SE PRESENTA COMO AMIGO DEL TRIBUNAL

SR. JUEZ:

Aldana Romano, Documento Nacional de Identidad N° 32869979 en nombre y representación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) y en mi carácter de Directora Ejecutiva del mismo, con el patrocinio letrado de las abogadas Elizabeth Gómez Alcorta Matricula Federal del Interior T° 123 F° CFSM y Paul Alvarez Carrera T° 109 Folio N° 411, constituyendo domicilio en Salta No. 702, 2do. piso, Oficina 3 de la localidad de San Salvador de Jujuy me presento y digo:

I. PERSONERÍA

Me presento en mi calidad de representante legal y directora del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), tal y como surge de los estatutos sociales que se ponen a disposición del Señor Juez para el caso de ser requeridos.

II. OBJETO

Vengo por este medio a solicitar a V.S., ser tenida como "Amigo del Tribunal" para someter a consideración argumentos de relevancia pública para la decisión de la cuestión planteada en el incidente de sobreseimiento presentado por la Defensa Pública en representación de de la Sra. Claudia Suárez Eguez el 30 de octubre de 2018, en en el Expte. FSA 20356/2017, caratulado: "SUAREZ EGUEZ CLAUDIA s/Inf. Ley 23.737".

III. ADMISIBILIDAD.

El memorial en derecho es presentado en condición de *"amici curiae"*, instituto plenamente difundido y aceptado en las actuales prácticas forenses. Se enmarca en la Acordada N° N° 7/2013 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El memorial en derecho que presentamos se inscribe en la tradición jurídica conocida en la comunidad jurídica internacional con el nombre de "Amicus Curiae". El objeto de presentaciones de este tipo es que terceros ajenos a una

disputa judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio, puedan expresar sus opiniones en torno a la materia a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso.

La institución del "Amicus Curiae" es una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano, siendo paulatinamente incorporada a la práctica judicial de los países de tradición anglosajona: "Ya a comienzos del siglo IX, en el derecho inglés, se autorizaba la actuación de un extraño a fin de producir peticiones de un juicio como Amicus Curiae" (de los considerandos de la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal argentina, en la causa "Hechos ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada", el 18 de mayo de 1995).

Es dable señalar que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su Acordada N° 28, del catorce de julio del año 2.009, ha calificado al instituto en trato "como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, el Tribunal considera apropiado que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto." No debe prescindirse, por último, que la actuación de los Amigos del Tribunal, encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C.N.), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana". En sentido similar afirmó que "la figura que se trata, lejos de repugnar a las normas procesales, ha sido admitida por el Congreso de la Nación para ciertas situaciones especiales (leyes 24.488 y 25.875)."

Aún con anterioridad a la mencionada acordada, existieron numerosos antecedentes jurisprudenciales en los que tribunales locales aceptaron la presentación de un dictamen en carácter de Amicus Curiae. La Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal reconoció que "la actuación del „Amicus Curiae", limitado en principio a la esfera jurisdiccional supranacional, se ha extendido a ámbitos locales con favorable acogida" 1 . En sentido similar, en el marco de la causa "Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva", el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 2 de la Capital Federa l sostuvo que "la tarea de lograr una ajustada transformación del pensamiento jurídico actual, admitiendo ejes que permitan abrir nuevos campos de discusión, a efectos de encontrar alternativas y soluciones que nuestra realidad exige ... no sólo debe ser viable en el marco de discusiones académicas; la administración de justicia debe abrir sus puertas también a un debate en casos concretos con el fin que la teoría y la praxis encuentren su justo medio" (resol. del 18 de mayo de 1995; párr. 11).

Numerosas organizaciones de la sociedad civil han recurrido con frecuencia al instituto del Amigo del Tribunal como mecanismo para intervenir, realizando aportes en el marco de disputas sometidas a decisión judicial. "La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del Amicus Curiae apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión. Entre nosotros, Carlos Santiago Nino ha insistido en esta segunda función, que convierte al Amicus Curiae en un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales" (Conf. Abregú, Martín y Courtis, Christian, "Perspectivas y posibilidades del amicus

curiae en el derecho argentino", AAVV, La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 402).

IV. INTERÉS DE AMIGO DEL TIRBUNAL EN EL CASO

Desde 1989, la línea de trabajo principal de INECIP es la contribución a los procesos de fortalecimiento del Estado de Derecho en Latinoamérica y el Caribe, impulsando actividades en el ámbito de los sistemas de administración de justicia penal, con el objetivo de democratizarlos a fin de disminuir la violencia en la respuesta institucional.

Pretendemos construir y cimentar una administración de justicia que asegure un absoluto respeto por los derechos humanos, promoviendo sistemas de justicia y prácticas jurisdiccionales que tiendan a la gestión y resolución no violenta de conflictos con amplia participación social, y que a su vez observe un estricto respeto por las garantías individuales.

La transformación que buscamos pretende cambios a nivel normativo y de organización de la administración de justicia penal, pero también asume la necesidad de construir y fortalecer una nueva cultura donde el respeto por los derechos humanos no sea sólo un principio abstracto sino, por sobre todo, una práctica efectiva. Para ello consideramos fundamental la creación de canales de participación y espacios de construcción colectiva que permitan a los distintos actores interesados expresarse.

En particular, es un objetivo de INECIO Mejorar la calidad institucional de los sistemas de administración de justicia en general propiciando iniciativas que fortalezcan la capacidad de diálogo entre las instituciones y la sociedad civil.El *amicus curiae* es uno de los canales específicos para ello.

Desde el año 2017, y asumiendo las complejidades que la agenda judicial enfrenta, se ha comenzado a desarrollar una línea específica de trabajo consistente en abordar con carácter integral la articulación - democrática y constitucionalmente insoslayable- entre derecho penal y perspectiva de género.

A tal efecto hemos conformado un área específica, llamada Grupo de trabajo sobre feminismos y justicia penal, entre cuyas líneas centrales está la revisión crítica y analítica de criterios interpretativos que favorezcan la inclusión de la perspectiva de género como criterio hermenéuttico irreemplazable cuando se trata del desarrollo de la política criminal en sentido amplio.

V. CUESTIONES DEBATIDAS EN LA CAUSA.

De conformidad con la plataforma fáctica explicitada por la Defensa Pública en la presentación que motiva este *amicus* y a la que por razones de brevedad nos remitimos, entendemos necesario efectuar las consideraciones jurídicas que exponemos a continuación entre tres ejes: I. la obligatoriedad de la articulación de perspectiva de género para resolver los casos ; II. los alcances del estado de necesidad justificante considerando las dimensiones de género y otras intersecciones que se derivan de la posición vulnerable de la Sra. Claudia Suárez Eguez y III. Argumentos en favor del planteo subsidiario efectuado por la Defensa.

V. I. LA ARTICULACIÓN DE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL EJERICIO DE LA JURISDICCIÓN COMO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL.

Las obligaciones específicas que imponen las garantías de no discriminación y de igualdad (artículo 75 inciso 22 CN, Artículo 16 CN) exigen una vigilancia atenta de modo tal que en el desarrollo de tareas jurisdiccionales, versiones abstractamente consideradas de la imparcialidad y la neutralidad al aplicar normas, teorías e interpretaciones jurídicas, convaliden tratos discriminatorios como consecuencia de la ausencia de toda consideración respecto de las jerarquías de género.

De acuerdo con la "Recomendación General Num 33 sobre acceso a la justicia de las mujeres elaborada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer" —CEDAW que forma parte del bloque de constitucionalidad conforme lo previsto en el aludido artículo 75 inciso 22 CN. — , publicada el 3 de agosto de 2015, es un dato de la realidad que la mujer sufre discriminación en casos penales debido a la falta de mecanismos de examen independientes, de supervisión y que tengan en cuenta la perspectiva de género (Páragrafo nro. 48). Al respecto, subrayó el Comité en esa recomendación "los Estados están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el

contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos" (Parágrafo nro. 47).

Así las cosas, la labor jurisdiccional puede ser un factor de perpetuación de desigualdades porque las oculta bajo interpretaciones desconectadas de una adecuada perspectiva de género, porque asume acríticamente estereotipos en razón del género y/o porque en su despliegue omite toda consideración de circunstancias de hecho atendiendo al impacto que el régimen de género y otras formas de discriminación puedan tener en las conductas que juzgan. En cambio "el sistema de justicia puede, sin embargo, impulsar cambios, principalmente cuando toma consciencia (..) y promueve buenas prácticas. Los jueces por su parte contribuyen a ello cuando, en sus decisiones, tienen sensibilidad con las cuestiones de género, **están atentos al contexto de los casos** y las pruebas producidas en el proceso, identifican y nombran los estereotipos, los cuestionan y discuten sus efectos (Cf. Cardoso Onofre de Alencar, Universidad Autónoma de Madrid, E. Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos, Eunomía. Revista Cultural de la legalidad, Nro. 9 octubre 2015 – marzo 2016, Pág. 40, El destacado nos pertenece, disponible en https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2801/1532)

Desde el punto de vista normativo constitucional, las personas encargadas de administrar justicia en tanto representantes de un poder de Estado, se ven alcanzados por el deber que la Convención para la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW) establece en su artículo 5, en materia de erradicación de estereotipos, costumbres y prácticas que redunden en discriminación y /o violencias contra las mujeres, en directa relación con la obligación genérica de asegurar medidas efectivas y la garantía no discriminación (Conf. Art. 1 Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto de San José de Costa Rica).

Por caos, las leyes penales prohíben o exigen conductas en abstracto y de manera general, que se materializan en acciones humanas situadas temporal, espacial y socialmente en un orden en el que las personas son jerarquizadas en relación con el acceso a derechos. Las circunstancias de modo y lugar que habitualmente se consideran al valorar una conducta deben ser ponderadas tomando en consideración la dimensión

de género. De lo contrario, se adopta la función jurisdiccional con un sesgo que puede conducir a decisiones arbitrarias y/o perpetuadoras de desigualdad.

Al respecto se ha señalado que "Las teorías al uso vigentes (...) no solo han ignorado e ignoran las aportaciones del feminismo y prescinden del uso de la categoría de género como categoría analítica base, sino que suelen excluir de sus análisis lo que (...) se ha sostenido sobre la situación de las mujeres, contribuyendo así a la exclusión de las mismas y a la perpetración de un sistema patriarcal" (Sanchis Vidal, A. Interpretación jurídica, igualdad y género en los estudios de derecho. Aportaciones epistémicas y feministas, Revista General de Derecho Constitucional, de la Universidad de Córdoba, España, noviembre 2015, ISSN 1886 -612 Num. 21, pág. 31).

Si se omite la variable de género del análisis, se obstaculiza el acceso a la justicia para las mujeres y se omite abordar como objeto de análisis el contexto de desigualdad de género que se produce en la aplicación del poder penal y los impactos diferenciados que tiene la pena en las mujeres. Tal es así que las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia atienden la especial dimensión que caracteriza el poder punitivo sobre las mujeres y fomentan a los Estado a impulsar las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones (Regla Nº 20 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad)

Por otra parte, y en directa relación con el hecho imputado a Claudia Suárez Eguez, es importante reconocer que los delitos vinculados con las drogas tienen lugar en el marco de complejas redes y jerarquías sociales (...) los puestos más bajos tienen una mayor exposición al poder punitivo del Estado. Estos roles son desempeñados, en su mayoría, por mujeres que tienen condiciones de alta vulnerabilidad socioeconómica" (Anitua I y Picco, A. Género, drogas y sistema penal. Estrategias de de defensa en casos de mujeres "mulas", publicado en *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de derechos de las mujeres,* Ministerio Público de la Defensa /Embajada Británica en Buenos Aires, 2012, Pág. 222 disponible en http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/genero_ninez/Documentos_de_trabajo/Estategias_de_defensa_para_los_derechos_de_las_mujeres.pdf).

Nuestra Constitución Nacional exige una aproximación a las extremas circunstancias del caso, en el marco las características generales que muestra el impacto del régimen de jerarquías en razón de género en el involucramiento de mujeres en tráfico ilícito de drogas.

No es posible definir con justicia casos como el que nos ocupa, en los que la dimensión de género cobra un protagonismo sobre acreditado por la investigación comparada, tal como ocurre con la penalización de mujeres pobres, jefas de hogar monomarentales, desprovistas de soportes sociales y estatales para asegurar acceso a una vida con derechos básicos garantizados.

En efecto, las cifras a escala planetaria muestran que la proporción de mujeres en prisión por delitos de narcotráfico es mayor en comparación al de los varones durante los años 2012-2016. Más específicamente en América Latina, la proporción de mujeres en contacto con los sistemas de justicia criminal por delitos de vinculados al narcotráfico llega a un 38 % según el informe del Banco Interamericano de Desarrollo ("Mujeres en contextos de encierro en América Latina", Abril, 2018)

En nuestro país, un 14% de mujeres esta condenada a penas de prisión de efectivo cumplimiento por delitos vinculados con infracciones a la Ley Nº 23.737 de Estupefacientes según datos extraídos a septiembre de 2018 por el Ministerio Público Fiscal de la Nación ("Aportes del Ministerio Público Fiscal de Argentina para el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica de la ONU", octubre 2018)

V. II) ACERCA DE LA EXISTENCIA DE UN ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE DE LA CONDUCTA DE LA SRA. CLAUDIA SUAREZ EGUEZ.

Es preciso señalar preliminarmente y como encuadre de todo el análisis sobre la concurrencia de estado de necesidad justificante en la conducta desplegada por Claudia Suárez Eguez, que "Las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites" Salas Laura, Profesora de derecho Constitucional y Teoría del Estado, -facultad de derecho de la UNT, en Impacto y perspectiva de género en la dogmática penal" disponible enhttp://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina38993.pdf)

Se trata entonces de una propuesta interpretativa que entiende que lo que se decide en este caso, para ser legítimo, no puede prescindir de las condiciones en que la Sra. Suárez Eguez decidió emprender el viaje en el que finalmente resultó detenida.

En efecto, Enrique Bacigalupo entiende que en la medida en que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso (cf. Argibay Carmen, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Baigún D. y Zaffaroni E. (comps) Editorial Hammurabbi, 1997, Argentina, Pág. 625- 642).

Aquí el bien privilegiado, en concreto, fue la vida y la salud del hijo de Claudia quien, para referirnos al otro extremo de la ponderación propuesto por este autor, se encontraba desempleada, con dos hijos menores de 18 años de edad más a cargo, sola, en un país que reconoció carecer de políticas sanitaria aptas para el problema de salud de su hijo.

La concurrencia de causales que excluyen la antijuridicidad de conductas penales responde, en lo que a este caso interesa a la concurrencia de "motivos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido" (Cf. Jakobs, Derecho Penal. Parte General, Ed. Marcial Pons- Fundamentos y teoría de la imputación, pág. 419), motivación que en nuestra legislación penal está dada por la concurrencia de un mal actual o inminente que en el caso estaba presente al momento del hecho y se materializó a lo largo de este proceso con la muerte de Fernando.

Es importante señalar al respecto que la inminencia del mal "es independiente de todo criterio cronológico; es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto" (Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal. Parte General, 2001, Ediar, Argentina, Pág. 634). Pocas circunstancias pueden ejemplificar ese "estar a merced" como las que presenta este caso.

Esos motivos bien fundados o el requisito el mal actual o inminente, están sobradamente acreditados en el caso: el niño padecía una enfermedad terminal que requería ciertos cuidados y tratamientos, su madre con un embarazo en curso a cargo del cuidado de el y de dos hermanos más, con un empleo precario como trabajadora

doméstica que le impedía afrontar no sólo el acompañamiento adecuado sino, lo que resultó determinante aquí, costear económicamente el tratamiento médico adecuado.

Eso dependía hasta tal punto de Claudia que, tras su detención, el desenlace fue el abandono del tratamiento por parte del joven Fernando, lo que solo abona la imperiosa necesidad de Claudia de gestionar alternativas útiles de manera perentoria, para cubrir un tratamiento costoso en un país en el que no existía alternativa para cubrirlo por vía de la seguridad social, ni otros recursos disponibles para personas vulnerables como Claudia y sus hijos.

No evaluar cuál es el daño que se espera sobre el objeto protegido, como fue el caso de Fernando y su salud física, implica brindarle preferencia a otros bienes jurídicos por sobre el de la vida del niño; pero no tomar en cuenta desde dónde ejercer la valoración acerca de ese "estar a merced" del mal actual o inminente implica excluir en la decisión elementos valorativos que consideran las circunstancias del caso concreto. Al respecto ya se ha pronunciado la doctrina penal y la jurisprudencia respecto de la insuficiencia de juicios que ponderen bienes jurídicos en abstracto.

Omitir las circunstancias concretas de la persona que comete la conducta cuya antijuridicidad se discute además de violentar la obligatoriedad de resolver con perspectiva de género, implica desentenderse de la consideración objetiva de las circunstancias personales en que se decide emprender una acción típica dirigida a evitar lo que se asume, conforme esas circunstancias y no en abstracto, es un mal mayor (Cf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, Op. Cit. Pág. 635).

Decidir la concurrencia de un causal excluyente de la antijuridicidad, sin otorgar debida relevancia a todas las vulnerabilidades que se acreditaron en el caso, además de ser descalificable en su razonabilidad porque implicaría omitir discriminatoriamente la consideración de la dimensión de género y sus intersección con las otras vulnerabilidades que exhibe Claudia, constituye la más gravosa de las interpretaciones disponibles y eso compromete también exigencias hermenéuticas que se plantean desde el punto de vista del principio de legalidad (artículo 18 CN), por un lado, y del principio *pro homine* como norma de interpretación que impone la primacía de aquella interpretación que mejor resguarda los derechos en juego.

Por otra parte desde el punto de vista de la **ponderación de intereses**, todos los condicionantes y presiones que implican la asunción del rol materno y cuidador en

sociedades patriarcales y sexistas como las nuestras implica poder proyectar la ponderación efectuando una interpretación in *bonam partem* de las exigencias que rol materno le exigió asumir en forma individual.

Concretamente, aunque el padre se vinculó con ella con motivo de la enfermedad de su hijo finalmente fallecido, esa vinculación coyuntural, bajo un criterio de primacía de la realidad y no por pura especulación desvinculada de aquella, solo puede ser leída como la corroboración del abandono en forma regular de las funciones de cuidado que son asimétricamente exigidas a varones y mujeres, en base a estereotipos que una decisión trascendente como la de este caso no debería ignorar.

La ponderación que estima posible otras alternativas solo cabe con prescindencia de estas circunstancias concretas y acreditadas en el caso (vg. certificados médicos, reconocimiento del gobierno boliviano respecto de la ausencia de política de salud para un caso de estas características. Entre otros). En esta línea, lo sostenido por la Cámara cuando construyó a la acusada como alguien libremente determinado que escoge un plan al que le asigna complejidad, solo es posible omitiendo circunstancias fácticas claves para comprender la dimensión de la decisión de cruzar la frontera con drogas para una mujer como Claudia, no en abstracto, sino atravesada biográficamente por la concurrencia de múltiples asimestrías.

Es por ello que reclamar a la imputada otra forma de conducta debida constituye una negación de su situación particular, de su posibilidad efectiva de recurrir a otros medios de sustento en un contexto de pobreza y privación y frente a la falta de redes de cuidado para su hijo, que permitan que otro escenario resulte posible. En este sentido, la Sala Segunda en lo Penal del Tribunal Supremo de Madrid en su fallo Nº 340/2005, consideró como exigencia al estado de necesidad justificante "La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno".

La escena probatoria, lamentablemente fortalecida por el fallecimiento de Fernando, ya asistía a Claudia al momento de determinarse a viajar. El desenlace fatal con la muerte de su hijo solo robustecerla acreditación de la situación de necesidad que aquí se defiende y a cuya causación no contribuyó.

En cuanto a la fuente del daño, entendemos con Alberto Binder, que puede ser de distinto tipo y provenir de "*condiciones estructurales no dirigidas a esa persona en particular pero que igual genera una situación de necesidad (abandono social) que se manifiesta de un modo concreto en una persona determinada*" (Binder, A. Introducción al Derecho Penal, Editorial Ad Hoc, 2005, Buenos Aires, Argentina Pág 206 -207, el destacado en el original).

En este punto también debe ponerse de relieve como un dato que solo muestra sometimiento y extrema necesidad, —bien lejos de la determinación y protagonismo en la cadena de tráfico que con el que los jueces de la Cámara Federal especularon— que el pago ofrecido y aceptado por ella de U$S 700 para una mercadería cuyo costo en el mercado se estima informalmente con un valor de entre cinco y diez veces más.

De acuerdo con los datos obrantes, todos estos elementos insisten en señalar que estamos ante una conducta desesperada apoyada en la necesidad extrema y acuciante de tener que enfrentar en la pobreza, sin soportes afectivos que asumieran corresponsabilidades parentales, una enfermedad terminal de uno de sus hijos.

Existen precedentes en ese sentido, fácticamente asimilables al caso de Claudia, tal como se desprende de lo resuelto el 11/6/87 por la Sala IV de Cámara en lo Criminal y Correccional de la por entonces Capital Federal, en el caso "Cabral, Isabel" Causa. Nro. 32841 donde se sostuvo, por mayoría, que el mal que se quiere evitar "basta con que reúna ciertos extremos que puedan provocar una verdadera alternativa traumática psicológicamente, porque la única vía de solucionar el mal (fuertes dolores de un ser querido que se moría), era el de apoderarse del dinero de su empleadora".

V. III) El CARÁCTER EXCULPANTE DE LA NECESIDAD COMO ARGUMETNO SUBSIDIARIO DE LA DEFENSA. CESE DE LA LEGITIMACIÒN PUNITIVA. ULTIMA RATIO. RACIONALIDAD DE LA PRETENSION PUNITIVA EN EL CASO

Aun cuando estimamos que corresponde adecuar la interpretación habitual de la dogmática del estado de necesidad justificante, a las exigencias que la implementación de la perspectiva de género constitucionalmente exigida, acompañamos el planteo subsidiario de la Defensa Pública, también y quizás antes desde el punto de vista de la pretensión punitiva, respecto de las extremas circunstancias del caso para insistir en la inexigibilidad al momento de analizar la posibilidad de reproche penal en este caso concreto.

El principio de corresponsabilidad social que desarrollla el Dr. Alberto Binder se erige en clave para determinar los alcances de la exigibilidad contribuye con una mejor comprensión del auténtico drama que atraviesa Claudia Suárez Eguez.

En su obra, introducción al Derecho Penal señala el autor que "no puede existir responsabilidad personal cuando la sociedad o el Estado han construido condiciones generales de vida que se convierten en condicionantes tan fuertes respecto de una persona que su ejercicio de libertad (es decir, su capacidad de superar esos condicionantes) queda en los hechos prácticamente abolida o sometida a esfuerzos que esa persona en concreto es extremadamente difícil que pueda realizar. Se trata de condiciones generales o estructurales que han sido generadas (...) Ese principio se funda en la idea de que las condiciones sociales no son un simple "escenario" para la acción individual (...) Lo cierto es que a la hora de juzgar los hechos este contexto social juega un papel muy pobre y la mayoría de las veces mucho más dependiente de la sensibilidad personal del juez que de la existencia de una categoría de análisis que obligue a una fundamentación específica. El principio que estudiamos nos indica que forma parte de los límites de la reacción violenta del Estado el grado de responsabilidad que tenga en generar las condiciones para que luego, en el caso concreto, le sea extremadamente difícil a las personas superar esos condicionantes" (Binder, Alberto, Op. Cit., Pág. 278 -279).

En este sentido, explica Juan Bustos Ramirez "La cuestión está en las respuesta que da el sujeto y por lo tanto, en la contrapartida de que le puede exigir como respuesta el Estado al sujeto; es decir siempre responsabilidad, desde esta perspectiva es igual es exigibilidad. Y el tema entonces a discutir en definitiva, es qué le puede exigir el Estado a una persona dad en una circunstancia dada (...) es un tema de interacción y de relación, y por lo tanto quien tiene que responder también es el Estado..." ("Hacia una construcción Latinoamericana de la Culpabilidad" Conferencia plenaria del XI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Montevideo, 2001).

Para entender el caso en concordancia con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, que no pueden quedar excluidos del análisis de exigibilidad, es necesario no perder de vista las extremas motivaciones económicas y sociales que tuvo Claudia Suarez Eguez al momento de aceptar lo que asumía como un "trabajo" consistente en trasladar algo que desconocía, pero constituía una conducta típica

cuya motivación, insistimos, tal como lo indica Claudia Suarez Eguez desde el primer momento en su descargo fue su estado de desesperación por la enfermedad terminal de su hijo y la necesidad de contar con dinero para costear los gastos que demanda el tratamiento para el cáncer.

Hay en ese encuadre un evidente contexto de desesperación y que ha operado de manera tal que se ha reducido notoriamente su ámbito de autodeterminación en el momento de la acción.

Esta situación de extrema vulnerabilidad ha quedado acreditada en los sucesivos hechos nuevos que presenta su defensa, pues su hijo Fernando dejó de recibir la quimioterapia dos meses después de que su madre quedara procesada en la presente causa y como consecuencia de ello ha fallecido. Con esto en miras, V.S. no puede ignorar el reconocimiento de autoridades judiciales locales de la grave situación de salud que el niño atravesaba, y el reconocimiento de autoridades bolivianas de la falta de garantía estatal suficiente del derecho a la salud en aquél país.

Las circunstancias de extrema vulnerabilidad han coaccionado la conducta ilícita por lo que la inobservancia de ciertos recaudos respecto del "trabajo" a realizar no le son reprochables a la autora.

De lo anterior se desprende que de componerse la pena estatal, aún en el mínimo de la escala penal, sin tener en cuenta la motivación de la conducta delictiva por parte de Claudia Suarez Eguez y la relación con la posterior pérdida de su hijo Fernando, "la respuesta punitiva alcanzaría un *quantum* que excedería la medida señalada por el principio de proporcionalidad entre delito y pena, sin contar con que lesionaría seriamente el principio de humanidad, y que también extremaría la irracionalidad del poder punitivo, pues llevaría hasta el máximo la evidencia de su inutilidad" (Conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, Op. Cit. Pág. 952).

La aplicación de los principios de mínima trascendencia penal y humanidad en los casos como el de Claudia permiten prescindir de la pretensión punitiva como única respuesta frente al hecho y arribar a una resolución del conflicto armonizando los intereses en pugna, al comprender que hay circunstancias en que la respuesta punitiva se torna irracional.

Al respecto, acordamos en que "el sistema de garantías le exige al Estado que la excepcional autorización a usar instrumentos violentos debe procurar una finalidad social, no puede ser puro ejercicio de fuerza ni pura reacción y ello debe ser demostrado en cada caso. Es decir, los jueces antes de autorizar al Estado a usar la violencia deben constatar la utilidad en el caso de esa reacción. No hay pena admisible sin utilidad. El carácter instrumental del Estado proscribe toda reacción violenta fundada en la pura retribución" (Binder, op. Cit. Pág. 311).

En palabras del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As, Sala II, en el Fallo "JSB" -voto de los doctores. Mahiques, Mancini y Celesia- "una pena puede no ser cruel en abstracto, es decir, en consideración a lo que sucede en la generalidad de los casos, pero resulta cruel en el supuesto concreto, referida a la persona y a sus particulares circunstancias".

Debido a que se trata de descontar una pena en razón del principio constitucional de proporcionalidad y el imperativo constitucional de evitar la doble punición, el mínimo de la escala penal sería, en el presente caso, violatoria de la Constitución Nacional. "Las dificultades para calcular el descuento en estos casos de penas ilícitas ejecutadas no pueden ser argumento para rechazar el planteo e ignorarlas, pues sería un uso perverso de la seguridad jurídica, confundida con una seguridad de respuesta" (Zaffaroni, Alagia y Slokar, Op. Cit. p. 954).

VI. PETITORIO

En virtud de las consideraciones expuestas y aguardando que nuestro aporte pueda contribuir a una justa resolución del caso, solicitamos al Sr. Juez de Instrucción en lo Federal Nro. 2 con asiento en la localidad de San Salvador de Jujuy, que se tenga al Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) por Amigo del Tribunal y se consideren los argumentos expuestos en el presente memorial en derecho al resolver la cuestión planteada.

Proveer de conformidad,

Es Justicia

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales

Elizabeth V. Gomez Alcorta
ABOGADA
Tº 97 - Fº 550 C.P.A.C.F.
Tº XXXV - Fº 386 C.A.S.I.

PAULA ALVAREZ CARREGA
ABOGADA
Tº109 Fº411 Mat. Fed. Int.