivo del ciclo económico del tráfico ilícito previo a la distribución o venta.”. Mientras que desde el punto de vista subjetivo “...requiere que el sujeto tenga conocimiento y voluntad sobre: a) la conducta que lleva a cabo; b) el objeto del delito; c) dicha conducta requiere un elemento subjetivo dinámico o propagador que apunta a convertir al transportista en un engranaje del tráfico ilícito; él debe saber que la sustancia será distribuida a terceros para su comercialización, o meramente con ánimo de cooperar que otros lo hagan; y d) la antijuridicidad de la conducta...

En este caso no se acreditó que V. S. S. tuviera poder y control sobre el material. Lo único que se comprobó respecto a ella es que estaba presente en el lugar donde se secuestró sustancia estupefaciente, que había viajado en un colectivo de larga distancia junto a su pareja y que tenía USD 200 en su poder.

Entendemos que esos datos sólo permiten tener por acreditadas conductas neutras, habituales e inocuas, que consideradas en sí mismas carecen de significado delictivo¹⁰. Por otra parte, si bien el estupefaciente fue encontrado en lo que socialmente se puede considerar como “esfera de custodia” de V. S. S., esa noción no alcanza para atribuirle poder de disposición sobre aquel¹¹, mucho menos al tratarse de un espacio que también ocupaba otra persona.

¹⁰ Señalan algunos autores: “la conducta estereotipada e inocua de una persona que se limitó a convivir o a trasladarse con alguien que tenía estupefaciente no eleva el riesgo permitido y por tanto no se le puede imputar objetivamente la tenencia: se trata de la aplicación de la denominada ‘prohibición de regreso’” (Varela y Di Corleto, 2019).

¹¹ Explica la doctrina que “al igual que en los delitos de apoderamiento, que el objeto se encuentre en la ‘esfera de custodia’ del autor puede no ser suficiente para verificar, más allá de toda duda razonable, que existía una tenencia. Ello, porque el hecho de que una sustancia estupefaciente sea encontrada en el ámbito de la esfera de

Un dato fundamental es que parte de la sustancia todavía estaba en el organismo del coimputado al momento del allanamiento y que, según surge de la práctica forense, la cantidad de estupefaciente (49 cápsulas que en total sumaban 578 gr. de clorhidrato de cocaína y cloruros) era compatible con su traslado en el organismo de una sola persona¹². Además, que:

- V. S. S. y su hijo no tenían estupefacientes en el cuerpo ni en sus pertenencias;
- Ella carecía de antecedentes penales, mientras que el coimputado registraba condena previa por transporte de estupefaciente (por un hecho cometido en 2016);
- El coimputado había pagado la habitación del hotel y meses atrás él también se había alojado allí, en una habitación individual. Esto confirmaba la posición exculpatoria de la imputada (sobre un viaje anterior en el que ella se había quedado en casa de su hermana), a la vez que la colocaba en un plano carente de protagonismo.
- No hubo investigación previa (intervenciones telefónicas, seguimientos, etc.); tampoco se levantaron huellas digitales de las bolsas ni del lugar donde se encontró el estupefaciente.
- La pericia sobre los teléfonos celulares secuestrados no logró extraer información, mientras que aquella extraída a través de las 2 SIM card y la tarjeta de memoria no era de interés.

Queremos destacar asimismo que el secuestro de una suma no exorbitante de dinero no constituye un indicio unívoco de participación en un hecho delictivo, aun tratándose de moneda extranjera. Al contrario, la experiencia indica que al emprender un viaje es normal llevar más dinero que de costumbre para poder afrontar cualquier imprevisto, sobre todo al viajar con niños. Por lo tanto, esa acción necesariamente debe ser contextualizada para adquirir relevancia como indicio de una conducta delictiva.

En este sentido, la suposición de que el dinero habría estado vinculado a la actividad ilícita, sin explicar cómo, haciendo referencia únicamente al nivel socioeconómico de la persona imputada, no sólo es una afirmación dogmática sino también prejuiciosa. Esto al asumir que una persona de condición socioeconómica humilde sólo puede tener dinero como producto de un delito (una suma que, reiteramos, a la fecha del hecho atribuido no era exorbitante).

custodia de una persona no asegura que ésta haya tenido el poder de disponer de ella. En otras palabras, la noción de 'esfera de custodia' al estar conformada por reglas de atribución social, puede funcionar como una máxima de la experiencia que permite inferir que alguien tiene el control sobre una cosa; pero no asegura sin más que haya existido un poder de disposición sobre el objeto" (Varela y Di Corleto, 2019).

¹² Recientemente, en noviembre de 2023, un ciudadano brasileño fue detenido en el Aeropuerto Internacional de Ezeiza por llevar dentro de su cuerpo 84 cápsulas con un total de 1.134 gr. de cocaína. Véase: <https://www.ambito.com/economia/aduana-detuvo-dos-mulas-que-viajaban-europa-137-capsulas-cocaina-el-cuerpo-n5869995>.

Por otro lado, tampoco había prueba para afirmar con grado de probabilidad que V. S. S. conocía que su pareja trasladaba sustancia estupefaciente en su cuerpo hasta los momentos previos al allanamiento. Es que el traslado de estupefaciente dentro del organismo (ingiriendo las cápsulas) es un evento imperceptible para un observador externo.

Ya hemos mencionado que una de las personas que diligenció la orden de allanamiento relató que V. S. S. había reaccionado con sorpresa y temor, negando tener conocimiento y relación con el estupefaciente. Es decir, de forma coincidente con lo que ella refirió al prestar declaración.

Si bien según esa misma declaración las bolsas con cápsulas estaban “a simple vista”, se trata de una apreciación discutible pues una bolsa estaba dentro del ropero y la otra en el baño detrás del bidet. De todas formas, a lo sumo permite afirmar que la imputada tenía o podía haber tenido conocimiento sobre la presencia del estupefaciente *en ese momento*. No brinda información sobre los momentos previos a la llegada al hotel, lugar donde se evacuaron las cápsulas (aquellas encontradas en el baño tenían restos de materia fecal).

Tampoco se hizo el esfuerzo a nivel argumental para explicar por qué la conducta de viajar junto a otra persona, o de acompañarla, tendría entidad para constituir un aporte de carácter delictivo. Podría pensarse, en abstracto, que con esa compañía se buscaba dar una imagen de familia y así desviar posibles controles. Sin embargo, esa suposición desprovista de prueba objetiva no podría aceptarse ya que, por un lado, impediría a la mujer efectuar cualquier viaje junto a un hombre por temor a que se malinterprete su presencia; por otro, porque nada dice sobre el elemento subjetivo (v. gr., si la mujer sabía que su compañía estaba siendo utilizada para tal fin). Aquí no se acreditó ningún tipo de acuerdo entre ambos.

3.2 Insuficiencia del mero conocimiento para configurar el dolo

Consideramos también que tanto la resolución de primera instancia (procesamiento) como la resolución de segunda instancia que la confirmó (el voto de la mayoría) contiene problemas relativos a la interpretación y aplicación del tipo penal. Porque parecería que ambas basan el reproche penal sobre el conocimiento que V. S. S. tenía o debería haber tenido respecto de la existencia de estupefaciente en poder de su pareja. En otras palabras, que el conocimiento sumado a la cercanía bastaría para atribuir la tenencia compartida del estupefaciente.

Disentimos con esa interpretación. Entendemos que, aun en casos donde una persona conozca que su compañero de viaje transporta (es decir, tiene) estupefaciente en su organismo, pertenencias o vehículo, ese mero conocimiento es insuficiente para configurar el dolo requerido por el tipo penal.

Es necesario recordar los requisitos que habilitarían el reproche de aquellos delitos que se asientan en una tenencia de estupefacientes. Al respecto, Varela y Di Corleto (2019) explican con mucha claridad que:

La definición de la tenencia como ‘poder y control’ sobre la cosa exige que el sujeto activo tenga algo más que conocimiento sobre su existencia. En efecto, **saber de la presencia de material estupefaciente no asegura que exista una relación de ‘poder y control’ pues puede darse el primero sin el segundo**. Es más, las variantes pueden incluir mayor o menor cercanía con el objeto que el legislador ha definido como prohibido, pero lo relevante será establecer el poder de disposición sobre la cosa. Así, por ejemplo, si Ariel le informe a Brenda que él lleva droga en el bolsillo de su campera, eso no quiere decir que Brenda tenga ‘poder de disposición’. Tampoco si Ariel y Brenda viajan en un auto y Ariel le informa a Brenda que en su valija, que se encuentra en el baúl, él tiene escondida droga. Brenda tendrá conocimiento de la existencia de la sustancia, pero de eso no se sigue que tiene el ‘poder de disposición’ (el destacado me pertenece).

Aun en casos de conocimiento sobre la existencia de estupefaciente en determinado lugar, se necesita un “plus”: la efectiva voluntad de poseer esa sustancia. Esa voluntad tiene que ser probada a través de actos concretos de vinculación con el tráfico ilícito de estupefacientes, no puede darse por supuesta.

Hay un precedente donde se resaltó este aspecto. El TOCF N° 1 de Córdoba absolvió a una mujer imputada por el delito previsto en el art. 7 de la ley 23.737, porque no se había podido determinar qué aporte concreto o qué tipo de participación había tenido dentro de la organización criminal, más allá del conocimiento efectivo que ella tenía sobre la actividad delictiva del esposo¹³. En esa oportunidad, el tribunal sostuvo:

...analizadas detenidamente las conversaciones telefónicas precedentes y los Anexos XXXVIII podemos concluir que **la imputada [Z] contaba con un cabal conocimiento de las actividades ilícitas que desarrollaba su pareja Nogales, principalmente fuera de su domicilio en las cocinas instaladas a esos fines. Ahora bien, el mero conocimiento de las actividades, aún ilícitas, desarrolladas por su pareja, no es suficiente para formularle a la nombrada reproche penal... [Z] le informaba a Nogales el estado de producción y conocía el lugar donde guardaban el dinero**. Dicha interpretación resultante de desgravaciones difusas y ambiguas en último término reafirman que la nombrada **estaba al tanto de las actividades de su marido, conocía qué hacía, dónde lo hacía y con quiénes, pero ningún aporte concreto a la empresa criminal se puede comprobar. En su domicilio se secuestraron elementos. Ello corrobora la actividad de su esposo, pero poco permite aseverar sobre la actividad ilícita de ella, ya que por sí mismo no podría significar que ella también cocinaba o elaborada droga, más cuando de las escuchas telefónicas, ello no surge con claridad...** la duda en cuando a su participación en los hechos debe ser valorada a su favor y, en consecuencia, corresponde absolver a [Z] en orden al delito de organización para la obtención, elaboración, producción, distribución y comercialización de estupefacientes... (el destacado me pertenece).

3.3 Omisión de resolver con perspectiva de género.

A nuestro juicio, cuando se trata de imputaciones a mujeres en casos de tenencia compartida con sus compañeros sentimentales, hay que tener especial cuidado y aplicar una perspectiva

¹³ Véase: “Andrada Adrián y otros s/ infracción ley 23.737”, TOF 1 Cba., Expte. FCB 7125/2016/TO1, sentencia del 10/09/2021.

de género¹⁴ tanto en la valoración probatoria como en la interpretación del tipo penal, a fin de evitar caer como señala Carrera (2021) en apreciaciones estereotipadas sobre la intervención de aquellas¹⁵. Por ejemplo, cuando se pretende responsabilizar a la mujer por la conducta de su compañero sentimental (persona con quien mantiene un vínculo de confianza y comparte un espacio de intimidad), por la sola presencia en el lugar o incluso el conocimiento sobre la actividad.

Recuérdese en este sentido que la perspectiva de género es de aplicación obligatoria porque deriva de los compromisos internacionales suscriptos por el Estado Argentino¹⁶. Advertimos que en el caso examinado no se aplicó tal perspectiva, pues se procesó a la imputada por una conducta delictiva ajena, sin considerar que su presencia en el lugar donde se hallaba el estupefaciente estaba condicionada por la circunstancia de estar en pareja con el coimputado. Además, porque se asumió que la mujer conocía, o por lo menos debía conocer el obrar delictivo de su pareja en el ámbito compartido y, por lo tanto, responder en pie de igualdad por dicho obrar.

Más allá de la posibilidad de discutir el conocimiento efectivo y el estereotipo que presume que la mujer conoce o debería conocer lo que sucede en lo que tradicionalmente se ha considerado su círculo de influencia (el hogar, la relación de pareja, el ámbito de lo privado), nos interesa enfatizar que, aun en casos donde existiera ese conocimiento, ello no implica participar en el obrar ajeno. Tampoco hay una obligación de impedir el obrar delictivo, dado que no se encuentra en una posición de garante respecto de lo que hace su pareja.

Así lo entendió la CFCP en los autos “Toranzo”¹⁷, un caso donde había tenido intervención el TOCF N° 1 de Córdoba. Dos mujeres habían sido condenadas como partícipes secundarias del delito de secuestro extorsivo. Ambas estaban en pareja con coimputados. La víctima declaró haber escuchado conversaciones entre esas parejas así como voces de niños, pero no refirió haber tenido contacto directo con las mujeres.

¹⁴ La perspectiva de género ha sido definida como “una herramienta conceptual que busca mostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no sólo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos. Debe entenderse como **una metodología y/o mecanismo que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación, la desigualdad y la exclusión de las mujeres, para así poder implementar acciones positivas sobre los factores de género y crear condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la igualdad** en la materia.”. Sirve para “...contrarrestar las políticas descriptas como ‘neutrales’, que venían a consolidar las desigualdades de género existentes, convirtiéndose en una estrategia central para lograr la igualdad de facto” (el destacado me pertenece) (Sosa, 2021).

¹⁵ Explica la doctrina que “**(a)l momento de abordar situaciones en las que hay mujeres involucradas, el derecho, lejos de ser un marco neutral, reproduce y consolida concepciones sociales de naturaleza patriarcal... En ese escenario, la presunción de inocencia de la mujer se vuelve borrosa y surgen convenciones sociales y estereotipos que, de manera expresa o no, impactan en los razonamientos jurídicos.** Elementos simbólicos de la estructura social, como son los roles sociales masculinos y femeninos, condicionan elementos materiales del sistema punitivo...” (el destacado me pertenece) (Carrera, 2019).

¹⁶ Véase: CEDAW, Convención de Belém do Pará; art. 75 inc. 22 CN.

¹⁷ Véase “Toranzo Gustavo Alberto, Carranza Carlos Nicolas, Maretto Matias Lucas Martin, Pereyra Maira Alejandra y Gigena Maria Belen s/ recurso de casación”, CFCP, Sala II, del 14/06/2017, FCB/22018529/2013/TO1.

El Fiscal General ante la CFCP, Dr. Javier Augusto De Luca, sostuvo que:

...no resulta posible reprochar a ambas imputadas el hecho de haberse retirado de sus respectivos domicilios o condenarlas en virtud de la conducta tolerante y omisiva para que se ejecute el secuestro, en tanto **la participación secundaria requiere que el aporte sea causal para el resultado y el conocimiento no implica voluntad de participar**.... no se demuestra de qué manera las mujeres condenadas podrían haber evitado que se ejecute el secuestro extorsivo, si dicha circunstancia les fue impuesta... (el destacado me pertenece).

La CFCP, Sala II, hizo lugar al recurso de la defensa y las absolvió. Entendió que:

...resulta plausible que ambas mujeres tuvieran conocimiento acerca de que sus parejas se encontraban realizando algún ilícito en sus viviendas. Menos claro resulta que aquellas estuvieran al tanto de que se trataba de un secuestro extorsivo. En este contexto, **la participación de aquellas se redujo a una omisión de impedir que sus convivientes cometieran ilícitos en el hogar que compartían, lo que las pone en una posición de garantes, que las compromete a evitar delitos en su morada. Aquel criterio de imputación resulta inaceptable, habida cuenta que evidencia un estereotipo que incrimina a las mujeres que no asumen el mandato de supervisar la moralidad y legalidad de lo que ocurra en su ámbito de dominio, en la especie, el domicilio.** No resulta acertado presumir que [M. B. G.] y [M. A. P.] tuvieran conocimiento preciso sobre los hechos ni voluntad de colaborar en ellos, como tampoco es posible asumir que aquellas tenían posibilidades ciertas de impedir o interrumpir un ilícito iniciado por sus compañeros íntimos (el destacado me pertenece).

Es importante tener en cuenta que no existe la obligación de denunciar, salvo casos muy específicos previstos en la ley (art. 177 CPPN¹⁸). Asimismo que, cuando se trata del cónyuge, la ley procesal establece la prohibición de denunciar y de testificar en contra del imputado, con excepciones que en principio no se aplican a los delitos de infracción a la ley 23.737 (arts. 178¹⁹ y 242 CPPN²⁰).

4. PLANTEO SUBSIDIARIO

Ya en el ámbito de conductas pasibles de encuadrar en el delito de encubrimiento, porque implican una ayuda posterior frente al delito ejecutado por otro, la ley sustantiva exime de

¹⁸ Art. 177 CPPN: *“Tendrán obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio: 1°) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones. 2°) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”.*

¹⁹ Art. 178 CPPN: *“Nadie podrá denunciar a su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el denunciado.”.*

²⁰ Art. 242 CPPN: *“No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo que el que lo liga con el imputado.”.*

responsabilidad penal en determinados casos. Nos referimos a la excusa absolutoria prevista en el art. 277 inc. 4 del Código Penal, que dispone:

Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud...

Sobre el fundamento de esta eximente de responsabilidad, señala D'Alessio (2011) que, para algunos autores *"...los vínculos de sangre, de familia, o los derivados de la amistad o nacidos de la gratitud, han determinado constantemente que se exceptuara del deber de denunciar, y/o abstenerse de ayudar, ya que sostener lo contrario, implicaría contrariar las leyes de la naturaleza"*. Para otros *"...la cuestión sólo pasa por una decisión de política criminal, en la que se pondera la circunstancia de que el autor, si no fuera por esas circunstancias particulares (en las que debe ocultar o ayudar al familiar, amigo, etc.), no actuaría de tal modo."*

Su ámbito de aplicación es amplio. Las relaciones de pareja de hecho están comprendidas en el supuesto de "amistad íntima"²¹. A nuestro modo de ver, en el caso comentado no estamos frente a una conducta de encubrimiento, sino neutral y, por lo tanto, atípica. No obstante, esta norma resulta de utilidad para ser planteada de forma subsidiaria, como forma de agotar todas las hipótesis posibles. Así lo entendió el voto de la minoría al tratar la situación de V. S. S. y tanto el Fiscal General como la CFCP en el caso "Toranzo" citados.

En este último caso, el Fiscal General consideró que a las mujeres imputadas *"...tampoco se les podría reprochar no haber denunciado las conductas desplegadas por sus respectivas parejas en virtud de lo establecido por los arts. 277 inc. 4 del CP y 178 del CPPN."* La CFCP, por su parte, sostuvo *"...Por lo demás, asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia, en cuanto sostiene que el encubrimiento del hecho delictivo no resulta punible a su respecto, toda vez que las ampara la excepción prevista en el art. 277 inc. 4 CP..."*.

5. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este trabajo comentamos un caso donde se imputó a una mujer el delito de transporte de estupefacientes, sobre la base de una tenencia compartida con su pareja. Si bien se determinó cierta relación fáctica con el estupefaciente (de proximidad, pues había sido hallado en la misma habitación donde ella se alojaba), no se pudo establecer, de su parte, un vínculo de poder y control sobre aquel.

Advertimos que tanto la resolución que la procesó como la resolución que confirmó esa decisión efectuaron una valoración fragmentada y superficial de los elementos de prueba.

²¹ El voto de la Dra. Liliana Navarro en el caso bajo análisis citó doctrina que explica que "Los amigos íntimos, son las personas unidas por lazos afectivos, patentizados a través del trato familiar, sea que se mantenga personalmente o a distancia. Se entiende que son tales los concubinos, los amantes, los novios, aunque su relación sea adulterina".

Además, aplicaron una noción de tenencia objetiva, prescindiendo de la necesidad de “poder de disposición” sobre el estupefaciente.

Si bien a nuestro juicio sólo se habían acreditado conductas neutras e inoñas y estaba en duda el efectivo conocimiento sobre la existencia del estupefaciente (al menos con anterioridad a la llegada al hotel, e incluso al allanamiento), señalamos que el mero conocimiento no permite atribuir la tenencia sobre dicha sustancia ni constituye el dolo requerido por la figura penal. Se necesita algo más, la voluntad de tener.

En este sentido, resaltamos la necesidad e importancia de resolver con perspectiva de género, pues permite visibilizar situaciones donde la atribución de responsabilidad penal obedece a algún estereotipo de ese tipo. Dicho abordaje estuvo ausente en las resoluciones comentadas. Por último, consideramos conveniente plantear de manera subsidiaria la procedencia de la excusa absolutoria prevista en el art. 277 inc. 4 del Código Penal.

Para finalizar, queremos señalar que en los casos de tenencia compartida es fundamental realizar una valoración minuciosa de la prueba, a fin de deslindar a quién le corresponde verdaderamente el “poder de disposición” sobre el estupefaciente. Más allá de suposiciones, reglas de la experiencia y estereotipos.

Y que si bien el estado intelectual requerido para dictar el auto de procesamiento es menor al requerido para dictar sentencia de condena (probabilidad en lugar de certeza), eso no exime a los jueces de instrucción del deber de motivar sus decisiones en derecho, de tomar en cuenta toda la prueba que permita generar conocimiento sobre lo sucedido y de evacuar las citas de la persona acusada (art. 304 CPPN).

BIBLIOGRAFÍA

Cafferata, J. y Tarditti, A. 2003. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado. Córdoba, Argentina: Mediterránea, 102-310.

Carrera, M. L. 2019. Mujeres de las circunstancias y delitos de drogas. Recuperado el 05 de diciembre de 2023 de <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/3873>.

D’Alessio, A. 2011. Código Penal comentado y anotado. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: La Ley, 75-80.

Falcone, R. 2014. Derecho Penal y tráfico de drogas. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc, 32-50.

Sosa, M. J. 2021. Investigar y juzgar con perspectiva de género. Recuperado el 28 de noviembre de 2023 de <https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2021/04/Investigar-y-juzgar-con-perspectiva-de-ge%CC%81nero-2.pdf>.

Varela, A., y Di Corleto, J. 2019. El informe pericial y el concepto de tenencia en casos de droga.