

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



La incorporación de la perspectiva de género en la  
determinación judicial de la pena de mujeres *burriers* en el  
Perú

Tesis para obtener el grado académico de Maestra  
en Derecho Penal que presenta:

*Rocio Bobadilla Bocanegra*

Asesora:

*Carolina Soledad Rodríguez Castro*

Lima, 2025


## Informe de Similitud

Yo, Carolina Soledad Rodríguez Castro, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesora de la tesis titulada “La incorporación de la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena de mujeres *burriers* en el Perú”, de la autora Rocío Bobadilla Bocanegra, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 16/08/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 16 de agosto del 2025

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: RODRIGUEZ CASTRO, Carolina Soledad	
DNI: 45577436	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-2883-9361">https://orcid.org/0000-0003-2883-9361</a>	

## **Resumen**

La determinación de la pena de las mujeres *burriers* en el Perú es una temática poco atendida en el ámbito académico nacional, a pesar de que esta es la principal causa de su encarcelamiento y de la criminalidad femenina a nivel mundial.

Por ello, en la presente investigación analizo los aspectos que considero deben tomarse en consideración para una adecuada determinación del margen punitivo aplicable a estas mujeres, como son las razones criminológicas que explican su comportamiento delictivo y su inserción en las redes de drogas.

Las referidas causas evidencian que son razones de género las que explican las diferencias entre el comportamiento delictivo de estas mujeres y el de sus pares varones en el tráfico de drogas. Desde mi punto de vista, este aspecto exige un trato diferenciado a nivel punitivo para estas mujeres.

Sin embargo, no existen criterios normativos vigentes de determinación de la pena que incorporen una perspectiva de género, motivo por el cual la presente investigación tiene el objetivo de formular algunos criterios que sirvan a los operadores de justicia para dicho ejercicio valorativo.

La propuesta que presento tiene dos extremos: el primero es la reinterpretación de los artículos 45 y 46 del Código Penal, desde una lectura que incorpore la perspectiva de género en el texto expreso de la ley; y, el segundo, la modificación legislativa de los artículos actualmente utilizados para la determinación de la pena desde el alcance de la normativa peruana.

## **Abstract**

The sentencing of female *burriers* in Peru is a topic that has received limited attention in national academic circles, considering is the main cause of their incarceration and of female criminality worldwide.

Therefore, this paper analyzes the aspects that consider should be taken into consideration for an adequate determination of the punitive margin applicable to these women, such as the criminological reasons that explain their criminal behavior and the insertion of these women in drug networks.

The study of these causes shows that the differences between women and men criminal behavior are linked to gender, which demands differentiated legislation related to punitive treatment.

However, nowadays there are no normative criteria for the determination of sentences that incorporate a gender perspective, for this reason this research aims to formulate some criteria that can be used by justice operators in judicial exercise.

The proposal has two extremes. The first is to reinterpret articles 45 and 46 of the Peruvian Penal Code that incorporates the gender perspective in the express text of the law; the second, to legislatively modify part of the articles currently used for the determination of the penalty, from the scope of Peruvian law.

### **Palabras clave**

Perspectiva de género, pena, determinación judicial de la pena, tráfico ilícito de drogas, mujeres *burriers*, criminalidad femenina.

### **Key words**

Gender perspective, punishment, drug trafficking, women drug mules, female criminality.

## Índice

Introducción .....	8
<b>CAPÍTULO I: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO POR MUJERES .....</b>	<b>10</b>
<b>1. La evolución de la criminalidad femenina en el tráfico ilícito de drogas a niveles internacional y nacional .....</b>	<b>10</b>
1.1. El cambio del rostro de la criminalidad femenina .....	11
1.2. El estado actual de la criminalidad femenina en el ámbito internacional .	14
1.3. Las particularidades de la criminalidad femenina en el ámbito peruano ..	19
<b>2. La perspectiva de género y su relevancia en la determinación judicial de la pena de las mujeres <i>burriers</i> .....</b>	<b>23</b>
2.1. La perspectiva de género desde el punto de vista ideológico .....	24
2.2. El surgimiento de la perspectiva de género en el marco convencional internacional.....	25
2.2.1. El paso del sexo al género y las conceptualizaciones sobre las cuestiones de género .....	26
2.2.2. La perspectiva de género como instrumento institucional.....	30
2.2.3. La aplicación de la perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	34
2.3. La perspectiva de género en la legislación y jurisprudencia penal peruana .....	37
2.4. Postura personal sobre la perspectiva de género y la relevancia de su aplicación en la determinación judicial de la pena .....	43
<b>3. El modelo peruano de determinación judicial de la pena y los avances en las cuestiones de género .....</b>	<b>45</b>
3.1. Nociones sobre la determinación judicial de la pena y su problemática actual .....	46
3.2. La regulación del procedimiento de determinación judicial de la pena según el Código Penal peruano .....	49
3.2.1. Criterios generales de interpretación del artículo 45 del Código Penal y sus escasos avances en materia de género .....	50
3.2.2. El sistema de tercios: las circunstancias genéricas del artículo 46 del Código Penal y sus nulos avances en materia de género El paso del sexo al género y las conceptualizaciones sobre las cuestiones de género .....	57
3.2.3. El sistema escalonado: las circunstancias específicas del delito de tráfico ilícito de drogas y sus nulos avances en materia de género El paso del sexo al género y las conceptualizaciones sobre las cuestiones de género .....	68

<b>CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE MUJERES <i>BURRIERS</i> EN EL PERÚ</b> .....	<b>72</b>
<b>1. Evidencia de la insuficiencia del marco normativo peruano sobre la pena para aplicar una perspectiva de género</b> .....	<b>73</b>
1.1. Con relación a los criterios generales de interpretación del artículo 45 del Código Penal peruano .....	73
1.2. Sobre el artículo 45-A del Código Penal y la gravedad de los hechos.....	77
1.3. En lo concerniente al esquema operativo del sistema de tercios y las circunstancias atenuantes genéricas .....	78
1.4. En lo relativo al esquema escalonado y las circunstancias atenuantes específicas del delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 298 del Código Penal.....	80
<b>2. Incumplimiento de obligaciones internacionales de incorporar la perspectiva de género en el marco normativo de la pena por parte del Estado peruano</b> .....	<b>81</b>
2.1. Foco de atención 1: legislación internacional que ha incidido en el ámbito de la determinación judicial de la pena .....	85
2.1.1. Costa Rica como ejemplo de regulación sobre la determinación judicial de la pena con perspectiva de género.....	85
2.1.2. Las guías para sentenciar a delincuentes por delitos de drogas en Inglaterra y Gales .....	89
2.2. Foco de atención 2: proyectos de ley vinculados a la determinación judicial de la pena .....	90
2.2.1. El proyecto de reforma integral de México con perspectiva de género .....	91
2.2.2. Argentina en un proceso lento de incorporar la perspectiva de género en su ordenamiento.....	96
2.2.3. El caso colombiano .....	100
2.3. Foco de atención 3: normas internacionales que crean criterios referidos a otras instituciones y que pueden trasladarse a la determinación judicial de la pena .....	103
2.3.1. Brasil y su modelo jurisprudencial de incorporación de la perspectiva de género .....	103
2.3.2. Argentina y la falta de incorporación de la perspectiva de género .....	105
<b>3. Evidencia casuística de la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena</b> .....	<b>106</b>
3.1. Análisis de sentencias de fondo y de terminación y conclusión anticipada .....	109
3.1.1. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 1: madres solteras y jefas de hogar con hijos menores, y carencias económicas acentuadas por sus responsabilidades maternas.....	111

3.1.2. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 2: madre soltera con hijo lactante .....	124
3.1.3. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 3: uso del hostigamiento y engaño para la captación de las mujeres <i>burriers</i> .....	129
3.1.4. Hallazgo de un factor vinculado con el género N.º 4: involucramiento de la <i>burrier</i> con la red drogas por coacción e intimidación de terceros .....	134
3.1.5. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 5: extranjeras adultas cuya situación de vulnerabilidad se incrementa cuando no dominan el idioma español.....	138
3.2. Apreciación personal sobre el análisis de las sentencias y resoluciones supremas y la necesidad de incorporar la perspectiva de género .....	144

**CAPÍTULO III: PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO AL MARCO NORMATIVO SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE MUJERES *BURRIERS* EN EL PERÚ .....**

<b>1. Propuestas respecto al artículo 45 del Código Penal en su condición de dispositivo que contiene los criterios generales de interpretación de la determinación judicial de la pena .....</b>	<b>150</b>
1.1. Propuesta reinterpretativa de las “carencias sociales que hubiese sufrido el agente” .....	151
1.2. Propuesta de modificación legislativa de la “situación de vulnerabilidad” del agente.....	155
<b>2. Propuestas relativas al artículo 46 del Código Penal que regula las circunstancias atenuantes genéricas y su incidencia en el esquema operativo del sistema de tercios .....</b>	<b>158</b>
2.1. Propuesta reinterpretativa de las circunstancias atenuantes genéricas de los literales d) y h) del inciso 1 del artículo 46 del Código Penal .....	159
2.1.1. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible.....	159
2.1.2. La edad de la <i>burrier</i> .....	164
2.2. Propuesta de regulación de nuevas circunstancias atenuantes genéricas para incorporar la perspectiva de género .....	165
2.2.1. Amenazas coercitivas .....	169
2.2.2. Mujeres que previamente fueron víctimas de violencia de género .....	177
<b>3. Propuestas de modificación legislativa del artículo 298 del Código Penal que contempla las circunstancias atenuantes específicas en el delito de tráfico ilícito de drogas y su incidencia en el esquema operativo escalonado .....</b>	<b>181</b>
3.1. Condición de madres gestantes, lactantes o con niños menores de edad .....	183

3.2. Mujer jefa de hogar y/o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad .....	195
3.3. Nivel bajo de actuación del sujeto dentro de la red de drogas.....	199
<b>4. Supuestos de inaplicación de las propuestas formuladas en este capítulo .....</b>	<b>202</b>
4.1. Respecto a los criterios generales de interpretación de la determinación judicial de la pena .....	203
4.2. Respecto a las circunstancias atenuantes genéricas .....	206
4.3. Respecto a las circunstancias atenuantes específicas .....	212
4.4. Aparente conflicto interpretativo de la perspectiva de género con principios y/o mecanismos que tutelan otras vulnerabilidades.....	217
<b>Conclusiones.....</b>	<b>220</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>224</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>225</b>
<b>Anexos .....</b>	<b>236</b>



## Introducción

Desde hace algunos años, la perspectiva de género se ha incorporado progresivamente en el ámbito peruano, sea a través de su jurisprudencia o de su manifestación más expresa en el año 2016, con la promulgación de la Ley 30464. No obstante, los criterios para su aplicación se han formulado desde la postura de la mujer como víctima del delito y no de esta como sujeto activo.

Esta falta de una mirada amplia de la perspectiva de género que incorpore a la mujer como víctima y autora de delitos tiene especial repercusión en las manifestaciones de criminalidad que cuentan con un rostro estrictamente femenino, como es el caso de la situación de las mujeres *burriers* en Perú condenadas por tráfico ilícito de drogas. Cuyas penas legales son altas y restrictivas en su ejecución por no tener sustitutivos penales, acceso a beneficios penitenciarios u otros. Siendo este delito la principal causa del encarcelamiento femenino en el Perú.

De ahí que, el objetivo del presente trabajo es postular una justificación que permita a las mujeres *burriers* recibir un trato punitivo diferenciado respecto de sus pares varones, a partir de haber identificado la necesidad de incorporar la perspectiva de género en el marco normativo de la pena, que conlleva a determinar judicialmente penas más proporcionales al ilícito cometido por estas mujeres en la cadena del tráfico de drogas.

Para lograr este objetivo, sistematizo de manera conjunta a la normativa, jurisprudencia y casos seleccionados a efectos de hallar los motivos más recurrentes que determinan la inserción de las mujeres en las redes de drogas. Así, arribo a la conclusión de que las razones de proponer un trato jurídico diferenciado se encuentran vinculadas a su género y, en mi opinión, permiten una reducción de la pena de forma justificada a dicho factor. Ello, toda vez que dichas mujeres no se encuentran en la misma posición que sus pares varones, al momento de decidir los alcances de la comisión del delito.

Atendiendo a los hallazgos del punto anterior, formulo criterios para reinterpretar los dispositivos legales vigentes que conforman el marco normativo de la pena, y estructuro nuevas circunstancias genéricas y específicas desde una perspectiva de género. De modo que, mi propuesta tenga una incidencia directa en los esquemas operativos que actualmente se utilizan en el sistema de penas (tercios y escalonado) establecidos para determinar la pena de las mujeres *burriers* en el Perú.

Lima, 12 de diciembre de 2024



## **CAPÍTULO I: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS COMETIDO POR MUJERES**

En el presente capítulo presento las principales características de la criminalidad femenina que opera en el tráfico ilícito de drogas, con el propósito de procurar las ideas principales que posteriormente permitan cuestionar la normativa vigente destinada a la determinación de la pena para esta criminalidad en el Perú.

Para ello, el capítulo se divide en tres grandes apartados. En el primero describo los principales cambios experimentados en la percepción de la criminalidad femenina a nivel nacional e internacional. En el segundo explico la relevancia de utilizar la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena, para el caso particular de las mujeres *burriers*. Finalmente, destino el tercer punto de dicho apartado para relatar el modelo peruano de determinación judicial de la pena, y algunos avances ya generados en la normativa y jurisprudencia nacionales.

### **1. La evolución de la criminalidad femenina en el tráfico ilícito de drogas a niveles internacional y nacional**

Como punto de inicio de mi investigación, considero importante exponer la razón por la cual a lo largo de sus páginas abordo la determinación judicial de la pena de las mujeres involucradas en el delito de tráfico ilícito de drogas. Para ello, a modo de contexto brindo una breve visión sobre la criminalidad femenina, cómo esta ha adquirido diferentes matices en la actualidad y la relevancia del delito de tráfico ilícito de drogas en la comprensión de esta criminalidad.

Al tratarse el tráfico ilícito de drogas de un fenómeno global, resalto algunas características comunes de este a nivel internacional y otras particulares del ámbito peruano, con la finalidad de evidenciar que la respuesta punitiva del Estado expresada en la pena debe tener en consideración las características de la criminalidad femenina. Ello, no solo para establecer una pena abstracta

proporcional desde el punto de vista legislativo, sino también desde la labor exclusiva del órgano jurisdiccional al momento de fijar la pena concreta. Así, en las líneas subsiguientes desarrollo cada uno de estos puntos.

### 1.1. El cambio del rostro de la criminalidad femenina

Durante el siglo pasado hasta los inicios de este, la criminalidad femenina en general se asoció tradicionalmente con los delitos de aborto, infanticidio, así como otros ilícitos actualmente derogados<sup>1</sup>. Las principales características de dichos delitos perfilaron a la criminalidad femenina de la época (Anitua y Picco, 2012), como una mujer que rechazaba su rol de maternidad “naturalmente” establecido.

En aquel entonces, este tipo de criminalidad era fácilmente identificable porque el tipo base o alguna de sus modalidades derivadas, circunscribían expresamente el círculo de sus autores solo a mujeres, sin posibilidad de incluir a los varones. Verbigracia, el delito de autoaborto que sanciona hasta ahora la conducta de “**la mujer** que causa su aborto...”; o el delito de infanticidio que *ab initio* del tipo penal prescribe “**la madre** que mata a su hijo...”. De modo que, la criminalidad femenina estaba compuesta por **delitos especiales determinados por la condición biológica y/o el rol de la mujer derivada de tal condición**.

Aunado a ello, a la criminalidad femenina también se la relacionó con delitos sancionados con **penas privativas de libertad de muy corta duración**. Así pues, continuando con el ejemplo de los delitos de infanticidio y aborto, incluso en la actualidad las penas abstractas de dichos ilícitos no son mayores de uno y dos años de privación de libertad, respectivamente. Sumado a que, contemplan alternativamente la imposición de una pena de prestación de servicios. Por consiguiente, las mujeres que cometen estos delitos tienen mayor oportunidad de que la acción penal prescriba, que las penas privativas de libertad se sustituyan por otras o, en su defecto, que su cumplimiento efectivo sea corto.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, el Código Penal peruano de 1924 en su artículo 217 sancionaba a “la mujer que fingiera preñez o parto para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden, sufrirá prisión no mayor de cuatro años, ni menor de un año”.

Otra característica es **la baja tasa de criminalidad de dichos delitos típicamente femeninos**. Entre el 2011 y 2017, según el Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), el Perú registró un número ínfimo de sentencias condenatorias por los delitos de autoaborto e infanticidio. Así pues, de un total 10077 sentencias, solo se registraron **165** en la categoría de “autoaborto, infanticidio y otros diecinueve delitos”.

Según la misma institución, en los últimos años es prácticamente inexistente la estadística respecto a los delitos de aborto e infanticidio. Así, por ejemplo, a lo largo del 2018 se registraron solo **2** sentencias condenatorias por el delito de infanticidio. Mientras que, entre el 2019 y 2020 se registraron **55** sentencias por el delito de aborto de un total de 31 914. En tal estadística, no se disgregaron las diferentes modalidades de aborto, siendo el autoaborto el ilícito que en estricto interesa para esta investigación.

Por su parte, entre el 2021 y 2022, de forma genérica se señaló que seguían vigentes **1394** casos de los 758 411 registrados. Es decir, no se consideró la situación jurídica o el estado de las investigaciones, por lo que se desconoce qué parte de tal número responden a sentencias condenatorias. Finalmente, no se cuentan con datos disgregados de los años 2023 y 2024 respecto a estos delitos.

La poca persecución penal desde la actuación de los órganos de justicia no se condice con la comisión efectiva de dichos ilícitos en la realidad. Así, el delito de autoaborto cuenta con una alta cifra negra proveniente de los sectores más pobres del país; sin embargo, las políticas públicas no han mostrado una postura clara acerca de la persecución, represión o sobre criminalización de estos delitos. Por el contrario, Bergallo, Jaramillo et al. señalan que se discute arduamente su despenalización (2018).

En las últimas décadas, la criminalidad femenina adquirió otro rostro, pues de acuerdo con la Organización de los Estados Americanos (OEA) la tasa de criminalidad femenina ha aumentado de manera general, pero no por los delitos

antes mencionados. Hacia el 2013, en el Sexagésimo Sexto Período de Sesiones del Comité para el Adelanto de la Mujer de las Naciones Unidas se señalaron como causas de encarcelamiento de las mujeres en las Américas a los siguientes delitos: coerción, aborto, delitos morales, fuga del hogar, aborto, drogas, entre otros.

Respecto a los delitos vinculados con drogas, se señaló que hasta el 2013 se tenían las siguientes estadísticas de mujeres encarceladas:

“Estonia, Portugal, y España casi el 50%; Tayikistán casi el 70%; Letonia casi el 68%<sup>37</sup>; Georgia y Kirguistán casi el 40%<sup>38</sup> e Italia el 37%<sup>39</sup>. Un estudio sobre reclusas en la Argentina reveló que el 55,75% de las reclusas encuestadas habían sido encarceladas por delitos relacionados con las drogas. Esta tendencia es similar en otros países de América Latina, con estadísticas comprendidas entre el 40% y el 75%.” (ONU, 2013, p. 9)

Por su parte, desde la inclusión de delitos violentos cometidos por mujeres, la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM) en un trabajo sobre enfoque de género en materia de mujeres privadas de su libertad, apreció que un número relevante de estos delitos eran cometidos por mujeres que sufrieron actos ilícitos previos por razón de su género. Por ejemplo, está el caso de aquellas mujeres que mataron a su agresor o aquellas que cometieron ilícitos al ser amenazadas por sus parejas o familiares.

Desde el plano regional, la Organización de los Estados Americanos señaló que en los países latinoamericanos, la primera o segunda causa de encarcelamiento femenino se debía a los delitos relacionados con drogas o estupefacientes (2015), cifras que no han disminuido a la fecha.

En dicha línea, Alfredo (2023) explicando la realidad argentina durante el período del 2002 al 2018, afirma que las cifras de mujeres encarceladas por delitos de tráfico ilícito de drogas han aumentado considerablemente, incluyendo las que se encuentran en prisión por una medida coercitiva; adicionalmente, el referido

autor agrega que este fenómeno ha afectado por igual tanto a mujeres biológicas cuanto a transgénero.

Asimismo, de forma específica para el caso de las drogas, Corda sostiene que el número de mujeres encarceladas por estos delitos es mayor porque las leyes penales sobre tráfico de drogas se han endurecido desde la década de los noventa; por tanto, la población penitenciaria femenina aumenta en tanto y en cuanto las penas son más largas (2011, p.29).

Es decir, en la región latinoamericana, la criminalidad femenina ya no abarca necesariamente delitos determinados por la condición biológica y/o rol de la mujer derivada de tal condición, sino que la realidad criminológica de este fenómeno es totalmente diferente y caracterizado en su mayoría por la sanción con penas especialmente altas por la lucha contra las drogas. En el siguiente punto desarrollo el estado actual de este nuevo rostro de la criminalidad femenina y sus características.

## **1.2. El estado actual de la criminalidad femenina en el ámbito internacional**

La Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) se planteó una lucha frontal contra la expansión de las drogas, sin distinción de si el tráfico o consumo fuese efectuado por varones o mujeres. Por esta razón, los delitos vinculados con drogas fueron objeto de una constante sobrecriminalización a nivel internacional. Esto supuso varias consecuencias, entre ellas: el aumento de las penas abstractas, incremento de población penitenciaria y restricción de las causas de excarcelación anticipada (beneficios penitenciarios) por dicho delito, entre otros. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la OEA advirtió que los esfuerzos debían ser focalizados.

En ese sentido, la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) creó un grupo de trabajo orientado a analizar y generar propuestas alternativas al tratamiento penal y penitenciario en todos los eslabones de la cadena del Problema Mundial de las Drogas. Su propósito fue que, dicha tarea

tuviese un **enfoque de género** e incorpore en sus estudios tanto a productores, cuanto a consumidores de drogas.

Las labores de dicho grupo de trabajo iniciaron en el 2014 y como resultado se destacó la **severidad** de las penas para determinados grupos de personas. Por ello, se propuso como línea de acción a nivel multilateral la búsqueda de alternativas al encarcelamiento para: 1) infractores dependientes de drogas; 2) quienes cometen delitos menores vinculados a drogas; y 3) quienes constituyen los eslabones más débiles en las cadenas del tráfico (Organización de los Estados Americanos, 2015, p. 8).

Este último punto es especialmente relevante porque el análisis de las diversas legislaciones americanas ha determinado que, aún no son proporcionales las penas abstractas con el grado de intervención del agente activo en las redes de drogas. A lo sumo, se diferencian tales penas por otros factores externos como son la pureza o la cantidad de droga.

De ahí que, haya una gran cantidad de personas encarceladas por delitos vinculados a drogas, que cumplen con penas concretas de larga duración en las prisiones de la región. Sin embargo, en su gran mayoría dichas personas no tuvieron posición de poder sino una participación menor, como es el caso de los pequeños cultivadores, distribuidores callejeros y/o las denominadas “mulas”.

Precisamente, en este último grupo se encuentran las mujeres. De ahí que, la CICAD venga trabajando arduamente en la elaboración de informes de investigación sobre dicha realidad. Concretamente, en el año 2024, la Comisión resaltó la necesidad de contar con un enfoque de género dentro del sistema de justicia penal y, en estricto, en la formulación de alternativas al encarcelamiento para las mujeres involucradas en delitos relacionados con drogas.

Siguiendo esta línea de acción, el Instituto Transnacional y la Oficina de Washington para América Latina (WOLA) emitió un informe entre cuyas conclusiones determinó el perfil de las mujeres vinculadas con estupefacientes,

señalando que las mujeres no lideran las redes de drogas, sino que básicamente ingresan a los eslabones más bajos y permanecen ahí:

“Las mujeres son más vulnerables a convertirse en ‘mulas’ y/o micro-comercializadoras de drogas debido a las altas tasas de desempleo entre [ellas], y la responsabilidad económica por sus hijos. Más frecuentemente que los hombres, las mujeres son víctimas de engaños y violencia ejercidos por sus esposos, amantes o familiares, y terminan siendo cómplices de estos” (2010, p. 99).

Como mencioné, en aquellos eslabones se encuentran las mulas o también llamadas *burrier*. Según explica Constant, este último término se trata de un neologismo que une dos palabras: burro y *courrier*; y su significado se aplica a aquellas personas usadas como vínculo humano entre el lugar de producción y/o de acondicionamiento, y el lugar de distribución y/o consumo (Constant, 2021).

Incluso, en muchos casos el transporte no solo implica transportar la droga en sus maletas o en la parte externa de su cuerpo. Alfredo explica que estas mujeres pueden ser usadas como “envases” de manera que la droga es introducida dentro de su cuerpo. Para ello, la droga puede acomodarse en condones o paquetes compuestos por capas de bolsitas de látex, además de que también pueden ir recubiertos con una capa externa de cera. Aquello facilita su ingesta y posterior expulsión. Cuando son ingeridas como cápsulas, estas pueden pesar entre diez u once gramos aproximadamente (Alfredo, 2023, p. 6).

Las partes del cuerpo de la mujer donde usualmente se almacena la droga es en el estómago, la cavidad vaginal o anal, ya sea en estado líquido o sólido. Siendo la primera la más peligrosa y de más reciente data, además que no pueden ser detectadas mediante placas. Con todos los riesgos que esta modalidad delictiva supone para la salud de las *burriers*, su pago es inferior al de sus pares varones y al de aquellas personas que se encuentran en los eslabones o mandos medios y superiores.

Para evidenciar esta cruda realidad, Constant presenta el extracto de una entrevista sostenida con una *burrier* española en el 2007 quien se encontraba recluida en el establecimiento penitenciario peruano Santa Mónica:

“En realidad, nosotras somos mierdas porque nos usan y nos pagan una miseria. Por ejemplo, por dos kilos de cocaína iban a darme €7000. Finalmente tenía cuatro kilos ¿Qué representan dos kilos? Luego, ¿en cuánto lo venden allá? €35 000 [el kilo], ¿no? Ellos te mandan aquí te pagan el viaje, pero... ¿y qué? Si a mí me iban a dar €7000, ¿cuánto ganaba él? ¡€140 000!” (Constant, 2021, p. 57)

Asimismo, diferentes organismos han reconocido que la modalidad delictiva de *burrier* es la mayormente cometida por mujeres, pero su intervención no se ha restringido solo a esta, sino que “se ha extendido a otros ámbitos de la cadena de valor del narcotráfico como en las zonas coccaleras donde muestran altas habilidades para la cosecha de marihuana y amapola” (Unodc y Minjusticia, 2018, p.9). En cualquier caso, su participación sigue teniendo vinculación con su rol de género en la sociedad, tal como lo explico más adelante.

A su vez, la ubicación de las mujeres en estos últimos eslabones encierra dos aspectos clave. El primero de estos es que, al ser el brazo operativo más visible de las redes de tráfico, tienen una mayor exposición a ser descubiertas y capturadas. Frente a esto último, casi siempre se quedan sin ningún apoyo de las personas u organizaciones que las captaron.

Lo segundo es su fungibilidad, es decir, que operativamente pueden ser cambiadas indistintamente por otra *burrier*, pues su presencia no es indispensable para la red. Incluso, en su mayoría ni siquiera conocen a otros miembros de la red, diferentes al que las captó. Esto usualmente ocurre cuando son capturadas y necesitan a otra persona que cumpla con la labor. En su defecto, también cuando ya cumplieron con lo encomendado, pueden desvincularse con mayor facilidad de la red. Tal es la fungibilidad en este eslabón, que incluso se usan animales para estos propósitos (perros *burriers*).

Así las cosas, se puede concluir que las mujeres realizan esta actividad criminal de modo esporádico y como medio de subsistencia. Aun cuando esto implique que muchas veces pongan en grave riesgo su salud o la de sus hijos a cambio de pagos ínfimos, esto último en el caso de las mujeres embarazadas (Lai, 2012).

Con relación a las condiciones personales de estas mujeres, el WOLA señaló que provienen de una clase social baja, sin escolaridad o con una baja, sin empleo o con trabajos informales, separadas y/o con miembros de su familia a cargo, en especial hijos. De manera que, el 70% de estas mujeres son cabezas de familia y están involucradas en actividades de microtráfico no violento. Es decir, su vinculación con las drogas viene determinada por la exclusión social, la pobreza y la violencia de género (WOLA, 2014).

Esta realidad sobre la criminalidad femenina actual ha supuesto una preocupación para los Estados. Por ello, en la discusión sobre la problemática de las drogas se ha introducido el concepto de poblaciones vulnerables, la importancia de la perspectiva de género y el análisis de la participación de las mujeres.

El producto de dichas discusiones ha permitido que altos organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) analicen las políticas criminales de los Estados, evidenciando así “la afectación diferenciada de la privación de la libertad sobre las mujeres y las personas que dependen de ellas” (2023, p. 24). Pese al tiempo transcurrido, de forma generalizada no se verifican resultados auténticos más allá de la afirmación unánime de que las penas impuestas a mujeres en este contexto son arbitrarias y desproporcionales (WOLA, 2014).

Con lo expuesto, se entiende de mejor manera por qué elegí analizar la determinación judicial de la pena en este delito en particular. Ciertamente, considero que en los últimos cinco años se han desarrollado importantes avances sobre la perspectiva de género en el ámbito penal y la segregación de las causas criminógenas vinculadas al tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, en mi opinión aún falta desarrollar mayores estudios concernientes al delito de

tráfico ilícito de drogas y la pena concreta que les corresponde a las mujeres que participan de este, pues los estudios existentes se han limitado a cuestionar la pena abstracta o legal de estas mujeres.

En resumen, lo que busco es identificar las situaciones particulares de las mujeres que participan en la red criminal del tráfico de drogas, las cuales merecen ser valoradas judicialmente al momento de determinar la pena. Así, el análisis de la pena puede enfocarse desde tres puntos: la pena abstracta o legal, la pena concreta y la ejecución de la pena. Como una es presupuesto de la otra, es inevitable hacer referencia a los tres aspectos. No obstante, los límites de esta investigación se restringen al análisis de la determinación judicial de la pena concreta.

### **1.3. Las particularidades de la criminalidad femenina en el ámbito peruano**

Conforme con la tendencia internacional, el Perú también ha registrado altas tasas de criminalidad femenina por delitos vinculados con drogas. Lo que se ha visto reflejado al mismo tiempo en la Población Penitenciaria (POPE), pues la población femenina penitenciaria se ha convertido en el grupo minoritario más importante en el país.

El Instituto Nacional Penitenciario (INPE) ha registrado que desde el 2018, la tasa de mujeres internas se ha elevado de 100 internas a más por año, teniendo mayor representatividad en dicha cifra el delito de tráfico ilícito de drogas en sus diversas modalidades. En diciembre de 2023, el delito de tráfico ilícito de drogas encabezó las causas de reclusión de mujeres en establecimientos penitenciarios nacionales, situación diferente al de los varones quienes cometen mayormente delitos de robo y violación sexual de menores de edad (INPE, 2023, p. 92). Esta situación no ha variado durante el año 2024.

Ante este fenómeno criminal, ha sido lento el avance sobre la materia en el país. Así, la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida) en su Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2017-2021 no valoró de forma integral lo concerniente a la forma en que opera el tráfico de drogas desde una

perspectiva de género. Devida se limitó a analizar la situación de las mujeres, niños, niñas y adolescentes como víctimas de violencia, puesto que advirtió que alrededor de la ubicación de las zonas productoras de droga existe el comercio ilegal de personas, trabajos forzados, servidumbre en viviendas, prostitución y explotación sexual infantil (2017, p. 27). Esta situación se repitió en años posteriores, pues Devida no hizo mención alguna sobre la violencia de género en el Plan Estratégico Institucional 2021-2025.

Desde mi punto de vista, dado el incremento de la población penitenciaria femenina relacionada al tráfico ilícito de drogas, considero que hubiera sido importante incluir en el análisis y objetivos que institucionalmente se trazan cada cinco años, a las mujeres como un grupo objetivo a tratar o sobre quienes se proyecten resultados diferenciados.

Atendiendo a la realidad nacional antes comentada, resulta importante atender a los alcances de la legislación que importan a la presente investigación. Al respecto, en el Perú, la sección del Código Penal referido a los delitos de tráfico ilícito de drogas contempla ocho tipos penales.

Dado este amplio espectro y considerando que cada modalidad tiene su propia problemática con relación a la intervención de las mujeres<sup>2</sup>, en razón al alcance de esta investigación he decidido enfocarme únicamente en el supuesto típico del primer párrafo del artículo 296 del acotado Código, referido a la conducta de

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, el delito de comercialización y cultivo de amapola y marihuana así como su siembra compulsiva regulado en el artículo 296-A del Código Penal peruano ha sido materia de estudio en otros países. Así, la Oficina de las Naciones Unidas para la Droga y el Delito realizó un estudio cuantitativo - cualitativo y encuestó a productores agropecuarios en Nariño y Cauca – Colombia. Aquellas son zonas donde se cultivaba coca y amapola, cuyos resultados fueron analizados desde una perspectiva de género.

Entre tales conclusiones, se verificó que en el caso de las zonas productoras de cocaína, el rol de la mujer estaba enfocado en las labores de preparación y traslado de alimentos para los trabajadores del cultivo, esto es, una actividad vinculada a su rol de género. Pero luego, se les permitió realizar otra clase de actividades como el raspado de la hoja de coca (“raspachinas”) y participar en el procesamiento de la coca con precursores químicos, de ahí que se las conoce como “quimiqueras” y en la actualidad se ha convertido en una actividad en la que han adquirido reconocimiento ya que tienen mayor “delicadeza” para cortar la coca. En estas dos últimas actividades las mujeres han ganado terreno es un espacio dominado inicialmente solo por varones. Aún con todo, estas mujeres deben soportar lo que conlleva vivir en un ambiente hostil y machista junto a varones, sufriendo acoso, entre otros (Oficinas de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delitos y Ministerio de Justicia y del Derecho del Gobierno de Colombia, 2018).

las *burriers* o correos de droga. Mi elección esencialmente atiende a que esta es una de las modalidades típicas más recurrentemente cometidas por mujeres.

Es interesante verificar que, el artículo 296 del Código Penal en su redacción original del año 1991 no regulaba la conducta de los *burriers* de manera específica. La cual se incorporó en junio del 2003, luego de cinco modificaciones<sup>3</sup> al referido tipo penal.

Según su redacción actual, la acotada disposición sanciona al que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, sean estupefacientes, sustancias psicotrópicas o nuevas sustancias psicoactivas, mediante actos de fabricación o tráfico.

El Acuerdo Plenario N.º 3-2008/CJ-116<sup>4</sup> especifica que los “actos de tráfico” comprenden la conducta de transportar o desplazar la droga de un lugar a otro, es decir, el actuar de las *burriers*; ya que ellas trasladan la droga instrumentalmente entre sus bienes personales, en paquetes adheridos al cuerpo o en cápsulas ingeridas o colocadas en otras cavidades de cuerpo previo al inicio del viaje.

En cuanto a esta subsunción típica, Frisancho Aparicio es del sector doctrinal que no está de acuerdo y precisa que las *burriers* poseen la droga para traficarla a terceros no consumidores, quienes luego la distribuyen a los consumidores finales. Ello, con el propósito de resaltar que su comportamiento se encuentra en una etapa anterior a la del agente que favoreció, promovió o facilitó **el consumo directo** (Frisancho, 2007).

En lo relativo a la sanción penal, el artículo 296 del Código Penal reprime la conducta de las *burriers* con pena privativa de libertad **no menor de seis ni mayor de doce años** y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2 del acotado Código.

---

<sup>3</sup> Mediante las leyes 28002 y 29037, y los Decretos Legislativo 982, 1237 y 1367.

<sup>4</sup> Del 18 de julio de 2008. Asunto: Correo de drogas, delito de tráfico ilícito de drogas y la circunstancia agravante del inciso 6 del artículo 297 del Código Penal.

Como se aprecia, este delito prevé tres penas legales conjuntas, y en estricto la privativa de libertad oscila entre los ocho a quince años. Debido a dicho extremo mínimo, tal pena tiene vocación de ser una de carácter efectiva, dado que excluye la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la pena privativa de libertad, como son la suspensión de la ejecución de la pena o la reserva del fallo condenatorio<sup>5</sup>.

Además, se ha restringido los beneficios penitenciarios por este delito, siendo esta una de las razones por las cuales la población penitenciaria femenina intramuros ha crecido exponencialmente. Estas características marcan la diferencia con la criminalidad típicamente femenina de antaño, descrita inicialmente.

Sin embargo, la estricta regulación no puede negar las particularidades de la criminalidad femenina que ocurren en la realidad. Para apreciar esta disociación entre la regulación y la realidad, presento a continuación un caso del año 2018 en el que una mujer natural de Huánuco con dos meses de gestación fue intervenida por la Dirección Antidrogas de la Policía Nacional del Perú (DIRANDRO) en el aeropuerto Jorge Chávez, cuando pretendía transportar en su vientre 43 cápsulas con clorhidrato de cocaína, con destino a España. Dada su condición de gestante, no fue posible realizarle un examen radiológico para verificar las cápsulas en su interior sin aumentar el riesgo que existía para la salud e integridad del bebé. Por dicho motivo fue internada durante varios días en un nosocomio (El Comercio, 2018).

Como consecuencia del proceso seguido en su contra, ese mismo año se le impuso 6 años y 8 meses de privación de libertad. Posteriormente, en el marco de la pandemia del Covid-19 y las medidas que se adoptaron para el

---

<sup>5</sup> De acuerdo con los artículos 57 y 62 del Código Penal, la pena privativa de la libertad puede ser suspendida en su ejecución o reservarse el fallo condenatorio, siempre que cumpla con tres requisitos. Uno de ellos es que no sea mayor de cinco años según la modificación del Decreto Legislativo 1585 de noviembre de 2023. Antes de eso, se requería que la pena no fuera mayor de 4 años.

deshacinamiento de los establecimientos penitenciarios, se dictó la Resolución Suprema N.º 091-2020-JUS del dos de mayo de dos mil veinte. En esta se conmutó la pena de diversas mujeres embarazadas y madres que permanecían con sus niños o niñas en los establecimientos penitenciarios, entre quienes se encontraba la mujer de este caso. Fue así que, le conmutaron la pena a 1 año, 11 meses y 5 días de privación de libertad, de modo que solo cumplió efectivamente dos años de prisión.

Este caso llama mi atención porque durante la ejecución de la pena se utilizaron medidas enfocadas a un grupo vulnerable en específico como son las mujeres, lo que supuso un tratamiento diferenciado a sus pares varones. También se utilizaron determinados criterios para que no todas obtuvieran una excarcelación anticipada, sino solo algunas. A pesar del avance en el tratamiento diferenciado, considero que no es preciso esperar a la etapa de ejecución para abordar los problemas que se suscitan por las penas largas que deben cumplir estas mujeres. Siendo posible plantear soluciones bajo el mismo enfoque, pero desde una etapa anterior: la determinación judicial de la pena.

En definitiva, la respuesta punitiva del Estado a través de la pena concreta no debería acompañar la severidad de la pena abstracta y estar desprovista de un enfoque de género e interseccionalidad. Lo contrario implicaría desconocer nuestra realidad y las razones por la cual las mujeres se insertan a las redes de drogas.

## **2. La perspectiva de género y su relevancia en la determinación judicial de la pena de las mujeres *burriers***

En el apartado anterior señalé las características de la criminalidad femenina y su nuevo rostro plasmado en el tráfico ilícito de drogas, así como el perfil de las mujeres vinculadas con tal delito. A mi criterio, estos aspectos pueden introducirse al análisis de la determinación judicial de la pena mediante la perspectiva de género.

Para explicar mi posición, considero necesario definir los alcances de la perspectiva de género desde un punto de vista ideológico, para luego pasar a lo jurídico. En ese sentido, desde el marco convencional internacional y la normativa peruana evidencio cómo es posible aplicar la perspectiva de género en el razonamiento judicial. En estricto, en el procedimiento de la determinación judicial de la pena a imponerse a las mujeres *burriers*.

## **2.1. La perspectiva de género desde el punto de vista ideológico**

La perspectiva de género surgió como herramienta conceptual dentro de la corriente ideológica del feminismo. En el cual es definido por una de sus principales representantes del siguiente modo: “(...) la perspectiva de género tiene como uno de sus fines contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las mujeres y con las mujeres” (Lagarde, 1996, p. 13).

De manera que esta perspectiva se contrapone a los efectos del “patriarcado”, el cual es un término usado para aludir “al sistema de denominación genérico en el cual las mujeres permanecen genéricamente bajo la autoridad a su vez genérica de los varones” (Valcárcel, 1991, 142).

Sin embargo, el concepto de “perspectiva de género” o el “género” en sí mismo no es neutro. Si bien, el movimiento feminista ha sido pionero en discutir sobre estos conceptos, discrepo de la facción que amplía sus horizontes y defiende que el género no solo debe tratar las desigualdades entre varones y mujeres. Sino también las desigualdades respecto de otros grupos discriminados por su identidad y expresión de género, tal como el grupo LGTBI+.

En mi opinión, si todos los aspectos concernientes a las cuestiones de género se conciben en esa forma restringida, entonces se está perpetuando la discriminación que precisamente denuncian. Tal es el caso de la violencia ejercida en perjuicio de varones en términos biológicos identificados como mujeres transexuales (Juárez, 2012).

Efectivamente, no se puede desconocer que el grupo LTGBI+ es uno vulnerable. Por tanto, merece la misma atención, preocupación y tratamiento que las mujeres. Pero, desde mi postura, esto atiende a otro ámbito de estudio y aplicación de otros instrumentos internacionales. Por ejemplo, se tienen los “Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género” también denominados Principios de Yogyakarta, los cuales fueron elaborados para garantizar los derechos a la igualdad y a la no discriminación sin distinción de sexo, orientación sexual o identidad de género.

Es así que, los puntos que analizo en adelante se basan en la postura que acabo de exponer.

## **2.2. El surgimiento de la perspectiva de género en el marco convencional internacional**

Como consecuencia de los diversos movimientos sociales y la ideología que se gestó alrededor de la discriminación en contra de la mujer, desde hace décadas diversos organismos han venido gestando una agenda en salvaguarda de sus derechos.

Al inicio, se trató principalmente de un avance formal en el cual hubo un largo camino para pasar del sexo al género y diferenciarlos correctamente en los instrumentos internacionales. Luego, gradualmente se introdujeron diversos conceptos y categorías para describir y visibilizar la realidad problemática de las mujeres, la cual era soslayada en las agendas políticas y académicas.

Como lo afirma Amorós, “(...) la conceptualización significa pasar de la anécdota a la categoría, y precisamente en esta cuestión de los malos tratos y asesinatos de mujeres ha sido enormemente difícil que se produjera este paso [...] Las anécdotas eran anécdotas porque no se sumaban [...] los casos de mujeres agredidas y asesinadas eran casos aislados” (2008, p. 16). Hasta que se vio la necesidad de darle un nombre a ese factor en común que se observaba en las muertes de cientos de mujeres a manos de sus parejas, la violencia que

padecían, el acoso generalizado en su contra, la discriminación salarial, entre otros.

Según el autor anotado, la conceptualización es un trabajo de carácter político, ya que un concepto bien estructurado politiza el fenómeno que se pretende describir y exponer, mientras que otros despolitizan o trivializan su contenido. Es decir, lo definen pero a su vez lo invisibilizan (Amorós, 2008).

En ese interín, se conceptualizó la “violencia de género” y sobre su base en la actualidad se reconocen nuevos derechos como el de toda mujer a vivir una vida libre de violencia. Además, este concepto propició que se formulen nuevas líneas de acción. De manera que, en los últimos años se ha trabajado para proveer herramientas jurídicas que a nivel institucional eliminen las desigualdades entre varones y mujeres; entre estas se encuentra la perspectiva de género, cuyo surgimiento explico en las siguientes líneas, así como la evolución jurídica que la precedió.

### **2.2.1. El paso del sexo al género y las conceptualizaciones sobre las cuestiones de género**

En el sistema universal de las Naciones Unidas se proclamó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se elaboraron dos importantes pactos en 1966: El Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales. Desde una perspectiva general, ambos abordaron lo relacionado con los **derechos de igualdad y no discriminación** de las personas.

Recién en 1979 se elaboró la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Cedaw)**. Esta es conocida como la Carta Magna de los derechos de las mujeres, pues por primera vez se tuvo un catálogo completo de derechos humanos referidos específicamente a las mujeres y niñas. En este se estableció el deber de todos los Estados Parte de impulsar una política encaminada a eliminar las prácticas discriminatorias en su contra.

Cabe precisar que, en esta convención no se empleó el término género, sino mujer. Asimismo, en su primer artículo se conceptualizó la discriminación de la mujer del siguiente modo:

“Artículo 1: la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción **basada en el sexo** que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, **sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer**, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.” [el énfasis es propio]

En conexión con este concepto, en el artículo 5 de la misma convención se precisó que los Estados Parte debían adoptar medidas para la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres. Esto con el fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Por tanto, pese que a lo largo de la mencionada convención se usó solo el término sexo, lo cierto es que el significado que se le dio a dicho término no se limitó a lo netamente biológico. Por el contrario, advierto que hubo un acercamiento a lo que actualmente se entiende por género.

Si bien este fue un instrumento de gran relevancia y que marcó la pauta para alcanzar la igualdad formal en los derechos de las mujeres, no se puede soslayar que aún quedaban vacíos importantes que abordar. En esta convención en absoluto se mencionó al género, la perspectiva de género, ni a los grupos en situación de vulnerabilidad, como las reclusas o detenidas, ni la discriminación por la identidad de género u orientación sexual. Los cuales son aspectos importantes al tratar el tema de la discriminación y entenderlo desde un enfoque interseccional.

Por su parte, en la **Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer** de 1993 se reguló y conceptualizó lo concerniente a la violencia contra la mujer. Lo que supuso un paso relevante, pues en la convención anterior se había visibilizado solo lo relativo a su discriminación. Como claramente las situaciones de discriminación desembocan en violencia, correspondía que esta fuese abordada de forma específica en un instrumento así.

En el preámbulo de esta declaración se reconoció que la violencia contra la mujer manifiesta la existencia de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que impidieron el avance pleno de esta última. Asimismo, en el artículo 2 de la misma declaración se conceptualizó dicha clase de violencia en los siguientes términos:

“Artículo 2: (...) por "violencia contra la mujer" se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al **sexo femenino** que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.”

Aunado a ello, en los demás dispositivos de esta declaración se hizo énfasis en los grupos minoritarios que ameritan una especial atención. Como son las mujeres indígenas, las refugiadas, migrantes, las que habitan en comunidades rurales, quienes tenían discapacidades, se encontraban en pobreza, o las recluidas en instituciones o detenidas, o quienes por su edad eran particularmente vulnerables a la violencia como las niñas y ancianas. Así como a las mujeres en situaciones de conflicto armado.

Aun cuando no se aludió al género, ni la perspectiva de género, es posible advertir que esta declaración supuso un adelanto importante para su época. Dado que, no solo visibilizó la violencia contra las mujeres, sino que precisó que son más vulnerables las mujeres con determinadas características (indígenas o niñas) o situaciones (en pobreza o reclusión). A mi criterio, esta afirmación

constituye un antecedente importante no solo para la perspectiva de género, sino para un análisis interseccional.

Un año después, en 1994, el Sistema Regional Americano adoptó **la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer** (Convención de Belém do Pará). En esta se acogió la mayoría de los postulados de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. No obstante, en esta convención sí se introdujo la referencia al género:

“Artículo 1. (...) Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, **basada en su género**, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”

Asimismo, en su artículo 9 se reiteró que las mujeres podían encontrarse en situación de vulnerabilidad cuando la violencia en su contra se ejerza debido a otros factores como su raza, condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido si está embarazada, discapacitada, es menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad. Como se advierte, en el citado dispositivo legal se agregó al embarazo como una situación de vulnerabilidad.

Como en esta convención no hay una diferenciación entre el “sexo” y “género”, es preciso señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) se ha aproximado al mismo. Es así que, la citada Corte sin el propósito de brindar una definición inmutable<sup>6</sup>, sino solo una aproximación aceptada, diferenció ambos términos. Definiendo al sexo en términos netamente biológicos, es decir, las características y diferencias entre varón y mujer por la

---

<sup>6</sup> Tal como lo señaló la Corte IDH, no todos los conceptos usados sobre este tema han alcanzado una definición pacífica a nivel nacional o internacional, tampoco en el ámbito académico o social, sino que ha adquirido matizaciones según los intereses que defiende cada grupo. Además, la citada Corte admitió que su contenido está en constante cambio y revisión (Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017).

composición genética, hormonal, anatómica y fisiológica al nacer. Además de incluir una referencia a las personas hermafroditas o intersex.

En cuanto al **género**, la Corte IDH señaló que engloba a “las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas” (CIDH, 2017, p. 4).

Finalmente, a partir de los tres instrumentos internacionales analizados es posible extraer las siguientes conclusiones. En primer lugar, las cuestiones de género y las conceptualizaciones que se realizaron sobre su base se enfocaron en la mujer como **víctima**. Por esta razón, inicialmente en el marco convencional solo se analizó la discriminación y violencia en perjuicio de la mujer. Sin embargo, hasta ese momento no se había realizado un análisis parecido en cuanto a la condición de la mujer como agente activo de delitos.

### **2.2.2. La perspectiva de género como instrumento institucional**

En 1995 tuvo lugar la cuarta conferencia mundial sobre la mujer en Beijing. Como producto de dicha conferencia se suscribió la **Declaración y Plataforma de Acción de Beijing**. Uno de sus ejes temáticos estuvo referido a los mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer, en el cual se incluyó como objetivo estratégico integrar la **perspectiva de género** en las legislaciones, políticas públicas, programas y proyectos. Además, se reconoció que, pese al desarrollo de diversas metodologías para realizar un análisis basado en el género, estas usualmente no se aplicaban o, en su defecto, se hacía de manera incorrecta.

Como se aprecia, lo resaltante de esta declaración es que se introdujo la perspectiva de género no solo como concepto, sino como instrumento. De manera que es útil para adoptar decisiones y su uso es susceptible de ser controlado.

De acuerdo con dicha declaración, el fin de la perspectiva de género es realizar una serie de acciones a ser ejecutadas considerando la igualdad de géneros. De manera que se puedan analizar las consecuencias o efectos para la mujer y el hombre antes de adoptar decisiones (par. 123). Con esto se procura lograr un equilibrio o igualdad de género (par. 142), puesto que ello permite potenciar el papel de las mujeres. Es decir, su propósito es eliminar la discriminación, sesgos, desigualdades y disparidades basadas en el género. Así como evaluar los efectos negativos o desproporcionados de un fenómeno respecto de un género en estricto.

De ahí que, el ámbito de aplicación de la perspectiva de género no se restringe a un solo ámbito, sino que es transversal a las diversas esferas de interés de la sociedad como la económica, política y social, e incluso de cara a tratar problemas de estabilidad macroeconómica, deuda externa, pobreza, salud y educación. Así, los Estados del Sistema Regional Americano tienen el compromiso de promulgar leyes que comprendan la perspectiva de género en todos esos ámbitos.

Por otro lado, en el Sistema Regional Europeo se adoptó el **Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)** del 2011. Este es un convenio mucho más moderno en cuyo artículo 3 de antemano se define el concepto de género y se usa el concepto de “violencia contra las mujeres por razones de género”, al cual se le atribuye ser aquella violencia contra una mujer porque es una mujer o que las afecte de manera desproporcionada.

Con ese preámbulo, no es raro que en su artículo 6 se refiera a la perspectiva de género con la siguiente fórmula: “Las partes se comprometen a incluir un **enfoque de género** en la aplicación y la evaluación del impacto de las disposiciones del presente Convenio y a promover y aplicar de manera efectiva políticas de igualdad entre mujeres y hombres y para la adquisición de autonomía de las mujeres”.

En comparación con los dos grandes convenios sobre protección a las mujeres, en los que no se había hecho referencia expresa a este aspecto, el Convenio de Estambul asumió una posición mucho más clara sobre las cuestiones de género y en particular sobre la perspectiva de género.

Ese mismo año, en el sistema universal se adoptaron “las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes” conocidas como las Reglas de Bangkok. Su elaboración se debió esencialmente al aumento de la población penal femenina a nivel mundial y la necesidad de atender la situación particular de las mujeres delincuentes, aspecto que no se había analizado anteriormente, como lo advertí líneas arriba.

Una parte de dichas reglas se formularon para ser observadas al momento de imponer la pena, como las reglas 57, 61, 62 y 64. Pese a que, en ellas no se aludió expresamente a la perspectiva de género, ciertamente exponen criterios útiles para eliminar las desigualdades y discriminación de las mujeres condenadas. A continuación, aludo a cada una de estas reglas, aunque no en orden ascendente sino por prelación de interés.

En la **regla 61** se señala que los tribunales tienen la facultad de examinar atenuantes como la ausencia de antecedentes, la levedad relativa y el carácter del comportamiento delictivo de las procesadas. De manera semejante, es posible tener en cuenta las responsabilidades de las procesadas sobre el cuidado de otras personas y su situación particular.

En atención a que el delito mayormente cometido por las mujeres es el tráfico ilícito de drogas, algunos interpretaron que para operativizar la mencionada regla 61 es preciso que las legislaciones reformen las leyes que clasifican dicho delito como grave. Además de incluir circunstancias atenuantes en los delitos de drogas y, en específico, vinculadas con el género que reflejen los motivos de la inserción de las mujeres a las redes de drogas (Cots y Nugier, 2021).

Por su parte, la **regla 64** establece pautas para que el órgano jurisdiccional decida imponer una pena privativa de libertad o no. La primera consiste en que, si las procesadas están embarazadas o tienen niños a su cargo, el tribunal puede preferir imponer una pena que no restrinja su libertad. La segunda pauta indica que esta opción es menos viable si el delito cometido es grave o violento, o si la mujer representa un peligro permanente. En cualquier caso, siempre se debe considerar el interés superior del niño.

En lo relativo a esta regla, se considera que es necesario que cada ordenamiento ajuste sus leyes internas a este estándar. Con el fin de que las medidas alternativas a la pena privativa de libertad regulen el supuesto de las mujeres que cometieron delitos de drogas en su condición de embarazadas, lactantes, o con niños a su cargo. De forma que, la imposición de dichas medidas alternativas se convierta en regla y la pena privativa de libertad sea la excepción (Cots y Nugier, 2021).

Es más, en la **regla 57** se establece que las medidas alternativas deben ser elaboradas en consideración del historial de victimización de las mujeres delincuentes y sus responsabilidades de cuidado de otras personas. En conexión con este dispositivo, también se tiene la **regla 62** la cual alude a un mayor uso de la prestación de servicios comunitarios como medida alternativa para las mujeres, y la incorporación de mejoras en la regulación de dicha pena acorde con las cuestiones de género.

Hasta este punto, se aprecia que las reglas de Bangkok ofrecen criterios para modificaciones esencialmente legislativas. No obstante, la realidad es que la mayoría de los países latinoamericanos, como Perú, tienen una política antidrogas severa. De ahí que, las penas abstractas sean elevadas y existan diversas restricciones para los delitos vinculados a drogas, sin tener en consideración los motivos estructurales por los cuales las mujeres se insertaron en este mundo delictivo.

### **2.2.3. La aplicación de la perspectiva de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Como anoté, la perspectiva de género es transversal a diversos ámbitos, pero en la presente investigación interesa su aplicación al razonamiento judicial dentro del proceso penal.

Para tales efectos es preciso resaltar que, con base en los instrumentos analizados en el apartado anterior, la Corte IDH ha emitido diversos pronunciamientos sobre cómo el género de la víctima influye en el motivo del crimen, su contexto y la forma de la violencia (Corte IDH, 2018) y ha brindado lineamientos que los jueces deben tener en consideración al emitir sus decisiones. Seguidamente, muestro algunos pronunciamientos relevantes.

Entre estos se tiene el caso del Penal Miguel Castro Castro vs Perú del 25 de noviembre de 2006, la Corte IDH concluyó que las autoridades del orden ejercieron violencia específica en contra de las mujeres, pues las afectó a ellas en mayor proporción que a sus pares varones, con lo relativo a la vivencia de la maternidad (párr. 223 y 224).

Si bien aprecio que en esta sentencia no se aludió expresamente a una “perspectiva de género”, ciertamente la Corte IDH precisó que el Estado peruano no tuvo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres por encontrarse sometidas a detención o prisión, ni observó reglas mínimas como que “las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención” (párr. 303).

Por consiguiente, la citada Corte se pronunció sobre el tratamiento y las medidas que deben adoptarse respecto de las mujeres detenidas en condición de gestantes, en postparto o lactantes. Es decir, realizó una diferenciación en el trato que las mujeres deben tener en atención a su sexo y, en estricto, al rol derivado de este como su condición de madre.

Asimismo, la Comisión IDH en las observaciones a la opinión consultiva de la Corte IDH sobre “Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad” precisó los alcances del caso Miguel Castro Castro y las reglas de Bangkok respecto al régimen penitenciario de las mujeres. En esencia, resaltó que este régimen debe ser flexible para atender las necesidades de las mujeres con las condiciones especiales indicadas en el párrafo anterior, y buscar que a las mujeres no les afecte la reclusión en mayor proporción que a los varones mediante la incorporación de medidas diferenciadas en el ámbito sanitario, alimenticio, familiar y otros.

En la sentencia del caso González y otras (Campo algodnero) vs México del 16 de noviembre de 2009, la Corte IDH salió del ámbito penitenciario y se concentró en el proceso en sí mismo. Así pues, advirtió que durante **la investigación** de los diversos homicidios de mujeres no se contempló el contexto de violencia de género en el cual estos ocurrieron. De modo que, las autoridades a cargo fueron ineficientes e indiferentes a dichos crímenes, minimizaron las desapariciones de mujeres y no iniciaron la investigación de forma inmediata por considerar que las mujeres desaparecidas habían huido con sus parejas. Tal actitud perpetuó la violencia de género y dejó en impunidad otros tantos hechos.

Posteriormente, en la sentencia del caso Fernández Ortega y otros vs México del 15 de mayo de 2011, la Corte IDH concluyó que en los casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen la **obligación reforzada de investigarlos con debida diligencia**.

Siguiendo tal línea, en la sentencia del caso Masacres de Río Negro vs Guatemala del 4 de septiembre de 2012, la Corte complementó el mandato anterior al considerar que ya no solo se trataba de la obligación de investigar, sino también de **juzgar** considerando la violencia que habían sufrido las mujeres de forma particular.

No muchos años después, en la sentencia del caso Veliz Franco y otros vs Guatemala del 19 de mayo de 2014, la mencionada Corte verificó que luego de interpuesta la denuncia por desaparición de la menor no se emprendieron

acciones para su búsqueda efectiva. Aunado a que, en los informes emitidos durante la investigación se consignó su forma de vestir, su vida social y nocturna. Por tal razón, este alto organismo estableció que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres.

En la sentencia del caso *I. V. vs Bolivia* del 30 de noviembre de 2016 se reconoció que las mujeres están más expuestas a situaciones de discriminación, no solo por su sexo o género, sino también por la confluencia de otros factores, como su condición de migrante o su situación económica (párr. 136). De manera que, cuando los jueces aprecien los hechos, **además de tener en cuenta la perspectiva de género**, también debe prestar atención al enfoque de interseccionalidad. Con lo cual es posible advertir que la situación de vulnerabilidad de las mujeres puede acrecentarse por una **discriminación múltiple**, la que consecuentemente aumenta el riesgo de las mujeres de que sus derechos sean violados.

Recientemente, en la sentencia del caso *Cuéllar Sandoval y otros vs. El Salvador* del 18 de marzo de 2024, la Corte IDH advirtió entre otros puntos que el Estado no implementó programas de capacitación sobre la investigación y judicialización de casos de desapariciones forzadas de mujeres con una perspectiva de género. Por tanto, ordenó que en el plazo de dos años implemente tal programa, así como se realice un plan de sensibilización dirigido a las “fuerzas de seguridad y operadores de justicia para garantizar que **toda investigación y eventual judicialización de casos de desaparición forzada de mujeres se realice con perspectiva de género y un enfoque interseccional**” (párr. 157).

Por lo expuesto, advierto que la Corte IDH a lo largo de los años ha ampliado el ámbito en el que se debe analizar un caso con una perspectiva de género, siendo que poco a poco resulta aplicable a cada etapa del proceso penal. No obstante, no existe un pronunciamiento que específicamente desarrolle su observancia en la determinación judicial de la pena. Esto puede deberse en parte a que la Corte IDH ha analizado la perspectiva de género cuando la mujer es víctima, pero no

si es autora del delito. Con esto se evidencia un vacío latente en la jurisprudencia de la Corte IDH, ya sea por falta de oportunidad o de propósito político.

### **2.3. La perspectiva de género en la legislación y jurisprudencia penal peruana**

En el Perú se han reconocido nueve grupos vulnerables, entre los cuales se encuentran las mujeres. Por esta razón, los citados instrumentos del sistema universal y regional son de especial relevancia para el ordenamiento peruano. Además, forman parte del bloque de constitucionalidad peruano por el mérito de la IV disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú. Así como del artículo 55 el cual establece que los tratados en vigor forman parte del derecho interno.

Sobre su base, el Estado peruano ha trabajado arduamente en constituir un marco legal adecuado para la lucha contra la discriminación y violencia de género. En el cual, la norma más importante es la Ley 30364 “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar” del 23 de noviembre de 2015. Esta adoptó esencialmente los postulados de la Convención de Belém do Pará, de ahí que aborde todos los aspectos concernientes a la mujer desde su condición de víctima.

Bajo esa línea, es lógico que esta ley se enfoque en el proceso de victimización de la mujer desde el ámbito extrapenal como la discriminación y el acoso en los centros educativos, de trabajo y otros. Estos alcances también se apreciaron en el ámbito penal, en el cual se produjeron diversas modificaciones en la parte general y especial del Código Penal con el fin de agravar las penas de determinados delitos cometidos usualmente en perjuicio de mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Sin embargo, las modificaciones anotadas no incidieron de forma alguna en la tipificación del delito tráfico ilícito de droga, respecto a la posibilidad de regular una reducción de pena o incorporar circunstancias que tutelen especialmente a las mujeres, pese a que este es el cometido principal de las mujeres en su condición de sujeto activo. Lo que en mi opinión hubiera sido importante, de otra forma solo se aborda parcialmente el problema de su discriminación.

Sin perjuicio de lo anotado, esta ley tiene aspectos bastante importantes. Entre ellos, en su artículo 3 prescribe que los operadores al aplicarla deben considerar el **enfoque de género**, al cual describe del siguiente modo:

“Reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de la violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.”

Como quiera que el legislador restringió la aplicación del enfoque de género a los alcances de la mencionada ley, la misma se orientó principalmente a la tutela de la mujer en el contexto de violencia familiar. Entonces, pareciera que la perspectiva de género se circunscribe a los contextos en los que la mujer tiene la condición de víctima.

Para confirmar o refutar ello, es preciso observar si los jueces han interpretado y aplicado la perspectiva de género solo en aquellos delitos vinculados con la violencia familiar, como los lesiones, agresiones, feminicidio. O si es que de manera amplia lo han aplicado a otros como el delito de tráfico ilícito de drogas, en el que la mujer tiene mayormente la condición de sujeto activo.

Por otra parte, cabe anotar que la Ley N.º 30364 ha sido posteriormente complementada con el Decreto Legislativo N.º 1386 del 4 de noviembre de 2018, en el cual se precisó la competencia de las fiscalías y juzgados, entre otros; y la

Ley N.º 30862 del 25 de octubre de 2018 que incorporó a las víctimas indirectas y fijó los plazos para el proceso tutelar. Si bien, se han emitido otras leyes vinculadas a la protección de la mujer, como el Decreto Legislativo N.º 1410 del 12 de setiembre de 2018 con el cual se incorporaron nuevos delitos como el de chantaje sexual, acoso sexual y hostigamiento; lo cierto es que además de la Ley N.º 30364 no existe otra que haya aludido expresamente a la perspectiva de género.

Ahora bien, para analizar la jurisprudencia peruana, me concentraré en aquella emitida por las altas Cortes. Esto es, la del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, en específico de las Salas Penales, dado el objeto de estudio de la presente investigación.

La **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** ha evolucionado conforme con el pasar de los años y ha ampliado el alcance de la protección de las mujeres como grupo vulnerable.

Así pues, en la STC N.º 1423-2013-PA se discutió la compatibilidad del estudio de la carrera militar con el ejercicio de la maternidad. Con base en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres, el Tribunal reconoció que las mujeres no solo tenían el derecho a no ser discriminadas por razón de sexo, sino otros tantos como el de no discriminación de las mujeres embarazadas, educación y libre desarrollo de la personalidad.

La STC N.º 5121-2015-PA se avocó a la violencia contra las mujeres identificándola como un problema estructural de la sociedad. Siguiendo a la Convención de Belém do Pará, determinó que en la investigación del delito pueden existir patrones discriminatorios. De modo que, en el caso que fue sometido a su conocimiento, el Tribunal determinó la nulidad de los actuados y la emisión de un nuevo dictamen fiscal.

En el 2019, la STC N.º 1479-2018/PA invocó la Ley N.º 30364 y Decreto Legislativo N.º 368 y por primera vez se refirió a la “perspectiva de igualdad de género”, la cual describió como una herramienta metodológica e instrumento ético conforme se aprecia en las siguientes líneas:

“(…) la perspectiva de igualdad de género, entendido como una nueva mirada a la desigualdad y a la situación de vulnerabilidad de las mujeres, se presenta como una **herramienta metodológica que necesariamente debe ser empleada en el ámbito institucional (y también en el ámbito privado)**, ya que ayuda a la materialización de las medidas públicas adoptadas para lograr una real igualdad en derechos entre hombres y mujeres, y porque también constituye un **instrumento ético que dota de legitimidad a las decisiones institucionales que se tornen en aras de alcanzar una sociedad más justa e igualitaria.**” (párr. 9)

“La perspectiva de igualdad de género es, pues, **una nueva forma de análisis que evidencia cómo es que determinados hechos o situaciones afectan de manera distinta a los hombres y a las mujeres**, vale decir, un análisis con sensibilidad de género y motivado por lograr la equidad entre hombres y mujeres. Es esta definición conceptual la que explica por sí sola la necesidad de su incorporación en el ámbito institucional.” (párr. 10)

En esta decisión, el Tribunal Constitucional acogió la perspectiva de género aplicada a la función pública o administración de justicia. Por lo que, en su comprensión, dicha perspectiva propicia ajustes en las estructuras institucionales: desde la creación de juzgados y fiscalías especializadas; la flexibilización de procedimientos; hasta aterrizar su aplicación en el razonamiento fiscal y judicial con el propósito de enfocar adecuadamente la persecución e investigación del delito, y la toma de decisiones respectivamente. Pero no se indicó cómo debía introducirse específicamente la perspectiva de género dentro del razonamiento judicial, ni mucho menos se mencionó a la determinación judicial de la pena.

En cuanto a la **jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú**: por un lado, se tiene la emitida a través de acuerdos plenarios al amparo del artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y por el otro lado, la jurisprudencia emitida a través de las sentencias de casación y recursos de nulidad.

Con relación al primer extremo, es preciso partir por el Acuerdo Plenario N.º 1-2016/CJ-116 referido a los alcances típicos del delito de feminicidio. En este se reitera el enfoque de género descrito en la Ley N.º 30364 y se analiza el delito de feminicidio como parte del ciclo de violencia de género cometido en agravio de las mujeres. Mientras que, en el Acuerdo Plenario N.º 2-2016/CJ-116 concerniente a las lesiones y faltas por daño psíquico y afectación psicológica, se mencionó la violencia contra la mujer como violencia de género. Pero no se mencionó en absoluto la perspectiva de género.

Por su parte, en el Acuerdo Plenario N.º 9-2019/CIJ-116 cuyo asunto es “La violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar. Principio de oportunidad, acuerdo reparatorio y problemática de su punición” se recogió la descripción de la perspectiva de género de la STC N.º 1479-2018-PA y se invocó la Ley N.º 30364, sin mayor aporte sobre la materia.

Por lo expuesto, se aprecia que las cuestiones de género y, en particular, la perspectiva de género se enfoca en los delitos que componen el ciclo de violencia contra las mujeres y se las sigue considerando solo desde su condición de víctimas.

Al respecto, rechazo la interpretación que limita la aplicación de la perspectiva de género solo a contextos del ámbito privado, como la violencia doméstica o familiar, pues aquello determinaría la protección de la mujer a supuestos en los que se encuentre vinculada a una relación afectiva: pareja o parentesco, esposa, exesposa, conviviente, ex conviviente, hija, hermana, cuñada y otros. Cuando en realidad puede aplicarse en el análisis de cualquier supuesto, siempre que se discrimine a las mujeres por su género.

Siguiendo el análisis de las decisiones emitidas por las Salas Penales de la Corte Suprema, aprecio que a través de las casaciones y recursos de nulidad los jueces supremos gradualmente han desarrollado los alcances de la perspectiva de género y su aplicación durante las etapas del proceso.

En el 2019, en el Recurso de Nulidad N.º 1314-2018/Lima bajo la ponencia de la jueza suprema Susana Castañeda Otsu, se analizó a la pena con una perspectiva de género en un caso por el delito de tentativa de feminicidio. Con el fin de reseñar brevemente el caso, la conducta del condenado consistió en rociar de kerosene a su expareja y pretender prenderle fuego en un local público donde supuestamente estaba en compañía de otro varón. El condenado no logró su cometido por la intervención de una tercera persona quien vio la escena y lo persiguió para quitarle el encendedor que tenía en la mano.

En consideración del Colegiado de primera instancia, el sujeto en mención era responsable penalmente por tales hechos y culpable del delito de tentativa de feminicidio, pero en su criterio el suceso fáctico en sí mismo no era tan grave. De modo que, le impusieron una pena de cuatro años de privación de libertad, suspendida en su ejecución. Esta decisión fue cuestionada por el fiscal superior solo en el extremo de la pena.

Al respecto, el Supremo Tribunal revocó la pena y reformándola, la aumentó en atención a que la entidad y gravedad de los hechos debió ser analizado con perspectiva de género. Así pues, en el fundamento decimoséptimo estableció que la perspectiva de género “debe aplicarse en todas las etapas del proceso. No solo para establecer la comisión del tipo penal que se analice, sino también su apreciación para la determinación judicial de la pena (...) [para] analizar la entidad y gravedad de los hechos”. Este pronunciamiento supuso un importante avance sobre la vinculación entre la perspectiva de género y le pena.

En el 2023, en el Recurso de Nulidad N.º 1204-2022/Lima Norte bajo la ponencia del juez supremo Iván Guerrero López, se analizó la pena con una perspectiva de género por los delitos de secuestro seguido de violación.

Dicho caso desarrolló de manera muy interesante que, en atención a los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano sobre protección a la mujer, el legislador modificó diversos dispositivos con el fin de tutelar y sancionar aquellas conductas discriminatorias hacia las mujeres por razón de su género. Entre las técnicas legislativas usadas, se tiene la formulación de nuevas circunstancias agravantes específicas para agravar la pena abstracta de algunos delitos como el de violación sexual de mayor de 14 años, lesiones leves, sicariato y otros. Además, en tal pronunciamiento se ratificó la decisión recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1314-2018/Lima antes reseñado.

A partir de tales ejecutorias supremas se verifica que existe un compromiso por parte de los jueces supremos de avanzar en lo relacionado a la perspectiva de género dentro de la determinación judicial de la pena y los elementos que forman parte de tal procedimiento como, por ejemplo, las circunstancias.

Aun con todos estos esfuerzos, nuevamente verifico que tal perspectiva de género sirve para analizar la pena de un varón respecto de un delito que cometió en perjuicio de una mujer, mas no cuando su posición es la de sujetos activos. Esto me autoriza a concluir que, este ámbito específico aún no ha sido abordado por ninguna norma interna ni la jurisprudencia nacional, lo que dota de relevancia y utilidad a mi investigación.

#### **2.4. Postura personal sobre la perspectiva de género y la relevancia de su aplicación en la determinación judicial de la pena**

En mi criterio, la perspectiva de género lejos de fomentar mayor discriminación lo que pretende es equilibrar la igualdad que se merecen los varones y mujeres en la sociedad. De ahí que, el Tribunal Constitucional se refiera a ella como “perspectiva de igualdad en el género” lo que expone su contenido de manera más clara.

Por su parte, en una línea de razonamiento que comparto, Paraboni señala que por perspectiva de género se entiende lo siguiente:

“Un enfoque de análisis que parte del reconocimiento de la existencia de situaciones de desigualdad estructurales y discriminación a las que históricamente son sometidas las mujeres, y procura neutralizar las consecuencias negativas de ese trato desigual a través de decisiones que no partan de dogmas o categorías generales y abstractos, sino que en los casos concretos tengan en cuenta la especial situación en que se encuentran las mujeres.” (2023, p. 70)

En resumidas cuentas, la perspectiva de género resulta una herramienta útil para evitar la discriminación por razón de género, pero en ningún caso supone un doble estándar para analizar los casos, sino que es uno solo de tipo íntegro y completo.

En cuanto a su aplicación, la perspectiva de género es transversal. De manera que sobre su base se han efectuado modificaciones legislativas en diversos ámbitos como el educativo, laboral, sanitario y otros. Las que, en mi opinión, no deben ser ocasión para brindar una sobreprotección impertinente a la mujer. A tal punto de mantener patrones de discriminación o estereotipos de género con la preconcepción de que la mujer está en una posición inferior y requiere constante tutela, como si se tratase de una persona inimputable. Por ejemplo, Acale (2013) señala que se debe evitar la sobrecriminalización de delitos de subjetividad –activa y/o pasiva- restringida en razón de género bajo la excusa de aplicar la perspectiva de género.

Adicionalmente, como la mujer es uno de los nueve grupos vulnerables reconocidos en el Perú, es posible que esta condición de vulnerabilidad se una a otras vulnerabilidades. Así pues, que la mujer no solo sea discriminada por una cuestión de género, sino también de raza o etnia. Por lo que, al aplicar la perspectiva de género es preciso considerar el enfoque interseccional, con el cual se establece la existencia o no de una discriminación múltiple. Con ello, a su vez, se convierte en una herramienta para la justicia de género.

Con relación a la perspectiva de género en el ámbito penal, es susceptible de ser aplicada al proceso penal, ya sea en la investigación del delito como en la deliberación de la decisión. Además, cabe precisar que no solo se enfoca en la mujer como víctima, sino también como sujeto activo. En tal sentido, evita fallos que resulten estigmatizantes por haber sido analizados en clave masculina, sin tener en consideración las circunstancias particulares de las mujeres.

Sin embargo, aprecio que se ha soslayado la aplicación de la perspectiva de género en los casos en que la mujer se encuentra como sujeto activo de delitos. En particular, en el procedimiento de la determinación judicial de la pena que les corresponde. Lo que adquiere mayor relevancia en aquellos delitos en los cuales su intervención se debe a razones específicas de género y discriminación múltiple, como en el delito de tráfico ilícito de drogas.

En consecuencia, la presente investigación es original y relevante, pues aborda un tema soslayado por nuestra doctrina y jurisprudencia nacional, pese a los instrumentos internacionales suscritos sobre la materia.

### **3. El modelo peruano de determinación judicial de la pena y los avances en las cuestiones de género**

Como se anotó en el apartado anterior, en la presente investigación me he planteado el propósito de analizar la incorporación de la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena. Dado que, considero que en este ámbito dicha perspectiva no ha sido debidamente introducida ni legal ni jurisprudencialmente, pese a las obligaciones del Estado peruano derivadas de los instrumentos internacionales mencionados previamente.

Para ello, en este apartado explico lo concerniente a la regulación normativa de determinación judicial de la pena y las referencias que existen sobre las cuestiones de género y, en estricto, cómo estas se aplican al delito de tráfico ilícito de drogas.

### 3.1. Nociones sobre la determinación judicial de la pena y su problemática actual

Para los propósitos de la presente investigación es conveniente brindar algunas nociones sobre la determinación judicial de la pena. En esencia, esta es la tarea jurisdiccional de decidir la pena adecuada al caso en concreto dentro del marco ofrecido por el legislador (Demetrio, 1999). Esto es, el juez realiza una delimitación de tipo cualitativo y cuantitativo de la pena, a partir del marco ofrecido por el legislador.

Por tanto, la determinación judicial de la pena tiene lugar luego de verificada la existencia de un delito y su punibilidad. Este razonamiento judicial implica elegir la clase de pena a imponer y su extensión. Incluso algunos autores como Demetrio (1999) y Zugaldía (2010) consideran que también abarca la decisión de imponer sustitutivos penales.

Cabe precisar que, la doctrina ha acuñado diversos términos para referirse a la determinación judicial de la pena. Es así que, en ciertos textos se la denomina como *individualización*, *dosificación* o *dosimetría* de la pena y, a su vez, la identifican como un acto o procedimiento (Demetrio, 1999; Besio, 2011; Prado, 2018; Silva, s/f, Zugaldía, 2010).

Desde mi apreciación, más allá del diferente *nomen iuris* (denominación) asignado y la postura particular que asuma cada autor sobre este tema, en estricto se siguen refiriendo al mismo ámbito de estudio descrito en el párrafo anterior. De ahí que, en adelante para efectos de uniformizar los términos, me referiré a este campo de estudio solo como determinación judicial de la pena.

Con relación al estado actual de este campo de estudio, ampliamente se admite que la dogmática no se ha enfocado en la determinación judicial de la pena como sí lo ha hecho con la teoría del delito o el hecho punible. En esa línea, Silva Sánchez atañe este desarrollo desigual a que parte de la doctrina precisamente no la relaciona con el sistema de la teoría del delito, sino con el de la pena (2009).

Es más, si se considera a la determinación judicial de la pena como expresión del *ius puniendi*, es comprensible que Hassemer y demás autores que lo suscriben califiquen de deplorable a lo avanzado sobre esta materia, dado que hasta ahora pacíficamente no se ha logrado arribar a un mínimo grado de precisión para determinar la pena adecuada a cada caso.

Por lo que, aun cuando se establezca correctamente la responsabilidad penal de un sujeto. De nada vale dicho esfuerzo si al momento de imponer la pena se efectúan incrementos o reducciones ininteligibles, inmotivados y con total falta de predicción en casos cuyos supuestos fácticos son similares. Lo que no solo es cuestionable en el quehacer académico, sino con mayor ahínco desde la perspectiva de un Estado que se reputa Constitucional y de Derecho. La justicia o arbitrariedad de la pena a imponerse está íntimamente vinculada con el derecho a la libertad personal de los individuos (Salazar, 1989).

Sin perjuicio de lo anotado, se han desarrollado diversas teorías sobre la determinación judicial de la pena. Las más reconocidas son las siguientes: la teoría del ámbito del juego, la pena puntual, el valor relativo o posicional, del acto de gestación social, la pena proporcional, la culpabilidad por la vulnerabilidad y la determinación de la pena como sistema dogmático (Tomás, s/f). En su mayoría son de origen germánico y ninguna está exenta de críticas, ya sea por su falta de precisión para aplicarlas en casos concretos u otros aspectos.

Es importante resaltar que esta problemática sobre la determinación judicial de la pena se replica en el ordenamiento jurídico peruano. En la medida de que aún no es posible reconocer una escuela penal latinoamericana, consecuentemente se han seguido los aciertos y desaciertos de otras escuelas. Así como avanzado según sus agendas académicas, aun cuando sean ajenas a las necesidades de nuestra realidad jurídica.

De manera que, en la doctrina nacional también ha existido poco interés y, por ende, desarrollo sobre el estudio de la determinación judicial de la pena. Al punto que quienes han decidido asumir el reto y abordarlo seriamente, lo han hecho con varios yerros.

Así lo evidencia Prado Saldarriaga<sup>7</sup>, quien asevera que interpretaron el modelo peruano con fuentes normativas extranjeras que no fueron consideradas por el legislador. Incluso intentaron trasladar conceptos complejos de teorías foráneas y esquemas operativos incompatibles con nuestra estructura normativa. Por consiguiente, en su crítica afirma la existencia de continuas distorsiones teóricas en la determinación judicial de la pena. Las cuales se extienden también al ámbito práctico.

En ese sentido, el citado autor concluye que en diversos pronunciamientos jurisprudenciales se han establecido pautas interpretativas erróneas<sup>8</sup> (Prado, 2018) y, en su opinión, se requieren respuestas hermenéuticas coherentes “con las necesidades explicativas que surgen de la propia ley nacional y no de las experiencias o reglas foráneas [...] el objeto de estudio tiene que preservar la complejidad propia de lo inédito de sus reglas, esquemas y mecanismos de control de resultados” (Prado, 2016, p. 178).

Debido a lo expuesto, en el devenir de estas dos últimas décadas se han realizado esfuerzos importantes para paliar la problemática reseñada. No solo se tratan de modificaciones legislativas en cuanto a la determinación judicial de la pena, sino de la asunción de nuevos criterios jurisprudenciales. Lo que en conjunto compone la regulación peruana sobre la determinación judicial de la pena. La misma que explico en las siguientes líneas con el fin de que, sobre su base, en los capítulos II y III del presente trabajo se determine el alcance de la

---

<sup>7</sup> El citado autor identifica los yerros en que incurren algunos autores nacionales en sus obras, tal como Ciro Cancho Espinal, Dino Caro Coria, Marcial Páucar Chappa, Eduardo Oré Sosa, Francisco Celis Mendoza Ayma, Constante Carlos Avalos Rodríguez, Sergio Jiménez Niño e Iván Pedro Guevara Vásquez. Con relación a este último, Prado Saldarriaga criticó su postura en su texto "Tópica Jurídico Penal", pero su reciente obra intitulada "La determinación judicial de la pena concreta la regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo, parte general" no ha sido aún objeto de comentario por el profesor (Prado, 2015, pp. 44-45, 2016, pp. 180-187, 2018, p. 181).

<sup>8</sup> Entre ellas, las casaciones números 626-2013/Moquegua, 335-2015/Santa y el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal y Procesal Penal realizado en Moquegua en el 2017. Es de señalar que, por la conmoción social, los jueces de las salas penales supremas con posterioridad emitieron la Sentencia Plenaria N.º 1-2018/CIJ-433, en la cual se apartaron de los criterios vinculantes de la ya mencionada Casación N.º 335-2015/Santa en el que se mencionaron pautas para determinar la pena en casos de violación sexual.

perspectiva de género. Es decir, si su aplicación es transversal a toda esta regulación o es conveniente que se restrinja a determinados aspectos.

### **3.2. La regulación del procedimiento de determinación judicial de la pena según el Código Penal peruano**

Las Salas Penales Supremas han dejado sentado en el Acuerdo Plenario N.º 4-2009/CJ-116<sup>9</sup> que la determinación e individualización de la pena es un procedimiento técnico y valorativo regulado por el Código Penal de 1991. En cuyo marco, los hechos y circunstancias están sometidos al principio de legalidad penal.

En el reciente Acuerdo Plenario N.º 1-2023/CIJ-112<sup>10</sup> se señaló que la determinación judicial de la pena – también denominada “dosimetría penal” en el referido acuerdo – es una “técnica” de razonamiento judicial que sirve para el cálculo aritmético de un resultado punitivo y mediante el cual el órgano jurisdiccional obtiene la pena traducida en una cifra objetiva. Los principios fundamentales que rigen en esta técnica son el de legalidad penal, culpabilidad y lesividad.

Por su parte, el marco al que se alude está compuesto por los artículos 45 al 51 del Código acotado. Estos dispositivos son los que estructuran normativamente el modelo peruano de la determinación judicial de la pena. Este marco normativo contiene dos partes. A la primera parte se le concibe como "criterios generales de interpretación", y en la segunda parte estos sirven como marco operativo de determinación judicial de la pena, conforme paso a explicar.

---

<sup>9</sup> Del 13 de noviembre de 2009. Asunto: Determinación judicial de la pena y concurso real de delitos, fj.15.

<sup>10</sup> Del 28 de noviembre de 2023. Asunto: Determinación judicial de la pena. Problemas contemporáneos y alternativas inmediatas, fj.12.

### 3.2.1. Criterios generales de interpretación del artículo 45 del Código Penal y sus escasos avances en materia de género

Todo estudio del modelo peruano de determinación judicial de la pena parte del artículo 45 del Código Penal, cuyo tenor es el siguiente:

#### “Artículo 45 del Código Penal

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad.
- b. Su cultura y sus costumbres.
- c. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.”

Para Prado Saldarriaga, este artículo contiene los presupuestos ideológicos y políticas de gestión de casos que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para fundamentar y determinar la pena.

Es decir, según el punto de vista del mencionado autor, de dicho dispositivo se desprenden normas rectoras, similares a los principios generales del Título Preliminar del Código Penal que coadyuvan a la resolución de aquellos casos extremos o excepcionales no regulados expresamente o regulados de modo limitado o deficiente. Por lo que, no tienen la misma función, operatividad, ni eficacia que las circunstancias modificativas de la responsabilidad previstas en el artículo que le sigue (Prado, 2018).

Básicamente, el artículo 45 del Código Penal regula lo que denominó como **criterios generales de interpretación** de la determinación judicial de la pena. Estos constituyen precisamente el aporte de este cuerpo legal, ya que los Códigos Penales de 1863 y 1924 no tenían una cláusula parecida. Sin embargo, el Código Penal de 1924 en su artículo 51 señalaba que los jueces debían apreciar la culpabilidad y el peligro del agente para la aplicación de la pena.

Para ello, en la regulación derogada se consideraban adicionalmente diversos factores a los que el juez debía prestar atención, tales como la vida personal, familiar y social del sujeto anterior y posterior al delito, así como su situación económica. Más bien, en la actualidad estos aspectos se encuentran regulados bajo la denominación de “circunstancias genéricas” (artículo 46 del Código penal actual).

Por lo que, a mi consideración, esta regulación evidencia que en el Código anterior no se soslayó del todo los acotados factores, pero tampoco se les dio el tenor que en la actualidad tiene el dispositivo legal *sub examine*.

Entonces, para iniciar con la fundamentación de la pena, los literales a) y b) del artículo 45 del Código Penal vigente marcan como primera pauta al órgano jurisdiccional que es preciso **enfocarse en quién es el sujeto activo**.

Por su parte, el literal a) indica que en este procedimiento se debe verificar la influencia de “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente”. Como el legislador se refiere a este criterio con la expresión “que hubiese sufrido”, me lleva a la reflexión de que su finalidad no puede ser otra que disminuir el reproche de la conducta.

La exposición de motivos del Código Penal de 1991 refiere expresamente que, cuando su artículo 45 hace referencia a las carencias sociales del agente activo reconoce el principio de co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito. El cual consiste en que no todos los individuos que la integran obtienen iguales posibilidades que sus pares para adecuar su conducta a las reglas establecidas para la convivencia social.

De manera que, en sus propios términos, el legislador acepta una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, cuyos efectos inciden en el derecho de castigar que ostenta el Estado en representación de la sociedad.

En vista de lo señalado, Poma Valdivieso (2013) estima que el juez analiza una doble culpabilidad. La primera referida a la **culpabilidad personal** que es parte integrante de la teoría del delito. Por tanto, es uno de los elementos que deben verificarse para determinar la responsabilidad penal del sujeto. La segunda es la **culpabilidad social**, la cual propiamente se identifica con el principio señalado más arriba y cuya esencia es el que le otorga el legislador peruano. Siendo esto así, básicamente comporta las condiciones de marginación social y la situación económica del agente activo que influyan en su obrar. Por consiguiente, repercuten en la imposición de la pena.

Entonces, considero importante subrayar que, un primer criterio general de interpretación es la identificación de alguna situación de marginación social. Esto es, de privaciones, necesidades sociales y/o económicas del procesado cuya insatisfacción produjeron que no se comporte de acuerdo con lo establecido por la norma y exigido por la sociedad.

Por otra parte, la doctrina ha considerado que resulta apropiado aplicar este criterio de las carencias sociales en casos de multireincidencia, delincuencia juvenil o de adictos (Prado, 2018). Esta postura me parece adecuada, en la medida que no suponga una aplicación restringida solo a tales supuestos, los cuales en su mayoría están vinculados con delitos patrimoniales y de bagatela. Más bien, desde mi punto de vista, su aplicación puede darse en todos aquellos casos en los que las carencias hubiesen determinado, facilitado o propiciado de modo alguno la comisión del delito.

Ahora bien, como se aprecia, este criterio general no alude expresamente a ninguna cuestión de género. En cuanto a su aplicación en los casos de las *burriers*, a continuación reseño dos ejemplos típicos de pronunciamientos en primera instancia, a efectos de conocer cómo actúan los órganos jurisdiccionales en estos casos.

El primero es el caso de la mujer que cometió el delito de tráfico ilícito de drogas, quien proviene de un sector muy pobre de la ciudad y carece de estudios primarios por haberse dedicado desde muy temprana edad a trabajos informales

que duramente lograban solventar sus necesidades básicas. A la actualidad, como su hija sufre de una grave enfermedad, que conlleva realizar pagos onerosos y urgentes, encontró una rápida fuente de ingresos en el transporte de drogas.

Para fijar la pena que le corresponde, en primer lugar, se aprecia las carencias sociales de dicha mujer con base en el artículo 45 del Código Penal, como el lugar de donde proviene, su escolaridad y la carga familiar. En segundo lugar, a lo más se discutirá la posible configuración de la circunstancia atenuante genérica referida a “la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible” prevista en el literal d) del artículo 46 del acotado Código.

De suerte que, el primer factor analizado (carencias sociales del agente activo) solo funciona como un criterio de interpretación y, el segundo, como un aspecto operativo pasible de tener en cuenta para *disminuir cuantitativamente la pena*.

En el segundo caso, la mujer *burrier* fue captada en una de las zonas marginales del Vraem donde existe la mayor producción de droga en el Perú, índices altos de pobreza y es usual que las redes de drogas ofrezcan a los pobladores insertarse a este mercado ilícito como una forma de subsistencia.

El análisis por seguir es similar al anterior, pero respecto al extremo del análisis de las carencias sociales, los jueces tienen muy presente que el caso de esta mujer es muy diferente al de otras que son ciudadanas, probablemente de clase media baja, quienes por sus propios medios buscaron adentrarse al comercio de las drogas. Este criterio no incide en la disminución específica de una cantidad de pena, cómo sí lo haría si estuviera vinculado con una circunstancia atenuante genérica.

Otro criterio general de interpretación a observar en el agente activo que se desprende del artículo 45 del Código Penal es lo relativo a su **cultura y costumbres**. Según Prado Saldarriaga (2018), este cobra importancia en

aquellos casos penales de relevancia intercultural o en entornos donde coexisten patrones normativos pluriétnicos.

El texto original del Código Penal de 1991 reguló lo ya analizado hasta este punto. Luego, con la Ley N.º 30076 se introdujo la segunda parte del literal a) del artículo 45. Sin esta modificación, bastaba que el juez tuviese en cuenta aquellos factores que podían disminuir el reproche penal; sin embargo, actualmente es preciso advertir otros factores que, por el contrario, podrían aumentar dicho reproche penal.

Una vez más, este propósito se advierte de la fórmula legislativa usada, puesto que el legislador tuvo cuidado de introducir estos criterios con la fórmula de “el abuso de” el **cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe el agente activo en la sociedad.**

Como antecedentes de la citada reforma se tiene el Proyecto de Ley N.º 1095/2011-CR<sup>11</sup> que propuso que el inciso 1 del artículo 45 del Código Penal incluyera como presupuesto para fundamentar y determinar la pena a “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o la posición preeminente que ocupe en la sociedad”.

Como último criterio general de interpretación se tiene el regulado en el literal c) del artículo 45 del Código Penal referido a los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

Tal como se aprecia, en esta disposición el legislador del Código Penal de 1991 centró su atención ya no en el procesado, sino en los intereses de la víctima y de aquellos que la rodean. Esto es, de quienes tengan un vínculo de familiaridad o dependencia y siempre que las consecuencias del delito los alcancen. Por ejemplo, lo que sucede con los delitos intrafamiliares, tal como sucede en los

---

<sup>11</sup> “Ley que modifica los artículos 45, 46, 46-A, e incorpora los artículos 46-D y 46-E del Código Penal, asimismo modifica el literal f del inciso 1 del artículo 349 y del inciso 1 del artículo 399 del Nuevo Código Procesal Penal”, presentado el 8 de mayo de 2012.

casos por el delito de lesiones a integrantes del grupo familiar, parricidio, entre otros.

Sobre este punto, no es correcto equiparar los “intereses” de la víctima con aquellos sentimientos de venganza particular que pudiese tener. Así que antes de valorarlo como un aspecto subjetivo, se debe hacerlo como uno objetivo que invita a analizar los casos y, en estricto, la fundamentación de la pena, desde la perspectiva de ambos sujetos procesales. Siendo esto así, este criterio tiene especial relevancia al momento de que el juez decida o no por la aplicación de sustitutivos de la pena.

Otro aspecto del literal c) del artículo 45 del Código Penal es que, con la entrada en vigor de la Ley N.º 30364 se agregó la parte *in fine* relativa a la afectación de los derechos de la víctima y su situación de vulnerabilidad. Es así que, por su ubicación resulta claro que, **el legislador insta al juez solo a apreciar la situación de vulnerabilidad de la víctima, y no así del agente activo.**

Considero que este último aspecto está actualmente desatendido por el legislador. Aun cuando los dos primeros literales del artículo 45 del Código Penal aborden aspectos relativos al procesado, estos no contienen todos los que pueden ser analizados si la situación de vulnerabilidad se apreciará para ambos sujetos procesales.

Para mayor abundamiento sobre este criterio, resulta importante interpretar sus alcances con el texto íntegro de la Ley N.º 30364. En tanto se trata de la norma rectora sobre violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar, así como su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP<sup>12</sup>. En ese sentido, este criterio resalta los casos de relevante y notoria vulnerabilidad de cualquier víctima (Prado, 2018).

---

<sup>12</sup> Publicado el 27 de julio de 2016.

Adicionalmente, en razón al contexto de violencia de género y violencia intrafamiliar que motivó la modificación del inciso c) del artículo 45, el legislador puso énfasis en la condición de vulnerabilidad de aquellas mujeres que han sido víctimas de un delito por su condición de tales.

Por su parte, el artículo 4 del reglamento de la Ley N.º 30364 define a una persona en situación de vulnerabilidad como aquella que, por razón de su edad (niñas, niños, adolescentes, adultos mayores), género, estado físico o mental (personas con discapacidad), o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

De ahí que, a modo de extrapolación, los factores que pueden constituir causas de vulnerabilidad son entre otras: **la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual y la privación de libertad**. Estos pueden confluir simultáneamente, reforzando así su vulnerabilidad.

En la jurisprudencia de las Salas Penales Supremas no se aprecia un caso en el que se hayan pronunciado sobre el mismo, lo que puede atender a que no ameritaba hacerlo en ninguno (falta de oportunidad) o habiendo existido no se invocó para fundamentar la pena (falta de aplicación). Tampoco ha suscitado mayor análisis en la doctrina con relación a la pena, pues la Ley N.º 30364 ha sido estudiada y criticada desde otros aspectos que aborda la citada ley.

Con lo desarrollado hasta ahora, puede abstraerse como primera conclusión de que el artículo 45 del Código Penal que comprende tres criterios generales para interpretar la estructura normativa de este campo de estudio tiene escasos avances sobre la perspectiva de género, pues solo en lo que respecta al literal c) permite aplicar tal perspectiva, pero siempre que la mujer sea víctima del delito y no como autora del mismo.

### 3.2.2. El sistema de tercios: las circunstancias genéricas del artículo 46 del Código Penal y sus nullos avances en materia de género

Prado Saldarriaga introdujo el término de **esquemas operativos** para referirse a aquellos modelos aplicativos o protocolos de actuación que permiten al órgano jurisdiccional emplear de manera idónea y sistemática las reglas y disposiciones para determinar la pena, según los factores que concurren en cada caso.

De ahí que, no existe solo un esquema operativo, sino diversos que atiendan a cada situación posible. Así pues, cuando concurren solo circunstancias genéricas, solo específicas o una cualificada, o se configure una causal de disminución de punibilidad, entre otros.

Según el citado autor, la razón de su introducción es que los esquemas operativos permiten generar una estandarización de estas reglas (Prado, 2018). Por tanto, una predictibilidad de que se impondrá la misma pena concreta a cada sujeto, en casos similares. Ahora bien, la mayoría de los esquemas han sido elaborados por la doctrina, mientras que solo uno fue regulado por el legislador (sistema de tercios) y uno fue adoptado y desarrollado jurisprudencialmente (sistema escalonado).

En este apartado, analizo lo concerniente al **sistema de tercios**. Este se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 45-A del Código Penal y fue incorporado mediante la Ley N.º 30076 del 12 de julio de 2013. Su texto no ha sido objeto de ninguna modificación posterior, siendo su tenor literal el siguiente:

**“Artículo 45-A del Código Penal. - (...)**

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
  - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
  - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
  - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:
  - a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
  - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y
  - c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.”

Como se aprecia, el segundo párrafo del artículo en mención inicia del siguiente modo: “[p]ara determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley...”. Este extremo presenta de antemano la primera regla del sistema de tercios consistente en que, la pena solo y únicamente se desplazará dentro de los límites mínimos y máximos de la pena conminada por el legislador para los delitos de la parte especial.

En caso de que no se señale expresamente tales límites se aplicará el artículo 29 del acotado Código, el cual indica que la pena mínima de privación de libertad es de dos días y la pena máxima no sobrepasa los treinta y cinco años.

Seguidamente, la norma insta al juez a que observe la responsabilidad y gravedad del hecho cometido para fundamentar la pena dentro de este sistema.

En cuanto a la **gravedad de los hechos**, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la Apelación N.º 21-2019/Lima<sup>13</sup> explicó que para evaluar este criterio se debe valorar la importancia del bien jurídico protegido, la trascendencia social del hecho y el posible daño que causado a las víctimas.

Por tal razón, el Supremo Tribunal resaltó la singular relevancia que tienen los hechos vinculados con los delitos contra la Administración Pública, crimen organizado y **violencia contra la mujer**. En la medida de que, sobre estos tópicos, el Perú ha asumido compromisos internacionales al suscribir convenciones específicas, tales como: la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>14</sup>, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>15</sup>, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional<sup>16</sup>, la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer<sup>17</sup> y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>18</sup>. Hasta el momento no existe un pronunciamiento similar del Supremo Tribunal con relación a las obligaciones asumidas por el Estado con relación a las reglas de Bangkok.

Da la impresión de que como el sistema de tercios es el único esquema legal que regula nuestro Código Penal, su aplicación es así de unánime y pacífica, pero la realidad es otra. El Acuerdo Plenario N.º 1-2023/CIJ-112 evidencia que a nivel nacional se han suscitado problemas prácticos y hermenéuticos en torno a este esquema operativo.

---

<sup>13</sup> Del 15 de julio de 2020. Jueza ponente: Castañeda Otsu.

<sup>14</sup> Aprobada el 13 de marzo de 1997. Fue ratificada por Decreto Supremo N.º 012-97-RE, publicado el 24 de marzo de 1997.

<sup>15</sup> Aprobada el 5 de octubre de 2004. Fue ratificada el 19 de octubre de 2004, publicado al día siguiente.

<sup>16</sup> Aprobada con sus dos protocolos adicionales el 4 de octubre de 2001.

<sup>17</sup> Aprobada el 5 de junio de 1982. Fue ratificada el 13 de setiembre de 1982.

<sup>18</sup> Aprobada el 11 de marzo de 1996. Fue ratificada el 2 de abril de 1996.

Cabe aclarar que, este sistema está dirigido para aquellos delitos que no contemplan circunstancias específicas, como el delito de tráfico ilícito de drogas del artículo 296 del Código Penal. Pero si se tratase del mismo delito en su modalidad agravada del artículo 297 del mismo cuerpo legal, este sistema ya no es aplicable, sino que resulta necesario remitirnos a otro esquema operativo.

En este sentido, se ha pronunciado la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en los recursos de nulidad N.º 1315-2019/Lima Sur<sup>19</sup>, N.º 1225-2019/Junín<sup>20</sup> y N.º 968-2019/Lima<sup>21</sup>. En este último señaló que:

“[...] el delito de tráfico ilícito de drogas regula en el primer párrafo, del artículo 297, del CP, un catálogo de siete circunstancias agravantes específicas y, por lo anotado, no es aplicable el sistema de tercios. En estos casos, de manera proporcional se asigna un peso a cada agravante específica y en la medida que concurren más circunstancias, aumenta la pena hacia el extremo máximo.” (El subrayado es propio).

Esta postura jurisprudencial fue ratificada en el acuerdo plenario antes mencionado. Así pues, en su fundamento jurídico 25 dirimió como pauta interpretativa que el sistema de tercios solo puede ser aplicable a aquellos delitos en los que solo se pueden utilizar circunstancias genéricas.

Entonces, para el caso de las *burriers* cuya conducta se subsume en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal es aplicable este esquema operativo y se seguirán los siguientes pasos para hallar la pena concreta de estas mujeres:

**a)** De acuerdo con el inciso 1 del artículo 45-A del Código Penal se debe identificar **la pena básica o espacio punitivo**, que se obtiene de restar el máximo legal de la pena con el mínimo legal. Como su conducta está sancionada con una pena privativa de libertad no menor de ocho (extremo mínimo), ni mayor de quince años (extremo máximo), la pena básica es de siete años.

---

<sup>19</sup> Del 7 de julio de 2021, fj. 10.

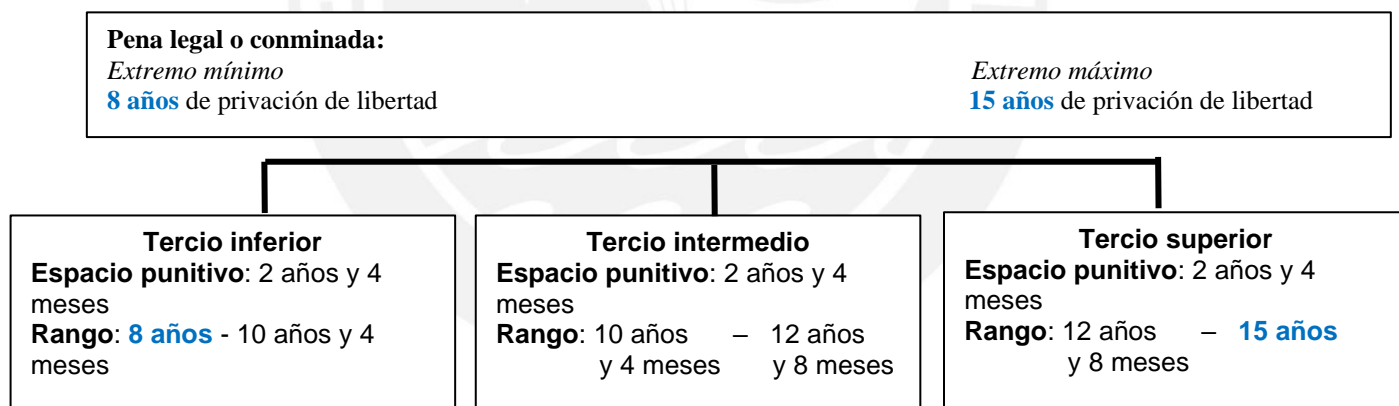
<sup>20</sup> Del 2 de junio de 2021, fj. 13.

<sup>21</sup> Del 5 de julio de 2021, fj. 13.

b) Luego, se procede a dividir la pena básica en tres partes (por ello la rotulación de sistema de **tercios**). En algunos casos, basta que la división de la pena básica sea en años, en otras será necesario convertirla a meses e incluso días. Lo que interesa es el cociente de dicha división, pues este indica la extensión de cada tercio o segmento. Una vez obtenido este, acto seguido se debe hallar el rango de cada tercio (límites inferior y superior), pues en este es preciso desplazarse.

Lo expuesto en el caso de las *burriers* se resumen en lo siguiente. La pena básica: siete años. Para dividirlo se convierten en meses, de lo que se obtiene 84 meses los cuales se dividen en tres partes. De tal operación, **el cociente es 28 meses o 2 años y 4 meses**. Por consiguiente, cada tercio tendrá tal extensión.

Para identificar el rango no se debe perder de vista la pena legal o conminada, por lo que, teniendo presente aquello, resulta lo que se muestra a continuación:



c) Como siguiente paso, el inciso 2 del artículo 45-A del Código Penal establece que dependiendo de las circunstancias genéricas que se aprecian en el caso en concreto, la pena concreta se fijará en uno u otro tercio. El listado de tales circunstancias se encuentra prevista en el artículo 46 del Código Penal. Las atenuantes se hallan en el inciso 1 cuyo texto copio a continuación:

**“Artículo 46 del Código Penal. -**

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) La carencia de antecedentes penales;
- b) El obrar por móviles nobles o altruistas;
- c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;
- d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;
- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;
- f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;
- g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;
- h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.”

Del listado de circunstancias atenuantes genéricas que se muestra, por la importancia que me suscita abordaré el contenido de tres de ellas:

i) La atenuante del artículo 46.1.d del Código Penal el cual señala: **“La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares** en la ejecución de la conducta punible”. Esta circunstancia atenuante fue adoptada de la legislación colombiana, en cuyo artículo 55 de su Código Penal contiene las circunstancias que denomina “de menor punibilidad” y en su inciso 4 prevé la ya anotada.

Esta circunstancia no debe confundirse con la causa de justificación por estado de necesidad del inciso 4, artículo 20 del Código Penal, ni mucho menos debe asumirse que, el legislador equivocadamente las ha equiparado. De ahí que, discrepo de las opiniones de cierto sector de la doctrina. Como la de Oré Sosa (2013) quien afirma la falta de necesidad de incorporar esta atenuante, pues en su opinión de cualquier modo se puede atenuar la pena bajo los mismos

argumentos en virtud del artículo 21, es decir, con la responsabilidad atenuada por eximentes imperfectas.

A mi parecer tiene mayor sentido la interpretación de Prado (2018) sobre esta circunstancia quien señala que, la menor intensidad del reproche reside en factores vinculados con el ámbito personal o familiar del delincuente, en la medida que sean **extraordinarios o trascendentes**.

Justamente esto último tiene incidencia en la formación de la decisión del sujeto para cometer el delito. Si bien, el citado autor incluso indica que tal factor condiciona al sujeto, no nos parece el término más adecuado porque puede confundirse con la causa de justificación antes indicada, de la que pretendo apartarme.

Más bien, resulta adecuado cuando Prado (2018) indica que, tal factor tiene relación con una **situación de emergencia o urgencia** que hace decantar al sujeto para la perpetración del ilícito. Como ejemplos, consigna la urgencia de atender el tratamiento de una enfermedad que afecta a un familiar o proveer alimentos para sí o hijos menores.

A esto cabe agregar que, esta circunstancia atenuante genérica tiene relación con el criterio de interpretación general de las “carencias sociales”. Por tanto, su finalidad es expresarla en términos cuantificables para la medición de la pena y en lo absoluto hace referencia a apreciar algún conflicto de bienes jurídicos en el caso en concreto.

Probablemente, el Código Penal colombiano diferencia de mejor manera estos dos supuestos, ya que luego de regular la circunstancia atenuante *in comento*, inmediatamente aparece el artículo 56 intitulado “condiciones de extrema marginalidad o pobreza” y en el que señala que, quien realice la conducta punible bajo la influencia de **profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas** incurrirá en pena no mayor de la mitad del máximo, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad. En tal caso, definitivamente

se está refiriendo a lo que nuestra legislación considera como la eximente incompleta del artículo 20 del Código Penal.

ii) La atenuante del artículo 46.2.d del Código Penal con relación a “ejecutar el delito bajo **móviles de intolerancia o discriminación**, tales como el origen, raza, religión, **sexo**, orientación sexual, identidad de género, factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión, condición económica o **de cualquier otra índole**”.

Las fuentes legales de esta circunstancia agravante genérica son los anteproyectos de reforma del Código Penal del 2004 y 2008-2010, así como el inciso 3 del artículo 58 del Código Penal colombiano. Asimismo, por el tenor de esta circunstancia suelen relacionarla con los móviles de los delitos de odio; sin embargo, algunos autores como Muñoz Conde y García Arán (2015) consideran que, los móviles no justifican el incremento de pena. Mir Puig (2016) es de la posición contraria, ya que cree conveniente aumentar el injusto por tales motivos ya que atentan contra la igualdad ante la ley, como mandato constitucional.

En lo que a mí concierne, me decanto por la postura mayoritaria de que, el incremento de pena por esta circunstancia genérica atiende a la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y en particular el de no discriminación (Marín, 2018). En la Constitución Política del Perú tales derechos se encuentran reconocidos en el numeral 2 de su artículo 2, mientras que a nivel internacional existen diversos instrumentos que lo abordan.

De acuerdo con Rebollo (2015), la discriminación no solo supone una mera diferenciación en el trato, sino que esencialmente un trato inferior o despectivo por una característica o rasgo innato de la víctima (origen, raza, sexo, factor genético, entre otros) o una opción personal que haya elegido y sea distinta al de la mayoría o lo habitual (religión u orientación sexual).

Resulta interesante anotar que en otros ordenamientos como el español, esta circunstancia agravante regulada en el inciso 4 del artículo 22 del Código Penal español se introdujo desde los noventa con el fin de imponer penas más graves

a aquellos que cometían delitos por motivos racistas, antisemitas o referentes al origen étnico, nacional, ideológico, religioso o vinculado con las creencias de la víctima. Esto, en atención a los diversos crímenes producidos en Europa por la ideología nazi.

Con los años, dicha circunstancia fue objeto de dos modificatorias más, con el sentido de ampliar los supuestos de discriminación. En esa línea, se agregó los motivos de sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía que padezca la víctima, hasta llegar a la discriminación por razones de género con la LO 1/2015 (Marín, 2018, p. 2). Mientras que, en el ordenamiento peruano se introdujo recién en el 2013 y no se ha consignado las razones de género, sino solo los motivos de orientación sexual, identidad de género y la cláusula abierta de “cualquier otra índole”.

**iii)** La atenuante del artículo 46.2.n del Código Penal referido a “Si la víctima es un niño o niña, adolescente, **mujer en situación de especial vulnerabilidad**, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciere de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial”.

En el caso de esta circunstancia agravante, Prado (2018) realiza una precisión que comparto plenamente. A su modo de ver, aparentemente el artículo 46.2.f tendría un contenido similar por referirse a la condición de superioridad del agente activo respecto a la víctima, pues en estricto dicha superioridad se podría ver reflejada en la edad, o que las discapacidades pongan en notoria desventaja a la víctima. No obstante, el citado autor aclara el panorama y hace notar que, aquello que también tienen en común los aspectos anotados en esta circunstancia agravante es que todos se refieren a una condición de vulnerabilidad de la víctima.

Al tener presente esto, la interpretación de la presente circunstancia toma un rumbo distinto; dado que, ahora resulta imperativo remitirnos a los instrumentos internacionales que protegen a los grupos vulnerables. Entre estas, instrumentos de alcance general como las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Otros específicos como Convención sobre los Derechos del Niño<sup>22</sup>, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad<sup>23</sup>, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>24</sup>, entre otros.

Como se aprecia ninguna de las circunstancias detalladas alude a algún factor de género respecto a la mujer y que mucho menos pueda ser aplicado al caso específico de las *burriers*. Al menos no expresamente, y jurisprudencialmente tampoco se registran casos en los que a alguna de esas circunstancias atenuantes se hubiera interpretado desde una perspectiva de género.

Operativamente, las circunstancias genéricas permiten al órgano jurisdiccional graduar la pena dentro de los límites de cada tercio. Ahora bien, como se aprecia, las circunstancias atenuantes genéricas en total son ocho, mientras que las agravantes reguladas en el inciso 2 del artículo 46 del Código Penal en total son 14, casi el doble de las anteriores. Entonces, de una primera lectura es posible afirmar que existen mayores factores que permiten graduar la pena hacia su extremo máximo antes que disminuirla, siempre en los márgenes de la pena legal o conminada.

Volviendo al análisis pendiente, para determinar la pena concreta de las mujeres *burriers*. el análisis que se realice es el mismo que el de sus pares varones. Esto es, el último paso por realizar es verificar la configuración de las circunstancias y con ello determinar el tercio que le corresponda.

---

<sup>22</sup> Del 20 de noviembre de 1989, adoptado por el Perú a través de la Resolución Legislativa 25278 del 4 de agosto de 1990.

<sup>23</sup> Del 7 de junio de 1999. Aprobada mediante la Resolución Legislativa N.º 27484 del 15 de junio de 2001, y ratificada según el Decreto Supremo N.º 052-2001-RE, del 30 de agosto de 2001.

<sup>24</sup> Del 13 de diciembre de 2006. Aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 29127, del 30 de octubre del 2007, y ratificada según Decreto Supremo N.º 073-2007-RE, del 30 de diciembre de 2007.

Por ejemplo, si la *burrier* solo carece de antecedentes penales, la circunstancia atenuante genérica aplicable es la del artículo 46.1.a del Código Penal. De forma que, la pena debe fijarse en el tercio inferior cuyo rango va desde los 8 años hasta los 10 años y 4 meses de privación de libertad. El problema que se genera es cómo saber cuánta pena corresponde dentro de aquel tercio.

Al respecto, Prado (2018) propone que se halle el **valor cuantitativo** de cada circunstancia, para lo cual se divide la extensión del tercio (2 años y 4 meses) entre el total de las circunstancias que regula el Código. Como estoy analizando solo las circunstancias genéricas, entonces se procede a dividir entre ocho. Con lo cual, la pena se desplazará dentro del tercio inferior, según el valor de cada circunstancia genérica. En la medida que concurren más de aquellas circunstancias, la pena será menor. Esta aplicación del esquema fue asumida también en el Acuerdo Plenario N.º 1-2023/CIJ-112.

Tal línea interpretativa asumida oficialmente por la Corte Suprema, como quiera que es la misma de Prado, ciertamente dota de mayor precisión a la dosificación de la pena; puesto que, a partir de una operación aritmética se obtiene el valor de cada circunstancia genérica e incide en la formación de la pena concreta. Sin embargo, una crítica a la misma es que esto produce que se equiparen cuantitativamente todas las circunstancias genéricas o agravantes, soslayando el contenido de cada una y que en cada caso en concreto varíe su valor.

En mi opinión, no resulta del todo adecuado otorgar el mismo valor a la circunstancia de “la carencia de antecedentes penales” (artículo 46.1.a) como a la de “reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado” (artículo 46.1.f). Solo comparando estas dos, se advierte que la última implica una decisión por parte del agente activo frente a las consecuencias que su delito provocó; por tanto, tiene un valor significativamente mayor frente al primero que se trata de un factor abstracto.

Por otro lado, la posición de determinar la pena dentro del tercio con base en el principio de proporcionalidad resulta menos rígida que la del valor cuantitativo analizado. No obstante, conforme con el Recurso de Nulidad 1415-2018/Lima, los jueces invocan las circunstancias solo para determinar el tercio correspondiente, pero luego gradúan la pena dentro de tal tercio con base en factores adicionales y distintos. En cualquier caso, las circunstancias genéricas despliegan sus efectos siempre dentro de los límites de la pena legal o conminada.

A partir de este análisis es posible concluir que, las circunstancias genéricas del artículo 46 del Código Penal – y su consecuente incidencia en el esquema operativo del sistema de tercios – no han tenido avances en materia de género, ni atisbo alguno referente a la situación de las mujeres *burriers*.

### **3.2.3. El sistema escalonado: las circunstancias específicas del delito de tráfico ilícito de drogas y sus nulos avances en materia de género**

Como mencioné, la conducta base de las mujeres *burriers* se subsumen en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, pero es posible que durante su comisión estas hubieran actuado con la concurrencia de algunas de las circunstancias atenuantes reguladas en el artículo 298 del Código Penal. Su consecuencia práctica es que la pena abstracta o legal disminuye.

Este dispositivo legal prevé dos niveles de disminución punitiva. El **primero** se encuentra en el primer párrafo del citado artículo que establece un marco punitivo abstracto de no menos de tres ni mayor de siete años de pena privativa de libertad en tres supuestos.

En ese sentido, para las *burriers* cuya conducta delictiva se encuentra tipificada en el artículo 296 del Código Penal con una pena abstracta no menor de ocho ni mayor de quince años de privación de libertad, en aplicación de estas circunstancias atenuantes específicas se disminuye el marco punitivo en su extremo mínimo legal en cinco años y en su extremo máximo legal en ocho años. Es decir, se trata de una disminución considerable que permite la aplicación de

medidas sustitutivas a la privación de libertad. Tales circunstancias son las siguientes:

**i)** La cantidad de droga previsto en el inciso 1 del primer párrafo del artículo 298 del Código Penal y aplicable cuando la droga que lleva la *burrier* se trate de una cantidad que no sobrepase los 150 gramos pasta básica de cocaína y derivados ilícitos, 25 gramos de clorhidrato de cocaína, 5 gramos de látex de opio o un gramo de sus derivados, 100 gramos de marihuana o 10 gramos de sus derivados o 2 gramos de éxtasis, conteniendo Metilendioxfanfetamina MDA, Metilendioximetanfetamina MDMA, Metanfetamina o sustancias análogas.

Como puede constatarse, este criterio se enfoca en estricto en el objeto del delito, esto es, en la droga y los parámetros que el legislador consideró como menos lesivos. Cabe mencionar que, este criterio también fue recogido para regular las circunstancias agravantes específicas ya que en el artículo 297 del Código Penal, el legislador estableció las cantidades de drogas que superadas implican una mayor graduación de la pena.

En atención a lo acotado, esta circunstancia atenuante específica no alude a ningún aspecto vinculado al género que evidencia la situación actual de las *burriers* y que por su mérito sea posible disminuir la pena.

**ii)** La cantidad de materias primas o insumos comercializados por el sujeto activo que no excedan de lo requerido para la elaboración de las cantidades de drogas señaladas en el inciso 1 del primer párrafo del artículo 298 del Código Penal peruano.

Esta circunstancia atenuante específica igualmente atiende al criterio de cantidad, de forma que el razonamiento conclusivo es el mismo expuesto en el punto anterior.

**iii)** Se comercialice o distribuya pegamentos sintéticos que expelen gases con propiedades psicoactivas, acondicionados para ser destinados al consumo humano por inhalación. En este caso, el criterio que define esta circunstancia

atenuante específica también recae sobre el objeto del delito, por lo que su naturaleza es similar a los dos supuestos anteriores.

El **segundo nivel** de disminución punitiva se encuentra en el segundo párrafo del artículo 298 del Código Penal peruano, el cual prevé un marco punitivo abstracto de no menos de seis ni mayor de diez años de pena privativa de libertad.

El supuesto regulado contiene una técnica legislativa particular dado que es aplicable cuando la *burrier* cometa el delito con la confluencia de alguna de las atenuantes antes descritas y las agravantes de los incisos 2, 3, 4, 5 o 6 del artículo 297 del mismo cuerpo legal referidas a la profesión que ejerza<sup>25</sup>, al lugar donde el hecho es cometido<sup>26</sup>, por la condición del sujeto pasivo<sup>27</sup> o si utiliza a un niño o persona inimputable como intermediario para la venta, o si el hecho es cometido por tres o más personas, o en calidad de integrante de una organización.

En tal supuesto, la dosificación de la pena de la *burrier* ya no parte de la pena abstracta del artículo 297 del Código Penal (delito de tráfico ilícito de drogas agravado) que oscila entre quince y veinticinco años de privación de libertad; sino que, ante la confluencia de las circunstancias atenuantes detalladas con anterioridad, la nueva pena abstracta se verá disminuida en su extremo mínimo legal en nueve años y el extremo máximo legal en quince años.

En cualquiera de los niveles que se subsuma la conducta de la *burrier*, para fijar su pena con el esquema operativo escalonado es preciso primero obtener la pena básica – con el procedimiento explicado en el apartado anterior –. Después de ello, se divide la pena básica entre la cantidad de circunstancias específicas que prevé la norma. En este caso, la cantidad numérica dependerá si se trata del primer o segundo nivel.

---

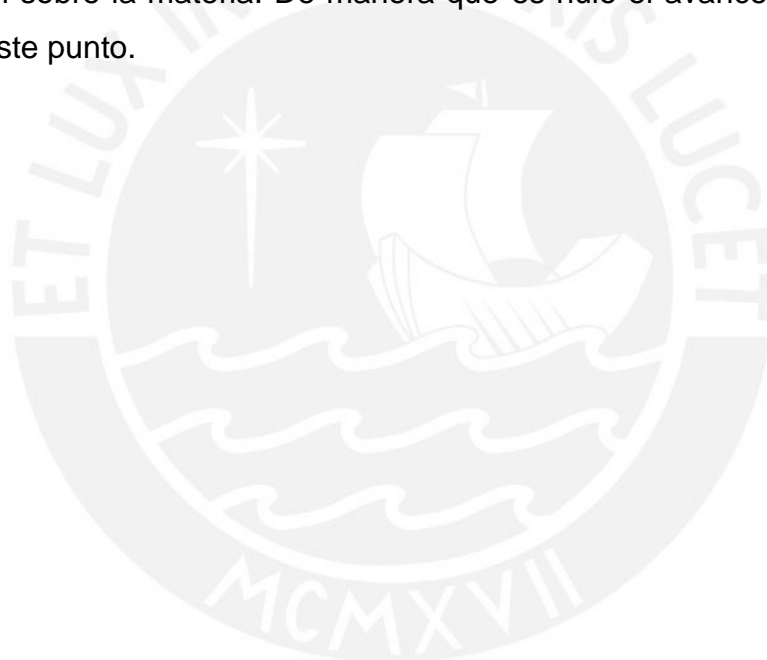
<sup>25</sup> El citado dispositivo legal alude a aquellas que tengan la condición de educadora o similar, o médico, farmacéutico, químico, odontólogo u otra profesión sanitaria similar.

<sup>26</sup> Esto es, en el interior o en inmediaciones de un establecimiento de enseñanza, centro asistencial, de salud, recinto deportivo, lugar de detención o reclusión.

<sup>27</sup> En estricto, si se trata de un menor de edad.

Como último paso, el cociente que resulte de la operación efectuada será el valor de cada circunstancia atenuante específica, la misma que se aplicará al caso en concreto. De manera que, bajo un razonamiento similar al expuesto en el apartado previo, si concurren mayor cantidad de circunstancias atenuantes específicas entonces la pena será menor.

En conclusión, las circunstancias del artículo 298 del Código Penal han sido formuladas sin considerar la etiología criminal de las mujeres *burriers* y aun cuando en la última década existen numerosos estudios sobre la relación entre las mujeres y el tráfico ilícito de drogas, esto no ha supuesto cambio alguno en la regulación sobre la materia. De manera que es nulo el avance en temas de género en este punto.



## **CAPÍTULO II: LA NECESIDAD DE LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE MUJERES *BURRIERS* EN EL PERÚ**

En el capítulo anterior muestro que el Perú ha ratificado diversos instrumentos internacionales con relación a la protección de las mujeres, los que a su vez han servido para que se las reconozca como un grupo vulnerable a nivel de la legislación interna. Sobre la base de estos instrumentos se han implementado políticas públicas y reformas legislativas con perspectiva de género en diversos ámbitos.

En el ámbito penal, el único inconveniente es que estas acciones positivas se han limitado a tratar a la mujer como víctima del delito. Tal es así que, los esfuerzos institucionales para cumplir las obligaciones internacionales sobre la prevención y erradicación de la discriminación en contra de la mujer se han excedido en ciertas ocasiones. Al punto de perpetrar el estereotipo de género de que las mujeres son siempre víctimas, cuyo mensaje es perjudicial y diferente al de considerarlas como grupo vulnerable.

Esta distorsión justifica que se sobreproteja a la mujer cuando es víctima del delito, pero se excluya o aborde mínimamente su lado opuesto, es decir, en su condición de autora de un delito.

Por lo expuesto, mi propósito con este capítulo es demostrar que en el ámbito penal se necesita precisamente ampliar la visión de la protección de la mujer. Específicamente, en el marco normativo peruano sobre la determinación judicial de la pena, pues se requieren normas que permitan la incorporación de la perspectiva de género en razón al historial de victimización de las *burriers*.

Por el contrario, las penas concretas que le son fijadas resultan desproporcionales en comparación a las de sus pares varones, quienes no sufren las mismas circunstancias de ellas para su inserción a las redes de drogas.

## **1. Evidencia de la insuficiencia del marco normativo peruano sobre la pena para aplicar una perspectiva de género**

Como anuncié, mi propósito en el presente capítulo es demostrar la necesidad de incorporar una perspectiva de género en el marco normativo que determina judicialmente la pena de las mujeres *burriers*. Para cumplir con este propósito presentaré evidencia de que el marco normativo actual es insuficiente para tutelar y proteger adecuadamente a las mujeres condenadas por el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de *burriers*.

### **1.1. Con relación a los criterios generales de interpretación del artículo 45 del Código Penal peruano**

Anteriormente expliqué con detenimiento que el Código Penal peruano contiene criterios generales de interpretación para la determinación judicial de la pena. Los cuales se encuentran previstos en los literales a), b) y c) del artículo 45 del acotado Código. Los dos primeros literales establecen qué aspectos deben considerarse del imputado o la imputada para determinar su pena, y el tercero agrega los intereses de la víctima. Toda vez que, la pena concreta se fija teniendo en cuenta a ambos sujetos procesales.

Entonces, para afirmar que la perspectiva de género puede aplicarse a través de los literales a) y b) del artículo 45 del Código Penal peruano, estos deberían evidenciar la situación de vulnerabilidad de las mujeres. Toda vez que, solo en los casos en que se cometa el delito como consecuencia de tal situación será aplicable la perspectiva de género y no solo por su condición biológica de mujer.

En cuanto al literal a) se aprecia que este contiene dos criterios de evaluación: **i) las carencias sociales** que hubiese sufrido el agente, y **ii) el abuso de su cargo**, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. Claramente, para los efectos de la presente investigación, solo podría ser útil el criterio de las carencias sociales y no el abuso, pues el primero genera indefectiblemente un menor reproche de culpabilidad. Así pues, dentro

de este se puede considerar la condición de pobreza de la mujer, más aún si este hubiere influenciado para que cometa el delito.

Por tanto, en mi criterio, este literal sirve para apreciar algunos de los factores etiológicos por los cuales las mujeres se involucran con el delito. Lo que tiene especial relevancia en el caso de las *burriers*, pues muchas de ellas se encontraban en situación de pobreza antes de ser captadas por las redes de drogas y las sumas de dinero que les ofrecen aun cuando no sean exorbitantes, sirven para cubrir parte de sus necesidades básicas.

De ahí que, algunas compaginan la prostitución como primera fuente de ingreso y el transporte de drogas, como el segundo. Como esta actividad ilícita no es compleja ni violenta, constituye una fuente delictiva de fácil acceso frente a las limitadas oportunidades laborales lícitas que solicitan mayores requisitos. Es así que, este es un aspecto que diferencia la realidad de mujeres y varones frente al mismo delito.

Tal y como señala Meza Villar en un estudio realizado en el 2018 sobre las mujeres *burrier* recluidas en el Establecimiento Penitenciario Chorrillos I de Perú:

“Algunas de las desigualdades de género presentes en las narrativas de estas mujeres tienen que ver con el menor acceso a recursos y bienes sociales, la división social y sexual del trabajo y la educación, y los mecanismos de control de la sexualidad y de la capacidad reproductiva. Estas características han conducido a que muchas mujeres con escasos recursos educativos y económicos accedan a trabajos informales, que vulneran aún más sus derechos y las acercan a actividades ilegales.” (2018, p. 53).

A mayor razón, es conveniente anotar que en el caso de las **mujeres que son madres y jefas de hogar**, muchas veces es sencillo compatibilizar el delito de drogas con sus responsabilidades familiares.

Por su parte, el literal b) del artículo 45 establece que debe tenerse en cuenta la cultura y costumbres de la imputada. En tal sentido, complementa el literal a) pues admite analizar los casos de mujeres indígenas. Lo que es particularmente relevante, pues algunas zonas geográficas tienen mayor incidencia de determinados delitos.

Es el caso de la zona del Vraem y su relación con las drogas, pues se trata del lugar donde se cultiva cerca del 50% de coca a nivel nacional y está caracterizada por ser una zona pobre. Los pobladores, entre ellos, las mujeres se dedican al cultivo de las plantas de coca. Por un lado, porque el cultivo es básicamente su fuente de supervivencia y, por el otro, porque no les resultan rentables plantar especies vegetales diferentes a ella, como lo sucedido con la palma aceitera que el Estado peruano intentó impulsar para evitar el cultivo de coca, pero fracasó.

En conclusión, ambos literales del artículo 45 permiten abordar parcialmente la situación de vulnerabilidad de las mujeres delincuentes, debido a que solo evalúan las situaciones de marginación social que impiden su comportamiento de acuerdo con lo establecido por la norma; o, las referidas a delitos cometidos por mujeres con determinadas características interculturales. Pero no permiten incluir otros factores etiológicos importantes para determinar la pena y que supondría igualmente un menor reproche de culpabilidad.

Entre ellas, se tienen las expuestas en el sexagésimo sexto período de sesiones del Comité para el Adelanto de la Mujer de las Naciones Unidas donde se abordó las causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres (A/68/340). Se explicó que, en algunos casos, los varones emplean **amenazas coercitivas** de violencia explícitas e implícitas para que las mujeres delincan. Incluso ceden a **actos de manipulación**, como el fenómeno denominado “**el problema de la novia**” que explica cómo muchas mujeres se insertan a las redes de drogas engañadas o presionadas por sus parejas sentimentales, quienes en realidad buscan establecer un vínculo sentimental con ella con el único fin de captarlas. Es preciso resaltar que, en mi opinión, este mismo

fenómeno no se suscita en los varones y no constituye una causa relevante para su iniciación delictiva.

Por otra parte, se soslayan también aquellos casos en que las mujeres cometieron el delito porque **previamente fueron víctimas de violencia de género**, como los homicidios en contra de sus agresores. Tampoco es posible apreciar los casos de **mujeres con drogodependencia** quienes inician como consumidoras, en muchos casos, para facilitar el ejercicio de la prostitución (Rodríguez, Gutiérrez y Vega, 2003) y luego se vinculan también al mercado de las drogas.

Lo expuesto me permite concluir que los criterios generales del artículo 45, tal cual se encuentran redactados en la actualidad, pueden favorecer solo parcialmente la incorporación de la perspectiva de género. Su redacción es insuficiente y no permite analizar integralmente los casos de mujeres delincuentes con una perspectiva de género, porque precisamente fue pensada desde la mujer como víctima del delito.

Todo lo contrario sucede si se analiza el literal c) del artículo 45 del Código Penal con la modificatoria del 2015, el cual establece que otro criterio general para determinar la pena son “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad”.

Como se aprecia, no es que el legislador haya soslayado a la mujer como grupo vulnerable, sino que limitó su relevancia a cuando tenga la condición de víctima y no como delincuente. Es más, tal como detallo en el capítulo anterior, esta última parte del literal c) fue introducida por la Ley N.º 30364 que es la norma rectora sobre violencia contra la mujer.

Claramente, los alcances de dicha norma tienen efectos positivos para interpretar este literal desde una perspectiva de género. Pero aplicada no a mujeres, sino a varones delincuentes que cometan delitos de violencia de género pues su propósito no es reducir la reprochabilidad de su conducta, sino

aumentarla por haberse aprovechado de la situación de vulnerabilidad de las mujeres. En consecuencia, la redacción del literal c) tiene una orientación correcta, pero también insuficiente por haber sido pensada infelizmente en clave masculina e impedir su aplicación a mujeres en conflicto con la ley penal.

## **1.2. Sobre el artículo 45-A del Código Penal y la gravedad de los hechos**

El artículo 45-A del Código Penal peruano contiene dos partes. La primera detalla cómo debe ser la motivación de la pena, esto es, cualitativa y cuantitativa. Asimismo, establece que el juez debe atender a la responsabilidad y gravedad del hecho cometido. Si bien, la Corte Suprema elaboró jurisprudencialmente algunas pautas para determinar la gravedad de los hechos con perspectiva de género, se basó esencialmente en la CEDAW y la Convención Belém Do Pará.

En estricto, en el Recurso de Nulidad N.º 1314-2018/Lima expresamente se señaló que, en aquellos casos donde las mujeres hayan sido víctimas de delitos por su condición de tal, no puede ser minimizada la gravedad de los hechos. Esto porque básicamente el delito se cometió basado en estereotipos de género.

Cabe precisar que, si bien estos casos fueron aplicados para varones que atentaron contra la vida de mujeres como víctimas de los ilícitos, el criterio antes expuesto (sobre la gravedad de los hechos) permite sustentar para esta investigación la posibilidad de ser un criterio relevante en la imposición de la pena concreta.

A nivel jurisprudencial, no se ha interpretado la primera parte del artículo 45 para darle un sentido distinto que sea aplicable a los casos en que las mujeres hayan cometido el delito.

Por su parte, resulta interesante comentar la experiencia de Costa Rica para valorar siempre como graves los casos que involucran violencia de género en contra de mujeres. Al respecto, cuando dicho país discutió el proyecto de ley sobre estupefacientes y otros con la finalidad de introducir la proporcionalidad y especificidad de género, la Comisión Permanente Especial de Seguridad y

Narcotráfico consignó en su dictamen que el Ministerio Público opinó de forma desfavorable para promulgar dicha ley. Sustentando que, no era posible disminuir la pena de los delitos de tráfico ilícito de drogas cometido por mujeres solo por cuestiones de género, pues aquello implicaba desconocer el bien jurídico protegido que es la salud pública<sup>28</sup>.

A mi criterio, la primera parte del artículo 45-A bien puede analizar la gravedad de los hechos desde una perspectiva de género no solo pensada para agravar la pena, sino también para disminuirla en los casos que así lo amerite. Esto, en la medida en que la gravedad de los hechos no restringe su análisis al invocar meramente el bien jurídico protegido, sino a que objetivamente exista un grave daño al mismo.

### **1.3. En lo concerniente al esquema operativo del sistema de tercios y las circunstancias atenuantes genéricas**

En lo relativo a la segunda parte del artículo 45 del Código Penal peruano se regula el sistema de tercios que es un esquema operativo dividido en etapas. Es preciso anotar que, este es aplicable solo al caso de mujeres *burriers* condenadas por el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, y no a otras figuras agravadas de drogas. La razón de ello se detalló en el capítulo anterior.

En cualquier caso, en la estructura de este sistema operativo no corresponde analizar la aplicación o no de la perspectiva de género, pues sus criterios de construcción son de carácter cuantitativo y no cualitativo.

Ahora bien, el sistema de tercios se vale de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal reguladas en el artículo 46 del Código Penal peruano. Este dispositivo contiene un catálogo de veintiún circunstancias genéricas, de las cuales ocho son atenuantes. Si alguna de circunstancia de este último grupo concurre en un caso en concreto su efecto es que la pena se disminuirá dentro del marco legal establecido para el delito.

---

<sup>28</sup> Obtenido de: <[https://www.tni.org/files/costarica\\_proyectoley\\_mujeres\\_reforma.pdf](https://www.tni.org/files/costarica_proyectoley_mujeres_reforma.pdf)>. Consultado el: 15 de septiembre de 2022.

En el capítulo anterior en su apartado 3.2.2. analicé con detalle lo relacionado a estas circunstancias y concluí que ninguna de ellas alude expresamente a una cuestión de género, ni al caso de las mujeres *burriers*.

Tampoco aprecio ninguna línea jurisprudencial relevante que hubiera aplicado esta circunstancia en los casos donde ellas están involucradas. Pese a que estadísticamente, muchas *burriers* peruanas precisamente atraviesan circunstancias extremas que las llevan a insertarse en estas redes criminales por las obligaciones que tienen derivadas de su rol en la sociedad como madres o jefas de hogar y hacer del delito un modo de vida. Con lo cual, es palpable la necesidad de siquiera introducir al debate la aplicación de esta circunstancia analizándola desde una perspectiva de género.

Por el contrario, si se aprecia el catálogo de las circunstancias genéricas agravantes, se verifica que cuando el sujeto activo es varón y la mujer víctima, en los literales d) y n) del inciso 2 del artículo 46 sí procuran una pena mayor si la ejecución del delito fue bajo **móviles de intolerancia o discriminación**, tales como el **sexo** o de cualquier otra índole, y si la víctima es una **mujer en situación de especial vulnerabilidad**.

Si bien ambas circunstancias tienen vinculación con la discriminación de la mujer por su condición de tal y su situación de vulnerabilidad, nuevamente surge el problema de que fueron pensadas en su condición de víctimas. Por tanto, son agravantes a emplearse en el caso de varones que cometan delitos en abuso de dicha condición. Ante esto, queda claro que existe una ausencia de la misma reflexión por parte del legislador, pero desde la condición de la mujer como delincuente. Lo cual se evidencia en una regulación insuficiente para trazar una adecuada interpretación bajo este último supuesto.

En atención a lo expuesto, ciertamente la criminalidad femenina en el Perú es una realidad existente y poco tratada a nivel normativo, toda vez que se ha dejado a un lado su análisis como sujeto activo del delito y, con ello, como sujeto

destinatario de la represión penal estatal; y, por el contrario, se ha buscado atender a su condición de víctima.

Aunado a ello, en el caso particular de nuestro país, la criminalidad femenina destaca en el caso del tráfico ilícito de drogas donde esta tiene un papel no determinante para la operatividad del mismo. No existiendo un tratamiento diferenciado de la criminalidad femenina, esto es, como aquella persona que puede y debe ser sancionada conforme a una lectura equitativa de criterios de determinación de la pena vigentes en el ordenamiento jurídico peruano.

Por este motivo, resulta importante incorporar de forma necesaria una perspectiva de género en la lectura del sistema de determinación judicial de la pena, no para eliminar ni menguar la responsabilidad penal de la mujer como sujeto activo del delito sino para equilibrar la valoración de dichos criterios en atención a las reales características de su comportamiento criminal.

#### **1.4. En lo relativo al esquema escalonado y las circunstancias atenuantes específicas del delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 298 del Código Penal**

En el apartado 3.2.3. del capítulo anterior señalé que cuando la *burrier* comete el delito con algunas de las circunstancias atenuantes específicas del artículo 298 del Código Penal, se aplica el esquema operativo escalonado. En mi criterio, las reglas del esquema operativo en sí mismo no requieren de una lectura desde una perspectiva de género, al menos no una que se evidencie notoriamente hasta el momento.

Sin perjuicio de lo señalado, tal esquema operativo se vale de las circunstancias específicas, estas se diferencian de las genéricas esencialmente porque están formuladas con relación al tipo penal del que se trate.

En cuanto al delito de tráfico ilícito de drogas, en el apartado que mencioné líneas arriba señalo que el artículo 298 del Código Penal tiene dos niveles de disminución punitiva. Considero que ninguno de estos aborda, ni elimina las

diferencias de género existentes entre los *burriers* y tampoco atiende a la etiología criminal de las mujeres en las redes de drogas.

Las circunstancias atenuantes específicas circunscriben la disminución de la pena a la cantidad o pureza de la droga. Lo expuesto hasta este punto sirve para demostrar la necesidad de modificar el artículo 298 del Código Penal, a efectos de incorporar nuevas circunstancias específicas que permita al juez valorar la etiología criminal de las mujeres *burriers* que resulte ser diferente al de los varones y que las mantiene en una relación asimétrica con ellos basada en su género.

## **2. Incumplimiento de obligaciones internacionales de incorporar la perspectiva de género en el marco normativo de la pena por parte del Estado peruano**

Las reglas de Bangkok adoptadas en el 2010 por la Asamblea General de las Naciones Unidas han sido reconocidas por el Estado peruano como un instrumento de *soft law*, útil para el tratamiento diferenciado de las mujeres delincuentes. Pero estas no han motivado ninguna modificación legislativa o desarrollo jurisprudencial que permita incorporar la perspectiva de género en la determinación judicial de las penas impuestas a mujeres condenadas. Más bien, los esfuerzos por implementar dichas reglas se han limitado al ámbito penitenciario.

Así pues, en mayo del 2013, la Defensoría del Pueblo publicó el Informe de Adjuntía N.º 006-2013-DP/ADHPD denominado “Lineamientos para la implementación de las Reglas de Bangkok en el sistema penitenciario peruano”. En este se realizó un preámbulo sobre las normas que antecedieron a dichas reglas, con el fin de evidenciar los aspectos positivos de este instrumento y la necesidad de incorporarlas al **sistema penitenciario** para mejorar la atención de las mujeres reclusas, de acuerdo con sus características especiales.

También en el mismo informe se analizaron las disposiciones del Código de Ejecución Penal y su reglamento, concluyendo que a pesar de prestarle atención a la mujer reclusa esto se producía de forma estereotipada. Ello, dado que básicamente diferenciaban el tratamiento de las mujeres reclusas solo cuando tenían la condición de madre y/o necesidades vinculadas con su rol reproductivo. Por lo que, incluso en ese ámbito, se pudo apreciar que la incorporación de la perspectiva de género ha sido lenta y paulatina.

Por otra parte, un aspecto que se resaltó en el aludido informe de la Defensoría es la **importancia del historial de victimización de las mujeres reclusas**, como el que hayan sido víctimas de algún delito (como de violencia de género o abuso sexual) antes de convertirse en victimaria, o los problemas que hayan tenido con la drogodependencia o alcoholismo. Tal es así que, se recomienda indagar sobre estos temas previo al ingreso de las mujeres al establecimiento penitenciario.

Además, en el informe se constató que, la mayoría de las mujeres eran madres solteras tras un estudio realizado en el establecimiento penitenciario Anexo de Mujeres Chorrillos ubicado en Lima. Por lo que, antes de su *prisionización*, tenían bajo su cuidado a sus menores hijos, lo que no sólo les afectaba psicológicamente a ellas sino también a los propios menores, quienes debido al encierro de sus madres debían quedarse bajo el cuidado de una tercera persona o del Estado (Defensoría del Pueblo, 2013).

Aunque en el informe se mostró que la información antes resumida sirve para ofrecer a las mujeres un mejor tratamiento diferenciado a niveles médico y psicológico dentro del establecimiento penitenciario, la Defensoría del Pueblo omitió realizar un análisis respecto del ámbito de la imposición de la pena.

En mi criterio, este aspecto resulta igual de relevante pues es justamente el paso donde se analiza la determinación de la pena a imponerse contra estas mujeres, el cual puede valorar el alcance de su condición de madres o de las situaciones económicas en las que se encontraban previamente a la comisión del delito, tal como se ha ido delimitando a lo largo de esta investigación.

Con el transcurrir de los años, no hubo mayor implementación de las reglas de Bangkok que no sea en el ámbito penitenciario. Así pues, para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales derivadas de dichas reglas y en atención al informe defensorial ya comentado, en el 2016 se aprobó la Directiva N.º DI-012-2016-INPE/DTP denominada “Atención Integral y Tratamiento Penitenciario para Mujeres Procesadas o Sentenciadas en Establecimientos Penitenciarios y Medio Libre”. Su aprobación supuso la materialización de la perspectiva de género en los instrumentos normativos del sistema penitenciario.

Asimismo, resulta interesante remarcar que, entre las disposiciones específicas de la directiva, se tuvo especial cuidado de esbozar criterios sensibles al género para clasificar el riesgo individual de las mujeres reclusas. Entre estos criterios están comprendidos los siguientes: **antecedentes socioeconómicos, el tipo de delito cometido, situaciones de violencia que hayan sufrido antes de ingresar al establecimiento penitenciario (física, psicológica o sexual), grado de drogodependencia, responsabilidad de cuidado materno (gestantes, lactantes o con niños menores de edad) o de otras personas dependientes a su cargo.** También se consideraron las siguientes categorías para dar un trato diferenciado a las mujeres reclusas: que sea **indígena, con alguna discapacidad, con problemas de salud mental, adultas mayores, con VIH/SIDA o enfermedades crónicas.**

Desde mi punto de vista, en esta directiva se desarrollaron correctamente criterios o categorías que expresan tres aspectos de las mujeres reclusas: **i)** Sus experiencias vividas antes de la *prisionización*, en caso hayan sido víctimas de algún tipo de violencia; **ii)** Sus características o necesidades especiales, no solo derivadas de su condición biológica de mujer, sino también de alguna discapacidad, condición, o raza. Lo que permite introducir un enfoque interseccional; y, **iii)** Sus intereses personales. Como se aprecia, estos criterios lejos de ser estereotipados enmarcan de forma mucho más amplia cómo aplicar la perspectiva de género con relación a mujeres reclusas. No obstante, reitero que los mismos estuvieron orientados al ámbito penitenciario.

En el 2018, este enfoque no varió pues ocho años después de la adopción de las reglas de Bangkok, la Defensoría del Pueblo emitió el Informe de Adjuntía N.º 006-2018-DP/ADHPD denominado “Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones”. En este básicamente se reiteró la importancia de las reglas de Bangkok, pero reducido al tan mencionado ámbito penitenciario.

Hasta este punto, no pretendo menospreciar los importantes avances en dicho ámbito. Pero sí resaltar que estos hubiesen sido igual o más fructíferos de haberse trasladado a un estadio previo a la *prisionización* de las mujeres. Es decir, a la etapa de juzgamiento, cuando corresponde determinar judicialmente la pena.

Lo que claramente no ha ocurrido hasta la actualidad y su falta de atención no solo resulta preocupante sino perjudicial para las mujeres, pues antes que darles un tratamiento adecuado dentro de prisión, es mucho mejor evitar su *prisionización* mediante la imposición de medidas alternativas a la privación de libertad. O, en todo caso, reducir el plazo de su encierro a través de la fijación de penas cortas que sean proporcionales y tengan en cuenta su condición de vulnerabilidad, entre otros.

Por otro lado, tal como expuse en el primer capítulo, la **Convención Belém Do Pará** motivó una modificación legislativa en torno a la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena. Esta se produjo mediante la Ley N.º 30364, la cual añadió al literal c) del artículo 45 del Código Penal, conforme al cual se tiene que para determinar la pena se debe tener en cuenta la afectación de los derechos de la mujer y especialmente su situación de vulnerabilidad cuando sea **víctima** del delito, más no condenada.

En cuanto a las líneas jurisprudenciales desarrolladas por los órganos jurisdiccionales de instancia, la Corte Suprema de la República y el Tribunal Constitucional, en sus más recientes pronunciamientos han invocado la perspectiva de género vinculadas con la Convención Belém Do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra

la Mujer (CEDAW), ambas con el fin de analizar la pena impuesta a varones victimarios de mujeres.

Bajo esa tesitura, es palmaria la necesidad de que la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena sea incorporada conforme con las Reglas de Bangkok, para que los órganos jurisdiccionales no solo se enfoquen en las mujeres en su condición de víctimas sino también de delincuentes, el cual es un aspecto abiertamente desatendido.

## **2.1. Foco de atención 1: legislación internacional que ha incidido en el ámbito de la determinación judicial de la pena**

Por lo anotado previamente, considero pertinente observar cómo en otros ordenamientos jurídicos se ha producido la incorporación del enfoque de género mediante las reglas de Bangkok, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención de Belém do Pará. La finalidad es evidenciar la necesidad de replicar dichas prácticas en nuestro propio ordenamiento.

### **2.1.1. Costa Rica como ejemplo de regulación sobre la determinación judicial de la pena con perspectiva de género**

Entre los ordenamientos que han incorporado concienzudamente la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena se posiciona en primer lugar Costa Rica, donde el legislador realizó dos tipos de reformas. La primera a la parte general de su Código Penal, así el artículo 71 referido a la determinación judicial de la pena y cuya redacción original tenía seis literales referidos a circunstancias a tener en cuenta para graduar la pena concreta. Ahora, con la Reforma del Código Penal N.º 9628 se introdujo el literal g), vigente desde el 16 de enero de 2019, cuyo tenor actual es el señalado a continuación:

“Artículo 71. El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.

Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;
- b) La importancia de la lesión o del peligro;
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
- d) La calidad de los motivos determinantes;
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y
- f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.
- g) Que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y la manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en la comisión del hecho punible.”**

En conexión con este dispositivo legal, la segunda reforma vino de la mano de la modificación del artículo 72 del Código Penal costarricense a efectos de facultar al juez a determinar una pena incluso por debajo del mínimo legal. Es decir, con efectos similares a los de una causal de disminución de punibilidad, conforme se aprecia de su redacción:

“Artículo 72.- Cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes en el mismo hecho punible, el juez las apreciará por su número e importancia, de acuerdo con el artículo anterior. **Cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el inciso g) del artículo anterior y la mujer sentenciada no tenga antecedentes penales, el tribunal de juicio *podrá disminuir la sanción, incluso por debajo del monto mínimo previsto en el tipo penal.***”

Como se aprecia, ambas modificaciones han introducido de forma general la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena aplicable a cualquier delito en el que la mujer sea la delincuente. Más no guiándose por su mera condición biológica de mujer entendida desde un sentido reproductivo, sino bajo el cumplimiento de determinados criterios parecidos a los esbozados en el ordenamiento peruano, pero para el ámbito penitenciario.

Aun cuando el ámbito reproductivo aludido es importante, pues es una causa determinante por la cual las mujeres empiezan a delinquir en las redes destinadas al tráfico de drogas, no me ocupó de este ya que el ordenamiento peruano se ha ampliado hacia dichos criterios (como la madre gestante o adulta mayor) y dejado de lado todos los demás.

Otra modificación legislativa en Costa Rica estuvo relacionada con la “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo”. En su modalidad básica, dicha normativa regula diversas conductas ilícitas vinculadas con drogas y enlistan las circunstancias específicas que agravan dichas conductas en su artículo 77. Así pues, se establece en el referido dispositivo legal que la pena se incrementará de ocho a veinte años de privación de libertad cuando, por ejemplo, el autor o partícipe facilite las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas a menores de dieciocho años, disminuidos psíquicos o mujeres embarazadas.

La Ley N.º 9161 del 13 de agosto del 2013, que modifica la ley comentada previamente para introducir la proporcionalidad y especificidad de género, incorporó el artículo 77 bis. En cuyo primer párrafo de este artículo se establece que, cuando se trate de cualquier **delito de tráfico ilícito de drogas agravado** por haber introducido sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a un establecimiento penitenciario, la pena ya no será la antes indicada sino que esta oscilará entre tres a ocho años de privación de libertad, siempre que el sujeto activo sea una mujer (indistintamente de su título de imputación) que cumpla con lo que el legislador denominó como “condiciones”.

Entre las condiciones que pueden concurrir de forma conjunta o unilateral se encuentran: **i)** La mujer esté en condición de pobreza; **ii)** Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad; **iii)** Tenga a su cargo o cuidado personas dependientes, como menores de edad, adultos mayores o con algún tipo de discapacidad; y, **iv)** La mujer sea una persona adulta mayor en condición de vulnerabilidad. Con lo cual, el extremo mínimo de la pena se reduce a menos de la mitad, lo que en el Perú solo ocurre en el caso de microcomercialización de drogas, cuyo criterio diferenciador que amerita una pena ostensiblemente menor es la cantidad de droga que se trafica y no uno vinculado al género.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 77 bis del Código Penal costarricense faculta al juez sentenciador o al de ejecución de la pena a que dispongan el cumplimiento de la pena en la modalidad de detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión.

En ese sentido, dada la corta duración de la sanción, existe posibilidad de que tales mujeres puedan obtener una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución o sea posible la aplicación de medidas alternativas a la privación de su libertad. Por consiguiente, reitero que no basta su mera condición biológica de mujer, sino la verificación de determinadas circunstancias que en esencia representan los factores etiológicos por los cuales las mujeres se involucran en el delito.

Conviene acotar que, esta modificación legislativa no fue pacíficamente aceptada. Sino que hubo quienes alegaron que la proporcionalidad de la pena no debía enfocarse solo desde la posición del sujeto activo (en este caso, mujeres), sino del bien jurídico salud pública protegido en los delitos de drogas.

Sin embargo, estas críticas fueron ampliamente superadas, ya que el Dictamen afirmativo que aprobó la promulgación de la Ley N.º 9161 se basó en el dato objetivo de que la mayor parte de las mujeres en prisión en Costa Rica se debía al delito de introducción de drogas a un establecimiento penitenciario (Asamblea Legislativa de la República Costa Rica, 2012, p. 10). De ahí que, hubiesen

introducido la causal de disminución de punibilidad para dicho delito en específico y no para otros.

Sumado a ello, se tuvo en consideración el **perfil criminológico de las mujeres**, ya que en el dictamen se consignó que muchas de ellas eran reas primarias, no reincidentes y jefas de hogar con personas dependientes a su cargo. Por consiguiente, se trataban de condiciones particulares que las exponían a ser víctimas de la delincuencia, ya sea en su forma activa o pasiva. Además, se consideró que su *prisionización* solo acrecentaba la condición adversa de estas mujeres, la cual irradiaba a toda su familia.

Esta política criminal de drogas asumida por la Asamblea Legislativa de Costa Rica adaptó adecuadamente las reglas de Bangkok a su ordenamiento jurídico, con las especiales particularidades de su país. Además, la Corte Suprema de Costa Rica amplió de forma positiva la interpretación del artículo 77 bis del Código Penal. En efecto, la Resolución N.º 2017-00076 del 27 de enero de 2017, recaída en una revisión de sentencia donde la Tercera Sala de la Corte Suprema, estableció que la situación de vulnerabilidad de la mujer no solo debe verificarse al momento en que comete el hecho, sino que esta puede surgir durante el cumplimiento de la pena. Por tanto, es posible su aplicación ya sea por el juez sentenciador o el de ejecución de la pena, pues el fin último de la norma es brindar protección a las mujeres en condición de vulnerabilidad y a las personas dependientes que tiene bajo su cuidado.

En tal sentido, las reformas legislativas han ido aparejadas con el desarrollo jurisprudencial sobre la materia.

### **2.1.2. Las guías para sentenciar a delincuentes por delitos de drogas en Inglaterra y Gales**

A diferencia de lo que sucede en Latinoamérica y el Caribe, para determinar la pena de delitos vinculados con drogas en Inglaterra y Gales se elaboraron las pautas conocidas como “Guías para sentenciar a delincuentes por delitos de drogas” (*Sentencing Guidelines for drug offences*).

Es decir, se tratan de pautas o lineamientos dirigidos a los jueces al momento de establecer la condena y la pena correspondiente. Entre estos, se les exhorta a tener en cuenta el rol que los sujetos activos fungen dentro de las redes criminales, pues de acuerdo con la Guía esto sirve para analizar su culpabilidad.

Incluso, en la Guía se esbozó un cuadro donde los *burriers* se encuentran en la escala más baja porque actúan bajo la dirección de otros, se involucran muchas veces por presión, coerción, intimidación, etc., es decir, no tienen influencia sobre otros y desconocen la escala de operación y la expectativa de algún tipo de ventaja económica u otra, incluida la propia satisfacción del hábito del delincuente.

En el Perú, es posible establecer pautas parecidas mediante Acuerdos Plenarios, Sentencias de Casación y Plenos Casatorios, tal como se ha hecho con otras materias, pero con relación a este no ha sucedido hasta la actualidad.

## **2.2. Foco de atención 2: proyectos de ley vinculados a la determinación judicial de la pena**

Como indiqué en el apartado anterior, actualmente Costa Rica es uno de los ordenamientos que ha incorporado de manera expresa y precisa la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena. No obstante, algunos años después de la reforma legislativa costarricense, otros ordenamientos jurídicos discutieron diversas propuestas legislativas a partir de las reglas de Bangkok en ámbitos como el penitenciario, procesal penal y penal sustantivo, entre ellos, el vinculado con diferentes alcances en torno a la pena.

Aunque dichos proyectos legislativos fueron archivados o aún están en trámite para su promulgación, resulta relevante apreciar los criterios que se esbozaron con relación a las mujeres. No solo por el aporte que puede tener para esta investigación, sino también porque es importante aplaudir los avances que dichos ordenamientos tienen, pues en el Perú aún continúa centrado el debate

únicamente en el ámbito penitenciario y no así en el de la determinación judicial de la pena.

### **2.2.1. El proyecto de reforma integral de México con perspectiva de género**

En mayo del 2017, en **México** se presentó la iniciativa legislativa que reforma y adiciona diversos artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales, de la Ley General de Salud, del Código Penal Federal y de la Ley Nacional de Ejecución Penal. En su exposición de motivos se reconoció que durante el proceso no solo se debía tutelar la condición de la mujer como víctima, sino también cuando se encuentre en conflicto con la ley penal.

Aunque en el caso mexicano los delitos vinculados a drogas son la segunda causa de la *prisionización* de mujeres (pues en el primer lugar están los de robo), las propuestas se centraron en la parte general de los códigos, de forma que fuese aplicable a cualquier ilícito. Aunque también a una reforma específica de la Ley de Salud, para cubrir aquellos ilícitos vinculados con drogas.

En cuanto a este último aspecto, a lo largo del proyecto se evidenció la necesidad de una reforma que incluya la perspectiva de género y, entre otros, atienda lo concerniente a la pena impuesta a mujeres por los delitos de drogas, conforme con los lineamientos de la CEDAW y la Convención *Belém Do Pará*, sin mencionarse a las reglas de Bangkok.

Se destacó que las penas abstractas previstas en el ordenamiento mexicano son desproporcionadas – como en el ordenamiento jurídico peruano y tan igual como los demás países de la región – y soslayan los factores que determinan el involucramiento de las mujeres en tales delitos, los cuales en México está vinculado en estricto a la **violencia de género**. Sumado a los efectos que provocan su encarcelamiento no solo al ámbito personal de estas mujeres, sino también a su entorno familiar y comunitario.

De ahí que, en esta exposición de motivos se enfatiza que mientras no se incorporen estas modificaciones, las mujeres condenadas por estos delitos continuarán recibiendo una triple condena:

“[...] **i)** una derivada de la falta de la incorporación de la perspectiva de género en el sistema de justicia penal; dicha falta se traduce en impactos reales en la vida de las mujeres y de las personas que dependen de ellas; **ii)** en segundo lugar, la respuesta penal del Estado frente a ciertos delitos, entre ellos los delitos contra la salud, es desproporcional porque se basa en planteamientos de “talla única” para todos, reduciendo el margen de aplicación de penas justas y medidas alternativas al encarcelamiento; **iii)** finalmente, las condiciones de reclusión se cruzan con otras variables sociales sesgadas por la desigualdad entre los géneros.” (Gaceta Parlamentaria, 2017)

Ahora bien, entre las modificaciones planteadas para superar los defectos de la legislación mexicana se encuentran, en primer lugar, la referida al Código Nacional de Procedimientos Penales. Conforme a la cual, el artículo 410 introduce algunos criterios específicamente vinculados a la situación de vulnerabilidad de las personas condenadas para la individualización de la sanción penal:

“Que viva en condiciones de pobreza y exclusión social; Sean las únicas o principales cuidadoras de menores de edad, adultas mayores, con enfermedades graves o con discapacidad; Sean adultas mayores en condiciones de vulnerabilidad; Sean mujeres embarazadas; Sean mujeres que tengan hijos e hijas lactantes de hasta por lo menos dos años de edad; Sean mujeres que hayan participado en el hecho condenado bajo presión, intimidación o coerción; o Sean mujeres que hayan cometido el hecho condenado, sometidas a un abuso de su vulnerabilidad.”

Considero que el mensaje de esta propuesta normativa es innovador, pues recoge ampliamente los diferentes factores de riesgos del comportamiento criminal que involucra a las mujeres, los mismos que describí en el primer

capítulo, convirtiendo a todos estos en criterios de individualización de la pena específicos para mujeres condenadas. La única desventaja es que esta propuesta no vino aparejada de una disminución de pena cuando se verifique uno de estos factores o, con mayor razón, varios de ellos. En mi opinión, una reforma de este tipo hubiese sido conveniente, pues el único efecto de este reconocimiento formal de la presencia de estos factores será que el juez imponga la pena mínima legal a estas mujeres.

En principio, reconozco que la imposición hacia el mínimo legal es un aspecto positivo, en la medida en que nos encontremos ante tipos penales que tienen una punición baja y el acudir hacia el extremo inferior nos permite acceder a sustitutos de la pena. Sin embargo, este alcance positivo no se verifica en aquellos ilícitos donde el marco de pena abstracta inicia con una cuantía elevada, como el caso de los delitos de tráfico de drogas, aquí analizados. En estos casos, incluso el acudir hacia el extremo inferior de la penal no resulta conveniente, sea por la alta cuantía de la pena mínima como a la imposibilidad de que la misma sea sustituida eventualmente por otra pena.

Pese a que no sea objeto de esta investigación, es importante señalar que una propuesta así, además de coadyuvar a la disminución de las penas impuestas a mujeres por el delito de tráfico ilícito de drogas, también repercute en aquellos casos de mujeres condenadas por homicidios cometidos en perjuicio de quienes inicialmente fueron sus agresores, pudiendo apreciar el incremento de estos casos en Iberoamérica.

Ahora bien, la segunda reforma estuvo dirigida al Código Penal federal mexicano, con relación a dos aspectos. El primero cuando el **sujeto activo tenga a su cargo a personas dependientes en condición de vulnerabilidad**, de forma que se propuso agregar en la fracción VIII del artículo 52 (dispositivo que regula los criterios para determinar la pena<sup>29</sup>), con el fin de que entre ellos también se tenga en cuenta si el sujeto activo es el único o principal cuidador de

---

<sup>29</sup> En este dispositivo se reconocen otros criterios, que han sido recogidos por la mayoría de los ordenamientos, como la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto, la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla, etc.

menores de edad, adultas mayores, con enfermedades graves o con discapacidad. Toda vez que, en tales casos – según dicha propuesta – el órgano jurisdiccional debe imponer de forma motivada la medida menos lesiva para el bienestar, la seguridad y los cuidados de tales personas dependientes del sujeto activo.

En esta iniciativa legislativa se tuvo la diligencia de señalar expresamente que el órgano jurisdiccional debe decidir y argumentar su decisión con la información que se cuente sobre la situación de las personas dependientes. Entiéndase que, para ello las partes procesales han debido previamente incorporar tales datos al proceso, pues caso contrario el juez no puede investigar de mutuo propio sobre esta condición particular del sujeto activo. Sin embargo, considero que aun cuando esta sea una carga de la defensa, el juez como director del debate oral puede instar preguntas que coadyuven a ahondar en estos aspectos personales del sujeto activo y que eventualmente servirán para determinar la pena adecuada para su caso.

El segundo aspecto de esta reforma se enfocó a cuando sean los propios **sujetos activos quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad**. Para ello, se propuso modificar el artículo 193 del acotado Código (que tipifica toda conducta vinculada con estupeficientes, psicotrópicos y otras sustancias ilícitas) con el propósito de que en su penúltimo párrafo se agregue lo concerniente a la determinación judicial de la pena. De manera que, en dicho procedimiento se deba tener en cuenta los siguientes criterios sobre las personas imputadas, sea varón o mujer:

“(…) que vivan en condiciones de pobreza y exclusión social; sean las únicas o principales cuidadoras de menores de edad, adultas mayores, con enfermedades graves o con discapacidad; sean adultas mayores en condiciones de vulnerabilidad; sean mujeres embarazadas; sean mujeres que tengan hijos e hijas lactantes de hasta por lo menos dos años de edad; sean mujeres que hayan participado en el hecho condenado bajo presión, intimidación o coerción; sean mujeres que hayan cometido el hecho condenado, sometidas a un abuso de su vulnerabilidad.”

Asimismo, en el último párrafo del mismo artículo 193 se propone establecer que cuando el sujeto activo sea específicamente una mujer en cualquiera de las condiciones anteriores<sup>30</sup> (ya sea que concorra solo una o varias), corresponde **construir una nueva pena abstracta** cuyos extremos mínimos y máximos se reduzcan a la mitad de lo que legalmente prevé la norma, y con base en este nuevo marco se fije la pena correspondiente.

Como había adelantado líneas arriba, las penas conminadas por los delitos de drogas son altas y se les tacha de ser de “talla única”, dado que no distinguen los diversos niveles de intervención en las redes de drogas, que en el caso específico de las mujeres se encuentra en el más bajo. Sin embargo, esta propuesta contempla esta realidad y esboza criterios – referidos específicamente a ellas – para fijar una nueva pena más benigna. Con lo cual, no solo se reduciría su tiempo de encarcelamiento sino que permitiría la aplicación de subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de libertad.

Finalmente, en la iniciativa legislativa *sub examine* también se formularon cambios en la Ley General de Salud mexicana y en específico a su artículo 475, el cual tipifica la comercialización o suministro sin autorización de determinados narcóticos. De manera que se planteó adicionar un cuarto párrafo y en ese sentido, **la pena conminada legalmente se pueda reducir hasta en una mitad de su límite mínimo** y máximo cuando se trate de mujeres que cumplan con uno o varios de los siete criterios antes mencionados, que en buena cuenta constatan la condición de vulnerabilidad de quienes cometen dicho delito. Es así que, esta modificación merece la misma opinión reseñada en la anterior ya que tienen un tenor similar.

Cabe anotar que, las demás modificaciones de esta iniciativa legislativa tomaron los mismos criterios para que sean aplicados al ámbito procesal (como para la imposición del arresto domiciliario) y penitenciario.

---

<sup>30</sup> A lo que se agrega solo un criterio más sobre si la mujer participó en el hecho condenado bajo presión, intimidación o coerción.

Al comparar el caso mexicano con el peruano se advierte que, pese a que ambos viven una realidad muy similar en materia de drogas que involucra a mujeres, en el ordenamiento peruano pareciera que el legislador – por alguna razón que desconozco – ha considerado importante incorporar una perspectiva de género solo para el tratamiento penitenciario de las mujeres, con lo cual ha desatendido todos los demás planos.

Si bien el que me interesa resaltar es el de la pena, es meritorio destacar que en México se aboga por una modificación amplia o reforma para que la perspectiva de género irradie de forma coherente a todas las instituciones jurídicas involucradas en el procesamiento de mujeres. Tal es la visión integral de México, que no solo ha orientado sus modificaciones a los delitos de drogas, sino de forma general a cualquier delito que cometa una mujer en situación de vulnerabilidad, siguiendo la tendencia de la última modificatoria del Código Penal de Costa Rica.

A partir de estas consideraciones es una primera evidencia de la necesidad de que el ordenamiento peruano incorpore la perspectiva de género al sistema criminal, ya sea en la determinación judicial de la pena u otros.

### **2.2.2. Argentina en un proceso lento de incorporar la perspectiva de género a su ordenamiento**

Tal como lo señala Lai (2012), el gobierno argentino instauró un comité asesor de expertos jurídicos con el fin de examinar sus leyes internas sobre drogas y estupefacientes y, entre otros aspectos, promover la modificación de las penas previstas para dichos delitos de forma que sean más proporcionales con el rol de los agentes.

En ese marco, la referida autora señaló que se formuló un proyecto de ley en el 2012, el cual generó el Expediente N.º 0981-D-2012, publicado en el trámite parlamentario N.º 11.

De su revisión, observo que esta propuesta legislativa se centró en la modificación de la Ley N.º 23.737 y en especial de su artículo 5, el cual regula diversas modalidades delictivas vinculadas con drogas tales como: la siembra, cultivo de plantas o guarda de semillas, comercialización de estupefacientes o materia prima, posesión de los mismos con fines de comercialización, transporte<sup>31</sup>, entre otros.

Se advierte que el objetivo de dicha propuesta era esencialmente reducir el mínimo legal de la pena abstracta prevista de manera común para las modalidades delictivas mencionadas<sup>32</sup>, esto es, de cuatro a tres años de privación de libertad. Si bien en el texto modificadorio del artículo no se hizo ninguna alusión sobre el sujeto activo. No obstante, en la justificación del proyecto se explicó que dicha reducción punitiva posibilitaría la imposición de una pena de ejecución condicional de **mujeres** (nacionales y extranjeras) condenadas por estos delitos, porque ellas son mayormente empleadas por organizaciones delictivas para transportar droga en cantidades mínimas.

Esto, siguiendo el texto de la justificación del proyecto, debido a que «pertenecen a estratos sociales extremadamente vulnerables y se ven forzadas a realizar esta actividad, muchas veces poniendo en grave riesgo su salud, a cambio de pagos irrisorios»<sup>33</sup>. Es decir, uno de sus condicionantes es la necesidad económica apremiante, tal como expresamente se menciona en el proyecto. Sumado a que por la “tosquedad de las maniobras” de dichas mujeres es usual el descubrimiento de su actividad ilícita y, por tanto, su consecuente detención.

---

<sup>31</sup> El presente trabajo se centra en la modalidad de *burrier*. Al respecto, debe tenerse en consideración que dicha modalidad delictiva conforme a la legislación argentina hace referencia a los actos de “transporte”, y equivale a la modalidad del segundo párrafo del artículo 296 del Código penal peruano.

<sup>32</sup> Cabe anotar que el otro gran foco de atención de esta propuesta legislativa fue la despenalización de aquellas conductas que tuvieran como propósito el consumo personal de drogas o estupefacientes, pues en dicho ordenamiento este es un tema importante a partir del fallo Arriola de la Corte Suprema. No obstante, no comentaremos este extremo de la citada propuesta legislativa ya que no es objeto de la presente investigación.

<sup>33</sup> Obtenido de <<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=0981-D-2012>>.

Conforme lo anotado, considero que este proyecto constituye un antecedente importante para empezar a discutir sobre la realidad de las mujeres encarceladas por delitos de drogas.

Sin embargo, el texto modificatorio del artículo 5 de la Ley N.º 23.737 en sí mismo fue bastante tenue ya que redujo de forma general la pena abstracta del delito. Por lo que, sus efectos beneficiarían tanto a varones como mujeres, cuando en la justificación del proyecto se dio a entender que dicha disminución era precisamente para atender la situación de vulnerabilidad de estas últimas, aunque en la realidad no se previó ningún supuesto específico con tal fin.

Por su parte, en el 2019 en el Informe de Evaluación sobre Políticas de Drogas de Argentina se señaló que este país había implementado la perspectiva de género, pero en otro ámbito como es su sistema nacional de tratamiento, rehabilitación e inclusión social de personas con consumo problemático de drogas, en el cual se tuvo en cuenta las necesidades especiales de mujeres jóvenes, madres y gestantes. Sin mencionar ningún otro avance con relación a los temas de género.

Para ese entonces ya se había puesto en marcha el Programa de Justicia Terapéutica para personas involucradas en delitos menores de drogas con consumo problemático de dichas sustancias, sin mencionar ningún enfoque especializado en las mujeres<sup>34</sup>. Por lo que, hasta ese momento no parecía haber una inclinación específica del ordenamiento argentino para la protección de mujeres condenadas por dichos delitos que se tradujera en alguna atenuación en la pena – abstracta o concreta –.

En contraste con esta situación, en febrero de 2022 (diez años después del primer proyecto mencionado), la diputada Ana Carolina Gaillard presentó uno con el mismo fin de modificar la Ley N.º 23.737 que – entre otros aspectos – propuso agregar un párrafo al artículo 5 con la siguiente redacción:

---

<sup>34</sup> Recién a fines del 2021, la Secretaría de Políticas Integrales sobre Drogas de la Nación Argentina y el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de la Nación presentó los “Lineamientos para abordar los consumos problemáticos de sustancias desde **una perspectiva de géneros y diversidad**”. El cual expone un abordaje integral para mujeres consumidoras, no necesariamente en conflicto con la ley penal.

“(…) No serán punibles quienes incurran en las conductas previstas en los incisos a), b, c) y d) cuando surja que la conducta fue determinada en un contexto de violencia de género y/o de extrema vulnerabilidad.” (El subrayado es propio)

Los cuatro incisos mencionados se refieren a las diversas modalidades delictivas de los delitos de drogas, entre ellos, el transporte. Ahora bien, a diferencia del anterior proyecto, la modificación no está orientada a reducir la pena abstracta sino a prever una **causa de no punibilidad**. Es decir, pese a que la conducta se declare típica, antijurídica y culpable, no merece una pena cuando se esté en alguno o en ambos de los siguientes supuestos: contexto de violencia de género y de extrema vulnerabilidad.

Para entender de qué se trata cada uno, es preciso revisar la justificación de este proyecto. En este se partió de la premisa de que generalmente las mujeres actúan como mulas o camellos (denominaciones que se les otorga a las *burriers* de drogas), hecho que se debe a su extrema vulnerabilidad cuya naturaleza ha de ser en estricto socio-económica. Mientras que, el contexto de violencia de género expresa que las mujeres fueron captadas por sus parejas con quienes mantuvieron una relación violenta y básicamente las obligaron a insertarse en dichas redes.

De ahí que, este proyecto de ley tiene un panorama específico sobre la perspectiva de género, pues los dos supuestos aludidos evitan referirse a las mujeres embarazadas, cabeza de familia, cuidadora de personas dependientes, tal como sí se ha esbozado en otros ordenamientos. Esto se debe a que, en la misma justificación del proyecto, se señala que estos criterios manifiestan un sesgo de género en los procesos de criminalización.

Al respecto, es preciso reconocer la preocupación del legislador argentino por los casos en que las mujeres delincuentes cometen el delito debido a los antecedentes de violencia de género que vivieron. Muchos ordenamientos dejan de lado este ámbito como el peruano donde la Corte Suprema solo

tangencialmente ha tratado el tema en casos de homicidio<sup>35</sup>. También estoy de acuerdo con que varios criterios se vinculan con el rol reproductivo de las mujeres; por lo que, pareciera lógico que se equipara su situación de vulnerabilidad con estereotipos sociales de su condición de madre o cuidadora. No obstante, lo cierto es que estadísticamente una gran cantidad de mujeres involucradas en este delito son motivadas por dicha condición, de forma que es coherente y necesario que se integren tales criterios, pero no con el ímpetu de perpetuar su discriminación.

Por otra parte, encuentro interesante como el legislador pretende incorporar la perspectiva de género mediante una causa de no punibilidad, lo que es mucho más tuitivo no solo frente a la propuesta de ley del 2012 sino a otras emitidas por sus pares extranjeros. Desde ya existen fuertes reparos sobre la mera pretensión de disminuir la pena, debido a que ello implicaría desconocer la gravedad de los delitos de drogas. Pero en este proyecto incluso se asevera que existen supuestos en los que ni siquiera merece imponer una pena.

### **2.2.3. El caso colombiano**

Después de haberme exployado en tres proyectos legislativos que no lograron ser promulgados como ley, es preciso mencionar el caso colombiano cuya situación es distinta. Así en el 2019, se presentó el Proyecto de Ley N.º 093 de 2019 «por medio del cual se adoptan acciones afirmativas para mujeres cabeza de familia en materia de política criminal y penitenciaria, se modifica y adiciona el Código Penal, la Ley N.º 750 de 2002 y el Código de Procedimiento Penal y se dictan otras disposiciones».

En este se hizo referencia expresamente a las mujeres cabezas de familia que hayan sido condenadas no solo por delitos de drogas, sino también patrimoniales bajo la siguiente fórmula legislativa:

“Las mujeres cabeza de familia condenadas por los delitos establecidos en los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal, o condenadas a otros delitos cuya pena impuesta sea igual o inferior a ocho (8) años de

---

<sup>35</sup> En los Recursos de Nulidad números 2597-2016/ Callao y 2145-2018/Lima Norte.

prisión, en los cuales se demuestre por cualquier medio de prueba que la comisión del delito está asociada a condiciones de marginalidad que afecten la manutención del hogar y cumplan con los requisitos establecidos en la presente ley, podrán obtener como medida sustitutiva de la pena de prisión, de oficio o a petición de parte, el servicio de utilidad pública.”

“(…) El servicio de utilidad pública como medida sustitutiva de la pena de prisión se podrá otorgar a las mujeres cabeza de familia de acuerdo a los requisitos de la presente ley, en los casos de condenas por el delito de concierto para delinquir (artículo 340 del C.P.), cuando el concierto esté relacionado con los delitos de los artículos 239, 240, 241, 375, 376 y 377 del Código Penal.”

Si bien el proyecto de ley contiene más modificaciones, basta colocar las dos señaladas pues las demás tienen el mismo tenor de poner como criterio esencial que se trate de una mujer cabeza de familia condenada por delitos de droga o robo, y que la pena que corresponda por el delito (ya sea de privación de libertad o detención domiciliaria) sea sustituida por el servicio de utilidad pública<sup>36</sup>.

De acuerdo con su trámite, dicho proyecto fue aprobado por la cámara y enviado al Poder Ejecutivo donde la objetaron – o cuestionaron – por inconstitucional y como las Cámaras insistieron en su promulgación, el proyecto pasó a la Corte Constitucional. En dicha instancia se emitió la Sentencia C-256-22 que declaró infundadas las objeciones planteadas por el Gobierno Colombiano y sobre otras se inhibió de pronunciarse porque no fueron debidamente sustentadas.

Como era de esperarse, el Gobierno Colombiano cuestionó este proyecto por soslayar las obligaciones internacionales asumidas con relación al procesamiento de los delitos de drogas. Su posición fue que, admitir el servicio de utilidad pública como pena sustitutiva implicaba aceptar medidas benevolentes frente a delitos de especial gravedad. Sumado a que se discriminaba negativamente a los varones que se hallaban en la misma

---

<sup>36</sup> La pena de utilidad pública equivale a la pena de prestación de servicios a la comunidad en Perú.

situación. Entre sus fundamentos más relevantes, la Corte Constitucional respondió dichas alegaciones de la siguiente manera:

**“(...) Pero en el caso de las mujeres deben tenerse en cuenta aspectos específicos que dificultan el encierro aún más: ‘Las necesidades físicas, mentales y emocionales de las mujeres reclusas difieren de las de los hombres reclusos. Es probable que la cárcel no ofrezca los cuidados adecuados que se necesitan durante la maternidad y el período prenatal, o un acceso apropiado a productos de higiene femenina. La mujer puede tener necesidades diferentes en relación a ciertos problemas, por ejemplo, de adicción a sustancias, enfermedades psicológicas, manejo del enojo, un pasado con maltrato psicológico, físico o abuso sexual’”.** (fundamento 213)

**“(...) Es evidente que la cárcel no está pensada para mujeres cabeza de familia, que son las que de manera exclusiva se encargan del cuidado del hogar y sus integrantes, ni considera las implicaciones de la falta de esta persona en la familia...”.** “La situación de la mujer presa se diferencia bastante a la del hombre, lo que se deriva de su función en la sociedad. La relación materno-filial requiere el constante contacto en general, y también para no empeorar la situación del encierro. La estructura patriarcal pone a la mujer a cargo de los hijos, y esto no cambia necesariamente con el ingreso a la prisión...”. **“Entonces el impacto cuando una mujer madre entra a prisión es mucho más fuerte para toda la familia, y para la mujer misma.** Esto se debe también, en parte, a que las mujeres presas **no solo están sancionadas por las leyes penales, sino muchas veces olvidadas por sus propias familias y repudiadas por la sociedad”** (fundamento 214)”.

Con ello se descartó la presunta discriminación hacia los varones encarcelados por delitos de droga y se reafirmó la existencia de características y necesidades particulares de las mujeres. Además, la misma Corte afirmó la “feminización de los delitos asociados al narcotráfico” (expresión que usó en la sentencia) y que el involucramiento de las mujeres obedecía a su instrumentalización – empírica y estadísticamente demostrado – por parte de organizaciones criminales de drogas.

A su vez, se desechó la premisa de que se trataba de una política criminal contraria a los estándares internacionales, ya que la estructura típica no varía ni se trata de una decisión descriminalizadora. Así que, dado el sentido favorable de la sentencia, lo que prosigue es la promulgación de la ley. Por lo que, Colombia pasará a ser uno de los países que incorpore la perspectiva de género, cuya fórmula legislativa en lugar de estar orientada a la pena privativa de libertad se inclina más bien a propugnar la aplicación de un sustitutivo de la pena, como lo es la prestación de servicios a la comunidad.

### **2.3. Foco de atención 3: normas internacionales que crean criterios referidos a otras instituciones y que pueden trasladarse a la determinación judicial de la pena**

La perspectiva de género ha permitido reinterpretar diversas instituciones jurídicas. Solo en el ámbito de la pena, se aprecia cómo influye en la modificación de las penas abstractas de los delitos de drogas, o se establecen supuestos generales y/o específicos para determinar la pena concreta (lo que es materia de la presente investigación), y la forma en cómo se ejecuta la misma.

También algunos ordenamientos han introducido la perspectiva de género en la regulación de las medidas coercitivas personales, y en ese ámbito los criterios que prevén para su otorgamiento merecen ser comentados en el presente apartado, considero que pueden trasladarse también al sistema de determinación de la pena peruana.

#### **2.3.1. Brasil y su modelo jurisprudencial de incorporación de la perspectiva de género**

A diferencia de las normas y proyectos normativos de otros países cuyo propósito era incorporar alguna manifestación de género en los alcances de la pena, el aporte principal de Brasil se encuentra en el hecho de que la necesidad de incorporar la perspectiva de género surgió de la mano de la jurisprudencia y no así de la norma.

En febrero del 2018, el Tribunal Federal Supremo brasileño en mayoría se pronunció favorablemente en un *habeas corpus* colectivo para que a más de 4500 mujeres se les sustituya la medida de prisión preventiva o la pena privativa de libertad por la de arresto domiciliario (en ejecución de pena) en caso de mujeres embarazadas, madres de niños de hasta 12 años o a cargo de personas con deficiencia.

A propósito de tal fallo, en diciembre de 2018 se aprobó la Ley N.º 13.769, la cual admite la sustitución de la prisión preventiva siempre que se trate de mujeres privadas de la libertad embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o sean madres con hijos menores o con discapacidades bajo su custodia, independientemente del delito cometido.

Como quiera que se trata de una medida coercitiva, lo innovador es que no solo se enfoca en la situación de vulnerabilidad del sujeto activo sino en las personas que dependen de este. Dado que es usual que se varíe la medida de prisión preventiva si por ejemplo el agente tiene más de 65 años, pero no es común admitirla cuando el sujeto activo no sea quien esté en una situación de vulnerabilidad, pero sí la persona de quien tiene que cuidar. En lo que concierne a su aporte al sistema de determinación judicial de la pena, tal modificación alude a criterios ya antes mencionados en el presente trabajo, razón por la cual considero que está en proceso de que estos sean asimilados a otros ámbitos.

Sumado a ello, en el artículo 318-A del Código de Procedimiento Penal brasileño se prevé la posibilidad de sustituir la prisión preventiva por el arresto domiciliario, si la mujer no cometió el delito materia de condena con violencia o amenaza grave, ni en perjuicio de un niño o persona dependiente a su cargo.

Aun cuando en tal reforma tampoco se hace alusión a los delitos de drogas, este es un criterio distinto a los demás e importante, porque una de las objeciones más fuertes para brindar un tratamiento menos severo a las mujeres delincuentes es la gravedad de los delitos de drogas.

No obstante, mediante este criterio puede diferenciarse la comisión de dicho delito en la escala más baja, donde las mujeres participan transportando droga, frente a los otros donde se ponen en riesgo otros bienes jurídicos. Este criterio es parecido al previsto en los lineamientos de Inglaterra y Gales, por lo que sería de bastante utilidad trasladarlo al ámbito de la imposición de la pena.

### **2.3.2. Argentina y la falta de incorporación de la perspectiva de género**

Como expliqué anteriormente, en Argentina aún no se ha incorporado la perspectiva de género en los aspectos concernientes a la pena, pero desde hace varios años de manera sutil se ha prestado atención a ciertas condiciones de vulnerabilidad de las mujeres, al menos en el ámbito procesal y penitenciario. Así en el 2009, se promulgó la Ley N.º 26.472 que modificó el Código Penal de la Nación, el Código Procesal Penal de la Nación y la Ley de Ejecución Penal.

Respecto al Código Penal argentino, su artículo 10 referido a la detención domiciliaria fue modificado para que se proceda a favor de los condenados en diversos supuestos, entre ellos, cuando se trate de una mujer embarazada, o una madre. Como indiqué es una variación tímida del texto de la ley y bastante parecida a la peruana. Por su parte, en la Ley de Ejecución penal argentina se estableció que en fase de ejecución puede fijarse que la pena sea cumplida en detención domiciliaria siempre que, entre otros supuestos, el interno sea mayor de setenta años; una mujer embarazada; una madre de un niño menor de cinco años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Nuevamente se constata que existe un mayor desarrollo de criterios en el ámbito penitenciario, y lo común de ambas modificaciones es que permiten acceder a estos beneficios a madres con hijos de un rango etario mayor al peruano. Es decir, en Brasil se admite aplicar estas medidas a mujeres con niños de hasta doce años de edad, y en Argentina hasta los cinco. Mientras que, en Perú solo es hasta los tres años.

En comparación con estas legislaciones, el ordenamiento peruano incluso en el ámbito procesal ha adoptado fórmulas generales sin efectuar ninguna diferencia cuando el sujeto activo sea varón o mujer, y el único supuesto en el que toma en cuenta a la mujer es el criterio de que sea madre gestante, tal como se verifica del artículo 290<sup>37</sup> del Código Procesal Penal peruano que regula la detención domiciliaria.

En mi opinión, esto es es exageradamente limitado en comparación a sus pares que hace años se han ocupado – en menor o mayor medida – de implementar una real perspectiva de género en los instrumentos internos que versan sobre materia penal. Más bien, considero que los criterios que he venido resaltando amplían el panorama de lo que es preciso evaluar cuando se hace referencia a la situación de vulnerabilidad de las mujeres.

### **3. Evidencia casuística de la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la determinación judicial de la pena**

En el Perú no existen datos estadísticos oficiales que disgreguen la cantidad de mujeres condenadas como *burriers* en el país, ni el número de mujeres que se encontraban en situación de vulnerabilidad al momento en que cometieron el delito o cuando iban a sentenciarlas. Tampoco existen estudios que analicen la forma cómo los tribunales de justicia vienen resolviendo estos casos, ni si estos utilizan criterios diferenciados para determinar la pena y así eliminar los factores de vulnerabilidad y/o las desventajas en las que se encuentran las mujeres por su condición de tal.

La ausencia de datos y estudios al respecto no permite evaluar el real impacto que tiene la falta de aplicación de la perspectiva de género en la administración de justicia. De ahí que, sin pretensión de desnaturalizar la metodología de la

---

<sup>37</sup> En este dispositivo se prevé que la imposición de la detención domiciliaria se da cuando el sujeto activo: **i)** Tenga más de 65 años de edad, en cuyo supuesto es posible subsumir a la mujer en situación de vulnerabilidad por ser una adulta mayor; **ii)** También si adolece de una enfermedad grave o incurable; fórmula parecida a la legislación mexicana, **iii)** Si el sujeto activo sufre grave incapacidad física permanente que afecte sensiblemente su capacidad de desplazamiento, es decir, se centra en la condición de dependencia del sujeto activo; o, **iv)** Si es una madre gestante.

presente investigación, elegí presentar una muestra aleatoria de **diez pronunciamientos** sobre mujeres condenadas como *burriers*, cuyo fin es evidenciar que el sistema de justicia está soportando la imposición de sanciones desproporcionadas a mujeres en situación de vulnerabilidad sin la aplicación de una perspectiva de género, lo que no solo les afecta negativamente a ellas sino que constituye una problemática judicial en la actualidad.

Para esta presentación, recopilé y analicé pronunciamientos de dos instituciones diferentes como son la Corte Superior de Justicia del Callao y la Dirección de Gracias Presidenciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La elección de la **Corte Superior de Justicia del Callao** (listado de resoluciones en el Anexo 1) se debe a que este distrito judicial es el que estadísticamente conoce de la mayor cantidad de procesos contra *burriers*; en razón a que su competencia territorial abarca el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, lugar donde recurrentemente se producen intervenciones por transporte droga hacia el extranjero.

Estos casos se obtuvieron en mérito a la Resolución Corrida N.º 4779-2022-P-CSJCL/PJ del 30 de septiembre de 2022 (Anexo 3) en la que me autorizaron el acceso a los expedientes que hayan sido tramitados por los órganos jurisdiccionales de dicha Corte contra mujeres *burriers* entre los años 2018 y 2021, los cuales son criterios que especifiqué en mi pedido dada su relevancia para la presente tesis.

Al apersonarme al módulo penal de la Corte, me informaron que no contaban con una base de datos que filtre los criterios indicados en mi pedido, por lo que me brindaron un listado con 1392 expedientes tramitados por el delito de tráfico ilícito de drogas, sin discriminar el género de los procesados, la modalidad delictiva de *burriers*, ni con la especificación de los casos que ya contaban con sentencia (varios de ellos aún estaban en trámite, eran incidentes o habeas corpus), sumado a que numerosos expedientes se repetían dentro del mismo listado.

Es así que, para la presente investigación escogí aleatoriamente diez casos que sí cumplieran con los filtros anotados anteriormente, los cuales revisé en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, accediendo para ello al Sistema Integrado Judicial (SIJ). Este es un sistema informático donde se encuentran registradas en formato digital diversas piezas procesales que obran en el expediente judicial físico y otras actuaciones en sede fiscal que fueron remitidas a la Corte.

De manera que, dicho acceso no solo permitió optimizar el tiempo invertido en la revisión de las sentencias – las cuales eran el principal objetivo de esta revisión empírica – sino que, también me permitió la revisión de resoluciones y autos previos a la sentencia, escritos presentados por las partes, actas y grabaciones en audio y vídeo de las audiencias; así como la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, la acusación y los medios de pruebas ofrecidos en este para su actuación, las declaraciones a nivel policial y fiscal de las procesadas y testigos.

Asimismo, en algunos expedientes se pudo verificar otra clase de documentos que resultaron importantes, como informes socioeconómicos y pedidos de traslado internacional para cumplimiento de pena en el país de origen de las internas.

De este modo, con las indagaciones efectuadas, presento el análisis de diez sentencias de la Corte Superior de Justicia del Callao emitidas en la etapa de investigación preparatoria y juicio oral, así como el análisis de diez resoluciones supremas en las que se concedieron la gracia presidencial de conmutación de pena.

Por un lado, la casuística de la citada Corte permitirá verificar si, luego de establecida la responsabilidad penal de las mujeres *burriers*, era posible que los jueces identifiquen factores de género que influyan en la determinación judicial de la pena, de modo tal que hubieran permitido la imposición de una pena menor a dichas mujeres.

En ese sentido, a lo largo del presente apartado muestro una visión amplia sobre las consecuencias de la falta de aplicación de la perspectiva de género en la dosificación de la pena de las mujeres *burriers*. Así pues, evidencio casuísticamente que cuando esta no es aplicada por los jueces durante el proceso judicial pese a la existencia de factores que lo permitirían, algunas mujeres *burriers* han recurrido a la vía ejecutiva para corregir ello.

De manera que, han solicitado y se les ha concedido la gracia presidencial de conmutación de pena por causas vinculadas precisamente al género reduciéndoles el cumplimiento de su pena y excarcelándolas muy anticipadamente. Por tanto, a continuación pretendo mostrar que, con una aplicación correcta del enfoque de género a la pena, las mujeres *burriers* podrían obtener una disminución de su pena desde la etapa judicial sin tener que recurrir a otras vías.

### **3.1. Análisis de sentencias de fondo y de terminación y conclusión anticipada**

En el 90% de los pronunciamientos que se presentan a continuación, las mujeres aceptaron su responsabilidad en los hechos imputados y así accedieron a **la terminación y conclusión anticipada del proceso**. Por tal razón, es conveniente que, de forma preliminar, se explique que ambas figuras mencionadas obedecen a la institución de la *conformidad procesal*, cuyo presupuesto es que la procesada **acepte** la comisión de los hechos tal como lo imputó el representante del Ministerio Público, y junto con este y el actor civil se pongan de acuerdo sobre la pena y reparación civil. Si dicha aceptación se efectúa durante la investigación preparatoria se emitirá una sentencia de terminación anticipada; y si esta se da al inicio del juicio oral, se expedirá una de conclusión anticipada (Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116).

En cualquiera caso, al evitarse la realización de un juicio oral y, por ende, la actuación de pruebas, quienes solicitan acceder a estas figuras reciben un **beneficio premial** consistente en la reducción de la pena en una sexta parte (si se trata de terminación anticipada conforme lo establece el artículo 471 del

Código Procesal Penal peruano) o en una séptima parte (si se trata de la conclusión anticipada del juicio oral de acuerdo con el artículo 372 del Código Procesal Penal peruano). Debido a ello, la mayoría de las mujeres condenadas como *burriers* (y también varones) suelen admitir los hechos y evitar acudir a un juicio oral de cara a obtener una pena menor, la misma que podrán negociar con las demás partes.

Aunque en estos supuestos las partes pueden convenir sobre la pena a imponerse, el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116 establece que el juez tiene el deber de efectuar un **control de legalidad sobre dicho acuerdo**, pues la determinación de la pena es un ámbito estrictamente jurisdiccional en el cual el juez mantiene una amplia libertad.

Así pues, debe aplicar las reglas de los artículos 45 y 46 del Código Penal estudiadas en el primer capítulo y gradúa la pena procurando que sea **proporcional a la gravedad de los hechos y las condiciones personales de cada imputada** (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2008, fundamento jurídico 16). Aunado a la reducción de pena correspondiente por la conformidad procesal, que permite que en algunos casos incluso la pena pueda ser impuesta por debajo del mínimo legal.

Por otra parte, solo un 10% de los pronunciamientos que se analizan en adelante son "sentencias de fondo", es decir, que fueron emitidas como consecuencia de un juicio oral, y en las que el órgano jurisdiccional realizó una valoración probatoria para determinar la responsabilidad de las procesadas y su pena.

En consideración de lo anotado, en las líneas siguientes empiezo relatando brevemente los hechos por el que fueron condenadas las mujeres *burriers* (cuyos nombres han sido cambiados por protección de sus datos personales), la decisión del órgano jurisdiccional, datos relevantes obtenidos del expediente judicial, de los registros audiovisuales de las audiencias y/o de la carpeta fiscal. Para finalmente visibilizar los principales hallazgos de estos diez pronunciamientos, centrándome en resaltar los **factores vinculados con el género** como su condición de madres solteras, madres jefas de hogar, madres

lactantes, el uso de coacción y/o engaño, mujeres hablantes de un idioma distinto al castellano, y las carencias económicas que sufrían al momento de cometer el delito, esto último derivado de la falta de oportunidades laborales para mujeres, brecha salarial y el desequilibrio entre las jornadas laborales con las labores domésticas.

### **3.1.1. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 1: madres solteras y jefas de hogar con hijos menores, y carencias económicas acentuadas por sus responsabilidades maternas**

Se presentan los casos de Sara, Lily y Susan, quienes son mujeres que comparten características en común, una de ellas es que eran **jóvenes** cuando cometieron el delito de tráfico ilícito de drogas: Sara tenía 22 años; y Lily y Susan, 26 años. Las tres eran madres solteras con uno a tres hijos a su cargo, se embarazaron entre los 18 y 20 años, edad desde la cual asumieron sus responsabilidades maternas solas. Ninguna de las tres tuvo un trabajo formal, se dedicaban al cuidado del hogar esencialmente y dada su falta de recursos económicos, tenían trabajos eventuales y vivían en casa de los familiares más cercanos.

Aunque la **maternidad** y la **falta de recursos económicos para cubrir sus responsabilidades maternas** no fueron considerados por los órganos jurisdiccionales, tienen relevancia jurídica para la presente investigación pues determinaron la inserción de estas tres mujeres en las redes de drogas. Entonces, al soslayar tales factores, estas mujeres recibieron las mismas penas que otra persona sin encontrarse en su misma condición hubiera recibido y además estas por ser de carácter efectiva necesariamente tuvieron repercusión en sus roles maternas, pues mientras ellas cumplieron su pena dentro del establecimiento penitenciario dejaron a sus menores hijos a cargo de terceros.

De ahí que, en cada caso se resalta que sus penas pudieron analizarse con una perspectiva de género que hubiera permitido la imposición de una pena más corta o, en su defecto, la aplicación de sustitutivos penales o medidas alternativas a la pena privativa de libertad previstas en el Código Penal peruano

como la suspensión de la ejecución de la pena (artículo 57), reserva del fallo condenatoria (artículo 62), exención de pena (artículo 68), conversión de pena (artículo 82), entre otros, cuyo objetivo es eludir o limitar la ejecución de penas privativas de libertad de corta o mediana duración (Prado Saldarriaga).

### **Caso de Sara:**

El 7 de marzo de 2019 una mujer de 22 años, a quien llamaré Sara, fue detenida en flagrancia delictiva en el área de control *body scan* del aeropuerto internacional Jorge Chávez cuando pretendía viajar por la aerolínea LATAM a la ciudad de Sao Paulo en Brasil, con droga acondicionada en el exterior de su cuerpo bajo la técnica de la momia. Es decir, tenía una faja alrededor de su abdomen y espalda donde estaba acoplado un paquete con 1,351 kg de alcaloide de cocaína, el cual disimulaba al vestir una blusa<sup>38</sup>.

Se inició un proceso inmediato en contra de Sara y durante el trámite, su defensa pidió someterse a la terminación anticipada del proceso, así que se llevó a cabo la audiencia correspondiente. Instalada esta, el juez preguntó a Sara por sus **datos generales**: edad, estado civil, lugar de nacimiento y nombre de sus padres. Acto seguido, le consultó si se consideraba responsable por los hechos atribuidos en su contra, a lo que ella se limitó a responder afirmativamente. Dado que Sara admitió su responsabilidad por estos hechos (el cual es un presupuesto para acceder a la terminación anticipada), el juez no le realizó ninguna otra pregunta adicional ni ella volvió a declarar<sup>39</sup>.

Como consecuencia, el 23 de marzo de 2019, el Juzgado de Investigación Preparatoria emitió sentencia que condenó a Sara como *burrier*. En cuanto a la pena, el fiscal solicitó 6 años y 8 meses de privación de libertad, conforme con lo acordado con la defensa. Por su parte, el juez le impuso dicha pena, y para determinarla partió del extremo mínimo legal del delito<sup>40</sup>, a lo cual disminuyó solo

---

<sup>38</sup> Hechos según el requerimiento de incoación de proceso inmediato.

<sup>39</sup> De acuerdo con las actas de juicio y la visualización del video de la audiencia.

<sup>40</sup> Conforme con el primer párrafo del artículo 296 del Código penal, el cual prevé una pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

un sexto por debajo del mínimo legal, en atención a la bonificación premial de la terminación anticipada.

Del análisis de la sentencia y datos obtenidos de la audiencia, se aprecia que aparentemente no existe ningún factor por el cual Sara deba recibir un tratamiento diferenciado al de sus pares (varones y mujeres). Para comprobar si esto realmente era así, accedí a algunas piezas procesales de la carpeta fiscal, entre ellas, la **declaración preliminar de Sara**<sup>41</sup>. En esta, el fiscal preguntó básicamente sobre los hechos materia de imputación, y fue solo el abogado de Sara quien introdujo preguntas sobre sus condiciones personales y la forma en que la captaron. De esa manera se pudo conocer lo siguiente:

“**i)** Sara explicó que era **madre soltera** de una niña (cuya edad no precisó) quien **dependía solo de ella** pues su padre la había abandonado. También manifestó que era natural del departamento de San Martín, pero al momento de cometer el delito vivía en la casa de los abuelos de su hija ubicada en el distrito de los Olivos - Lima, donde no tenía bienes propios. Por lo que, **se dedicaba a la prostitución** desde un año antes de su detención, producto del cual percibía alrededor de S/1 000.00 semanal y así solventaba la mayor parte de los gastos de su hija.”

“**ii)** Sara relató que la **captó** una mujer en el mercado quien repartía tarjetas con la leyenda “¿Quieres ganar dinero fácil? Contáctate a este número”, así que ella decidió darle su número de celular. Una segunda mujer la contactó y le explicó que el trabajo consistía en **transportar productos peruanos como café, maca, quinua y kiwi** hacia otro país a cambio del pago de \$4 000.00, a lo cual Sara accedió porque necesitaba el dinero. Fue así que empezaron a coordinar vía WhatsApp y recibió una parte del pago para tramitar los papeles de su pasaporte.”

---

<sup>41</sup> La cual fue anexada al requerimiento fiscal de proceso inmediato.

“Agregó que una tercera mujer de 38 años le entregó un paquete en el mercado de Collique, por encargo de su jefe, cuyo nombre no le reveló, pero supo que era un varón. Esta mujer la llevó al baño donde recién le explicó que dicho **paquete contenía droga**. Aunque Sara le recriminó que ella no había aceptado transportar dicha sustancia, finalmente aceptó el trato por el pago que le darían. De forma que, permitió que en el baño del mercado le acomodaran la droga en una faja alrededor de su cuerpo y también recibió indicaciones de cómo actuar una vez que llegue a su lugar de destino. Sara precisó que no conocía previamente a ninguna de las mujeres mencionadas y la llamaban de diversos números celulares pidiéndole que no agendase los suyos.”

En conclusión, al momento de cometer el delito, Sara sufría de carencias económicas: era madre soltera de una hija pequeña dependiente de ella, no contaba con un trabajo formal, sino que laboraba como prostituta para solventarse económicamente. En ese contexto, la captaron con el engaño de transportar productos alimenticios a cambio de una alta contraprestación económica, pero al conocer que se trataba de droga, continuó con el trato ya que requería la paga ofrecida, la cual era tres veces más de lo que ganaba en un mes y sin tener que ofrecer servicios sexuales. Además, expuso cómo detrás de su captación existía una red de mujeres lideradas por un varón cuya identidad no se reveló.

Como se advierte ninguno de estos datos se vio reflejado en la sentencia, pues como quiera que Sara se sometió a la terminación anticipada del proceso, ni el fiscal ni el juez ahondaron sobre sus condiciones personales durante la audiencia correspondiente. El juez se limitó a recibir los datos personales de Sara para su mera identificación, y el fiscal intervino para pedir una pena reducida en atención al acuerdo efectuado con la defensa.

En ese sentido, lo relevante de este caso para la presente investigación es que exhibe la **mala praxis** de los funcionarios en los supuestos de conformidad procesal, pues en la audiencia de terminación anticipada se obvia formular preguntas sobre sus **condiciones personales** que determinen si la procesada

sufrió de carencias sociales, cuál es su cultura o costumbre, o cualquier otro factor del artículo 45 del Código Penal, el cual es uno de los dispositivos legales fundamentales para la determinación judicial de la pena<sup>42</sup>. No obstante, en la sentencia no se hizo alusión a ninguna condición personal de Sara y sin mayor fundamentación se fijó la pena en el extremo mínimo legal, descontándose un sexto de la pena por el beneficio premial.

Como indiqué independientemente del acuerdo de las partes sobre la pena, el juez tiene el deber de verificar si este realmente cumple con las reglas del artículo 45 del Código Penal, así como con los principios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad. De forma que, en este caso, con la sola exploración de las **condiciones personales** de Sara se hubiera podido conocer que su inserción a la red de drogas estaba vinculada con su rol de madre y las responsabilidades maternas derivadas de ella, y su condición de pobreza. Este último factor puede interpretarse a través del literal a del artículo 45 del Código Penal referido a las carencias sociales que sufrió la procesada debido a su pobreza. No obstante, los otros dos factores están estrechamente vinculados con el género, los cuales no pueden ser analizados mediante la norma aludida.

Por lo señalado, se requiere que la situación de Sara sea analizada mediante una perspectiva de género que subsuma su situación de vulnerabilidad y así permita la posible fijar una pena menor a la que le impusieron.

### **Caso de Lily:**

En octubre de 2018, una mujer de 26 años a quien llamaré Lily fue captada por Rita, mediante la red social Facebook, quien le propuso viajar a Roma - Italia llevando una maleta con droga a cambio de 4000 euros. Lily realizó de forma exitosa este primer viaje y estuvo hospedada en la casa de su captora en Roma.

---

<sup>42</sup> Incluso llama la atención que el juez no pregunte sobre la fuente de ingresos de Sara, pese a que tal aspecto era necesario para establecer el monto de los días-multa a imponerle, ya que el Código Penal peruano sanciona todas las modalidades del delito de tráfico ilícito de drogas con las penas conjuntas y principales de privación de libertad, **multa** (cuya naturaleza es esencialmente pecuniaria) e inhabilitación.

En febrero de 2019, Rita le propuso realizar un segundo viaje con droga a Roma, lo que Lily también aceptó y días previos al viaje, realizó las coordinaciones pertinentes. Sin embargo, cuando se encontraba en el aeropuerto, personal policial que realizaba labores de búsqueda y perfilamiento de pasajeros sospechosos, la detuvieron y revisaron su equipaje de bodega donde encontraron 4,109 kg de alcaloide de cocaína<sup>43</sup>.

Lily se sometió a la terminación anticipada del proceso, y realizada la audiencia correspondiente, el juez de investigación preparatoria emitió sentencia mediante la cual la condenó como *burrier* y le impuso 5 años y 8 meses de pena privativa de libertad. Esta pena se obtuvo al reducir la bonificación procesal por los efectos de la conformidad procesal y una reducción adicional debido al apoyo que prestó Lily para la identificación de sus captores.

Al igual que en el caso anterior, como de la sentencia no fluyen mayores datos sobre la situación de Lily al momento en que cometió el delito, ni los factores que la llevaron a involucrarse en las redes de drogas, accedí a algunas piezas procesales de la carpeta fiscal y hallé lo siguiente:

i) En la declaración indagatoria de Lily se aprecian sus **condiciones personales**, pues señaló ser **madre soltera con tres hijos pequeños** cuyo padre no la apoyaba económicamente, por lo que eran dependientes de ella, **sin bienes propios** razón por la cual vivía en casa de su mamá junto con los menores. Refirió que no contaba con un trabajo formal, y estaba principalmente dedicada a ser **ama de casa**; no obstante, esporádicamente vendía ropa.

En cuanto a sus ingresos, percibía S/ 500.00 aproximadamente y gracias a que su madre le cedió el segundo piso de su casa, este lo alquilaba y como renta recibía la suma de S/700.00.

---

<sup>43</sup> De acuerdo con la sentencia.

**ii) Respecto a la forma en que fue captada**, Lily explicó que una mujer llamada Rita (a quien no conocía previamente) la contactó a través de la red social Facebook. Aceptó ser su amiga por esa vía y cuando le tuvo más confianza, Lily le contó que había sido operada de la trompa de falopio izquierda, cuyo costo la dejó endeuda. Ante esto, Rita le propuso viajar a Roma-Italia transportando una maleta con droga en octubre de 2018, lo que Lily aceptó pues el pago era de €4000.00. Su primer viaje con droga lo realizó sin mayor inconveniente y estuvo alojada en Roma aproximadamente un mes en casa de su captura y su pareja, junto a otra mujer quien la ayudó en los preparativos del viaje.

Además, Lily relató que, durante su estadía en Roma, conoció a otras mujeres quienes también estaban involucradas en los viajes de drogas y aseveró que su captora y su pareja trabajaban en Italia como promotores de eventos de música chicha, como fachada para su negocio de drogas.

A su regreso a Lima, Lily manifestó que mantuvo contacto con Rita en enero de 2019, le contó nuevamente que **estaba pasando por duras circunstancias económicas** pues debía mantener a sus tres hijos sin el apoyo de su papá. Debido a ello, necesitaba dinero, ante lo cual Rita le propuso contactar a otras mujeres para realizar los viajes con droga. Lily aceptó y le pidió a su hermano que la ayude, pero nadie aceptó.

Como **internaron a la hija de Lily durante una semana en UCI por broncoespasmo**, necesitaba dinero y recurrió una vez más a Rita con el fin que le efectúe un préstamo, pero ella no le contestó los mensajes. Así que finalmente, Lily le escribió para aceptar viajar por segunda vez a Roma por el mismo pago, mensaje que Rita sí atendió e iniciaron los preparativos.

**iii) Sobre la relación entre Lily y su captora**, Lily agregó que la llegó a considerar como una amiga al permitirle realizar estos viajes. Sin embargo, en este último, momentos antes de viajar advirtió que le entregaron dinero falsificado como bolsa de viaje, y al reclamarle a Rita, ella le dijo que no podía hacer nada pues era parte de su trabajo. Una vez que Lily llegó al aeropuerto, la policía la detuvo.

ii) La declaración testimonial del hermano de Lily quien refirió haberle pedido a su hermana que lo apoye recomendándolo en algún trabajo. Como quiera que su pedido coincidió con el tiempo en el que Lily buscaba personas para viajar a Italia transportando droga, le preguntó a su captora si era posible que su hermano fuese. A lo cual, ella le respondió que su pareja solo requería mujeres para realizar estos trabajos.

Por lo anotado, el juez no tuvo en cuenta que cuando Lily cometió el delito tenía varios hijos pequeños a su cuidado, era madre soltera sin un trabajo formal, cuyos ingresos mensuales superaban escasamente una remuneración mínima vital, considerando que debía mantenerse a ella y sus tres hijos menores.

Tampoco se valoró el que haya sido captada por una red de drogas que operaba a nivel internacional que utilizaba a otras mujeres dentro de su fase de captación, quienes poco a poco se ganaban la confianza de la mujer captada, y en particular en el caso de Lily, aprovechó que necesitaba dinero porque ella y su hija se sometieron a tratamientos médicos, para así ofrecerle transportar droga con una contraprestación bastante onerosa frente a sus exiguos ingresos.

Por lo que, uno de los principales motivos por los que Lily decidió transportar la droga fueron sus carencias económicas y sus responsabilidades como jefa de hogar de varios niños, aspectos que no fueron considerados al momento de sancionarla. Sumado a que solo el primero de ellos podía ser subsumido en el literal a del artículo 45 del Código Penal más no el segundo, pues la interpretación de dicho dispositivo legal no permite abarcar las responsabilidades maternas de madres solteras o jefas de hogar con personas dependientes a su cargo, lo que si se hubiera podido realizar con un enfoque de género.

### **Caso de Susan:**

Una mujer de 26 años a quien llamaré Susan fue captada por dos varones con la finalidad de transportar droga, de forma que el 20 de julio del 2019 cuando se encontraba en el aeropuerto rumbo a Barcelona - España, los funcionarios

competentes le pidieron que baje del avión y al registrar su equipaje encontraron 1,822 kg de alcaloide de cocaína.

Cabe anotar que, los hechos se descubrieron porque dieron aviso a los efectivos policiales de que un varón y una mujer estaban transportando droga en el avión. Es más, primero intervinieron al referido varón quien aceptó que viajaba con Susan y que ambos llevaban sustancias ilícitas<sup>44</sup>.

Se inició la investigación preparatoria en contra de Susan, y a su culminación el fiscal provincial formuló acusación, pero en la primera sesión del juicio oral, Susan aceptó su responsabilidad en los hechos y se sometió a la conclusión anticipada del proceso. El Juzgado Penal Colegiado emitió sentencia, mediante la cual se condenó a Susan como *burrier* y se le impuso la pena de 6 años y 10 meses de privación de libertad, la cual se obtuvo esencialmente de partir del extremo mínimo legal de la pena abstracta y la reducción por los efectos de la bonificación premial de la conclusión anticipada.

Como se advierte en este tipo de casos, no se realiza mayor análisis en la determinación judicial de la pena, ni siquiera aborda mínimamente las condiciones personales de Susan, pese a que el artículo 45 del Código Penal establece que estas se deben observar durante este procedimiento.

Dado este escenario, igualmente accedí a las piezas procesales disponibles en el expediente judicial, que básicamente consistieron solo en la declaración indagatoria de Susan y la ampliación de la misma.

De esta forma, pude verificar que Susan era **ama de casa** y **madre soltera**, quien percibía entre S/300.00 y S/500.00 mensualmente, lo cual escuetamente le alcanzaba para solventar sus gastos. De forma que un amigo que conocía su situación le ofreció expresamente viajar al extranjero transportando droga, lo que ella aceptó. Siendo así que, otros varones y mujeres la contactaron para realizar los preparativos pertinentes del viaje. A su vez, verifiqué que Susan carecía de

---

<sup>44</sup> Según los hechos plasmados en la sentencia.

antecedentes penales, es decir, no había transportado droga previamente, ni cometido ningún otro delito.

Por lo que, nuevamente en la sentencia no se evaluaron las carencias económicas, ni la situación en la que Susan se encontraba cuando decidió cometer el delito en cuestión, lo que hubiera sido favorable para evaluar una disminución prudencial de la pena en su caso desde una perspectiva de género.

### **Valoración de los hallazgos:**

En los tres casos expuestos se hallaron los siguientes factores vinculados al género que pueden influir en la pena: la condición de las *burriers* como **madres solteras** y **jefas de hogar con hijos menores**, y sus **carencias económicas acentuadas por sus responsabilidades maternas**.

En mi criterio, la sola condición de una mujer como madre le genera responsabilidades propias, no asignadas del mismo modo a otro miembro de la familia, pues de acuerdo con el trabajo elaborado por la Unidad Mujer y Desarrollo de CEPAL “la gran mayoría de las mujeres latinoamericanas y caribeñas son consideradas responsables de la crianza de los hijos, su cuidado, la atención de la salud y el bienestar de la familia recae casi exclusivamente sobre ellas” (2000, p. 56). Por tanto, de manera general la condición de madre y las responsabilidades maternas son un factor ligado al género de las mujeres, pues social y culturalmente los varones no tienen un rol así de marcado dentro de la sociedad derivado de su responsabilidad paterna.

Ahora bien, de manera específica, la condición de las *burriers* como madres puede influir en la pena de forma muy clara cuando sean **madres solteras**, ya que se convierten en las principales proveedoras de su hogar al no contar con el apoyo de los padres de sus hijos. Es decir, dichas mujeres pasan a asumir un doble rol dentro de sus familias, no solo deben brindar cuidados y protección a sus menores hijos y otras personas dependientes de ellas, sino que también deben sustentarlos económicamente.

Como se aprecia, pese a dichas responsabilidades, en los casos analizados ninguna de las tres mujeres contaba con un trabajo formal ya que Lily y Susan eran amas de casa, y eventualmente realizaban algún oficio para lograr generar ingresos, mientras que Sara se dedicaba a la prostitución. Entonces pareciera contradictorio que ninguna trabajara formalmente, pero lo cierto es que aquello responde a la brecha laboral de género aun existente. De acuerdo con CEPAL, el trabajo asalariado de las mujeres suele provenir de oficios precarios, inestables y de baja calidad para ellas, por tal razón, dentro del hogar sus ingresos suelen compensar lo que perciben los varones, sin que tengan una real autonomía económica (Vaca Trigo, 2019, p. 22).

Esto llevado al plano de las mujeres quienes son madres solteras, nos permite considerar mínimamente dos variables para su generación de ingresos económicos: su urgencia ya que son las únicas proveedoras del hogar y la compatibilidad de su trabajo con la responsabilidad maternal que ostentan para el cuidado de hijos y otros familiares pues usualmente la naturaleza de las labores ofertadas en el mercado y las largas jornadas laborales no les permiten asumir dicha responsabilidad. Incluso, en el caso de Sara, Lily y Susan se restringe aún más su acceso a un trabajo formal por su falta de instrucción.

Por tanto, la condición de madre soltera de una mujer *burrier* puede considerarse un factor de género que influye en su decisión de insertarse a una red de drogas, pues como lo anticipé en el primer capítulo, ellas suelen encontrar una fuente de ingresos en el tráfico de drogas ya que es sencillo acceder a una red dado que buscan mujeres para sus brazos operativos o eslabones más bajos. Sumado a que la contraprestación también es alta comparado con el trabajo que deben realizar, es decir, por un solo viaje con drogas perciben un monto que podrían ganar en un mes, y sin dejar de asumir las responsabilidades maternas en su hogar.

Por otro lado, en el caso de estas tres mujeres también se aprecia que vivían en condición de pobreza lo cual objetivamente acrecienta su necesidad de empleo e ingreso de activos, debido a las carencias económicas que debían solventar de inmediato. De manera que, aun cuando **la condición de pobreza** no es un factor

de género en sí mismo, lo cierto es que este puede ser entendido así en determinados casos como los antes expuestos. Sobre todo, porque en los casos de Sara, Lily y Susan su condición de pobreza se acentuó con las responsabilidades maternas que tuvieron que asumir solas, al ser madres desde muy jóvenes (a los 18 y 20 años aproximadamente).

Hasta este punto, se tendrían dos causales para disminuir la pena vinculadas al género: condición de madre soltera y/o jefas de hogar con hijos menores y carencias económicas acentuadas por sus responsabilidades maternas.

En lo relativo al factor económico, este es posible interpretarlo en la línea de lo señalado en el artículo 45.5 del Código Penal referido a que las carencias sociales del agente activo deben tenerse en cuenta al momento de fundamentar y determinar la pena. Es más, este es uno de los criterios que con mayor frecuencia se invoca para fijar la pena, pues alude a la responsabilidad social del Estado de no haber brindado las mismas oportunidades a todos los individuos para comportarse conforme a las normas de convivencia o intereses generales de la sociedad, la cual se menciona en la exposición de motivos del Código Penal.

Lo relevante de mi investigación es que el contenido de este factor económico puede ser reinterpretado desde una perspectiva de género. De forma que integre las carencias económicas o condición de pobreza de estas mujeres con su condición de madres solteras y/o jefas de hogar con hijos menores, cuyas responsabilidades maternas acentúan sus carencias. Pues, tal como he apreciado en el caso de Sara, debía prostituirse para solventar los gastos de su hija, y en los casos de Lily y Susan eran amas de casa con exiguos ingresos eventuales. Es más, en este punto conviene resaltar que, la pobreza en sí misma es un criterio de disminución de pena abordado unánimemente por los ordenamientos que analicé en los apartados anteriores de este mismo capítulo.

En cuanto al factor de responsabilidad maternal, no existe propiamente un texto normativo en los artículos del Código Penal destinados a la determinación de la pena. Por tanto, para que sea apreciado en este tipo de casos no puede tratarse

como un factor individual, sino que necesariamente debe vincularse con las carencias económicas que produce a las mujeres *burriers*.

En cualquier caso, conforme lo ha establecido el legislador peruano, el artículo 45.a del Código Penal (carencias económicas) se trata solo de un **presupuesto** para fundamentar la pena. No es una circunstancia atenuante genérica, es decir, que por sus propios méritos disminuya la pena; ni tampoco una circunstancia atenuante específica, esto es, que se encuentre adscrita al delito de tráfico ilícito de drogas como causal para disminuir la pena de las mujeres *burriers*.

En cambio, las propuestas legislativas estudiadas con anterioridad permiten apreciar que estos dos factores vinculados al género pueden ser aplicados de forma independiente, aun cuando su génesis se encuentra interrelacionada y a su vez sí constituyen causales – y no presupuestos – para disminuir la pena. Es más, cabe recordar el sentido de los proyectos de ley presentados en México, conforme a los cuales ante la concurrencia de dos causales se crea **un nuevo marco abstracto** que disminuye el extremo mínimo y máximo legal hasta una mitad.

Según tales proyectos, la **nueva pena mínima** para Sara, Lily y Susan hubiese sido por lo menos de cuatro años de privación de libertad<sup>45</sup>; lo que hubiese servido para fijar probablemente una pena concreta final de tres años o menos, tras sumar la disminución de la pena por los efectos de la conformidad procesal. Con una pena de tan corta duración, el Código Penal peruano establece la facultad del órgano jurisdiccional para suspender su ejecución por un período de prueba, es decir, se cumple la pena en libertad pero sujeto a reglas de conducta. Otra opción pudo ser convertir la pena privativa de libertad efectiva por la prestación de servicios, pues ninguna de las tres mujeres contaba con antecedentes penales y en el caso de Sara y Lily existía poca probabilidad de reincidencia en dicho delito.

---

<sup>45</sup> Se recuerda que actualmente la pena mínima legal es de 8 años de privación de libertad.

Considero que más problemático es el escenario de Susan, quien – conforme a los documentos revisados – había realizado más de un viaje a Italia para la venta de droga. Es así que, en su caso podría considerarse un riesgo más alto de reincidencia en el delito, aspecto en el que resulta importante dilucidar que su actuación obedeció a su persistente necesidad económica derivada de sus **responsabilidades maternas**. En el siguiente capítulo analizo si el enfoque de género es igualmente aplicable en casos de reincidencia o no.

### **3.1.2. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 2: madre soltera con hijo lactante**

En el apartado anterior analizo tres casos en los que verifico que la maternidad es un factor de género vinculado a las mujeres *burriers*. En conexión con estos casos, ahora presento uno más en el que enfatizó la importancia de también conocer la edad de los menores a cargo de la madre *burrier*, pues las responsabilidades maternas son diferentes entre un lactante y un niño, así como la forma en que el encarcelamiento de su madre les impacta.

#### **Caso de Marian:**

El 5 enero del 2020 a las 22:50 horas en el aeropuerto internacional Jorge Chávez del Callao, por acciones de inteligencia se conoció de un posible transporte de sustancias ilícitas en el interior del equipaje de bodega de una pasajera de 31 años a quien llamaremos Marian. Al acercarse a la Sala de Embarque N.º21 del Terminal Aéreo se hizo descender el equipaje de bodega de Marian y se la intervino. Durante su registro personal, se descubrió que entre sus pertenencias tenía acomodado un total de 4.937 kg de alcaloide de cocaína.

Se inició la investigación preparatoria en contra de Susan y a su culminación el fiscal provincial formuló acusación. Al instalarse el juicio oral, el juez director de debates pidió a las partes que se identificaran, entre ellas, le consultó a Marian sobre sus datos personales: edad, lugar de nacimiento, grado de instrucción y el nombre de sus padres. Acto seguido, le pusieron en conocimiento sobre los

alcances de la conclusión anticipada del proceso y ella aceptó ser culpable de los hechos, previa consulta con su defensa.

Como consecuencia, el 5 de febrero de 2021 se emitió la sentencia mediante la cual se condenó a Marian como *burrier* y para determinar su pena, solo se tuvo en cuenta la circunstancia genérica de carencia de antecedentes penales. Así que, con la disminución de pena por los efectos de la conclusión anticipada, le impusieron la pena de 6 años, 10 meses y 8 días de privación de libertad.

Siguiendo la línea asumida en los anteriores casos, busqué mayor información sobre Marian en el SIJ de la Corte Superior de Justicia del Callao y encontré lo siguiente:

i) En el **incidente de prisión preventiva** su defensa presentó un escrito en el cual solicitó el cese de la prisión preventiva que le habían dictado en su contra, y entre sus argumentos, enunció las condiciones personales de Marian. Así pues, señaló que ella era madre de dos menores de edad: **uno de once meses** y otro de ocho años.

ii) En la **grabación de la sesión de juicio oral**, se verifica que Marian expresamente señaló al Colegiado que ella era **madre soltera con dos menores de edad a su cargo**, dedicada solo a ser ama de casa y sin bienes propios. Cabe resaltar que, estos datos no fueron consignados en las actas del juicio oral y solo quedó registrado en la grabación.

Por lo señalado, se concluye que Marian era madre soltera lactante pues su segundo hijo tenía 11 meses, es decir, en edad de alimentarse de leche materna. Esto determina un nivel de dependencia biológica mayor que con su primer hijo de 8 años, aspecto que corresponde analizar como un factor de género pues los varones *burriers* pese a tener hijos, no tienen dicho nivel de dependencia.

### **Valoración crítica del caso de Marian:**

En el caso de Marian se muestra cómo los hijos tienen una dependencia con sus madres *burriers* no solo de carácter económico sino también biológico debido a la lactancia materna, pues Marian tenía a su cargo dos menores de edad: uno de ellos un bebé lactante de 11 meses.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) sostiene que la lactancia materna es exclusiva hasta los 6 meses de vida de los bebés, luego de lo cual esta debe complementarse con otros alimentos nutritivos e inocuos hasta los 24 meses (dos años) o más. Los beneficios de la lactancia materna para los bebés son numerosos, entre ellos, reduce su tasa de mortalidad y optimiza su salud y desarrollo (Griswold & Palmquist, 2019).

De ahí que, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24 reconoce el derecho de los niños – considerando así a todo menor de 18 años – al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de enfermedades y rehabilitación de su salud (inciso 1), y en virtud de ello los Estados Partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar que todos los sectores de la sociedad, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, así como las ventajas de la lactancia materna (inciso 2.e).

Por lo expuesto, la particularidad del caso de Marian es que tenía a su cargo a un lactante quien dependía biológicamente de ella, y con el encarcelamiento de Marian se vería limitada su lactancia materna y las consecuencias que derivan de ello para su salud, sin dejar de lado que se rompe el vínculo madre-hijo. En otro supuesto, el lactante podría convivir con Marian dentro del establecimiento penitenciario hasta los tres años<sup>46</sup>. No obstante, esta opción también supone un impacto sobre el desarrollo e interacción del niño a nivel familiar y social, ya que la subcultura carcelaria no es la óptima y, luego de los tres años, el vínculo entre Marian y su hijo igual se vería afectada por su separación obligatoria.

---

<sup>46</sup> De acuerdo con el Código de Ejecución Penal peruano y su reglamento, las madres pueden tener consigo a sus hijos hasta los tres años dentro del establecimiento penitenciario, para lo cual tendrán un ambiente especial o guardería infantil.

Así pues, con el caso de Marian se evidencia claramente que el largo internamiento de las mujeres *burriers* debido a penas desproporcionadas no solo repercute negativamente en ellas, sino también en su entorno familiar y específicamente en los hijos menores que tienen a su cargo. De tal forma que, mientras menor sea la edad de los hijos, mayor es el impacto en su desarrollo.

Por otra parte, no menos relevante es la situación económica en la que se encontraba Marian, quien se encontraba en condición de pobreza y presentaba la necesidad de mantener a sus dos hijos, siendo este el motivo por el cual decidió introducirse en esta red criminal. Para entender el alcance de esta afirmación, reitero mi comentario sobre **la incompatibilidad** de la naturaleza de trabajos ofertados en el mercado y los horarios con la responsabilidad del cuidado maternal.

Resaltando que la incompatibilidad es mayor cuando las mujeres tienen niños recién nacidos o lactantes, pues difícilmente pueden hallar un trabajo con horarios flexibles y pagos justos. Con lo cual, el tráfico de drogas se convierte en una fuente de ingresos mucho más sugerente ya que el comportamiento delictivo se trata de un solo acto de transporte. El cual, en caso de no ser descubierto, supone una ganancia cuantiosa sin separar a la madre de su hijo, lo que sí pasaría con un trabajo legal.

Por consiguiente, hasta este punto se tiene un factor vinculado al género que puede repercutir en la determinación de la pena y este es la condición de la *burrier* como madre lactante que puede ser analizado desde dos puntos de vista: **i)** El económico pues dicha condición influye en la *burrier* para insertarse en una red de drogas a fin de obtener ingresos por la falta de ofertas laborales para mujeres con hijos lactantes, es decir, este punto de vista hace alusión a un aspecto *ex ante* de la comisión del delito, y **ii)** El otro punto de vista que abarca un aspecto penitenciario, pues toma en cuenta que el encarcelamiento de las *burriers* tiene efectos negativos en sus hijos lactantes.

Ahora bien, la condición de la *burrier* como madre lactante no es un criterio que el Código Penal contemple expresamente para fundamentar y determinar la pena. De manera que, a lo sumo si se invoca esta condición de la *burrier* en la sentencia es solo para describir sus condiciones personales, sin que dicho factor por sí mismo influya directamente en la pena.

No obstante, considero que si el artículo 45.a del Código Penal referido a las carencias sociales del agente activo es interpretado desde una perspectiva de género, puede abarcar dicha condición de la *burrier* siempre que se vincule con el factor económico expuesto anteriormente. El problema radicaría en que se dejaría de lado el aspecto penitenciario.

Conviene precisar que, aun cuando en algunos casos los tribunales de primera instancia han disminuido la pena de las mujeres *burriers* por su condición de madres, la Corte Suprema en revisión de dichas sentencia ha establecido que tal proceder básicamente es ilegal, pues ningún dispositivo autoriza una reducción de la pena con base a dicha condición, ni mucho menos se deben invocar los principio de proporcionalidad, racionalidad o incluso el de humanidad para efectuar disminuciones de pena fuera de los límites legales.

Sobre este punto, me explayo en el siguiente capítulo pues como se aprecia es una realidad latente que las madres con hijos lactantes tienen un vínculo más allá del económico que no es contemplado actualmente por la norma, y en el intento de no soslayar ello, de alguna u otra manera los tribunales de justicia han venido disminuyendo pena por este motivo.

Lo problemático es si el artículo 45.a puede resistir una interpretación tan extensiva desde una perspectiva de género o en qué momento es necesario acudir a una reforma legal para incluir correctamente la realidad de las mujeres *burriers* con hijos lactantes. Por ejemplo, en el Código Penal de Costa Rica se prevé expresamente que la condición de pobreza y madre lactante tienen efectos directos sobre la pena.

Otro hallazgo del caso de Marian es que, aun cuando estadísticamente un gran porcentaje de mujeres *burriers* son madres solteras, en las audiencias ni los jueces ni los fiscales ahondan sobre sus condiciones personales y tampoco les consultan si tienen tal condición, pues lo cierto es que la norma tampoco les exige ello. Es más, en este caso la defensa mostró que Marian era madre lactante mediante un escrito que presentó al juzgado, lo cual ella volvió a aseverar en el juicio oral, pero tales datos no aparecen en la sentencia y – por tanto – no se les dio ninguna valoración.

### **3.1.3. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 3: uso del hostigamiento y engaño para la captación de las mujeres *burriers***

Se presentan los casos de Nina y Lisa, cuyas características en común residen en su forma de captación, pues – de acuerdo con las actuaciones a nivel fiscal – a ambas les propusieron realizar actividades distintas al del transporte de drogas y recién descubrieron que transportaban sustancias ilícitas cuando las intervinieron policialmente. Por tanto, es preciso que se evalúe si esta situación amerita ser tratada como un factor de género o no, y en caso de que sí, cuáles deberían ser los requisitos y/o restricciones para su admisión.

#### **Caso de Nina:**

Una mujer de 23 años a quien llamaré Nina es una operaria de limpieza y proveniente de una zona en extrema pobreza de Lima, en el 2014 fue captada por dos varones quienes le propusieron varias veces viajar a España para trabajar en sus negocios familiares. Nina aceptó dicha oferta recién en junio de 2017, así que estos sujetos coordinaron con ella para los trámites de su viaje, incluso le entregaron una suma de dinero para que gestionara su pasaporte. Llegado el día del viaje, le entregaron una maleta que estaba acondicionada con la droga y le pidieron que introduzca sus prendas de vestir. Luego, uno de los sujetos la llevó hasta el aeropuerto internacional Jorge Chávez, pero Nina fue intervenida por la autoridad policial cuando pasaba por los controles respectivos.

Iniciada la investigación preparatoria en su contra, la defensa de Nina solicitó la terminación anticipada del proceso. Se realizó la audiencia correspondiente y como consecuencia, el 29 de mayo de 2019 el juez emitió sentencia mediante la cual se la condenó como *burrier*, y le impusieron la pena de 6 años y 8 meses de privación de libertad, la que se obtuvo de la operación (ya mencionada en los anteriores casos) de partir del extremo mínimo legal y reducir lo concerniente a la terminación anticipada.

Para los fines de esta investigación, ahondo en las condiciones personales y la forma de captación de Nina, por lo que accedí a las siguientes piezas procesales:

En la declaración preliminar de Nina (anexada a la disposición de formalización de investigación preparatoria presentada por el fiscal provincial), ella contó que la **captaron dos sujetos a quienes conoció en el 2014** en una discoteca. Desde dicha fecha mantuvieron una comunicación amical y uno de ellos, **al conocer la situación económica de Nina y que estaba embarazada**, le propuso trabajar con él en España, y le indicó que en dicho país existían muchos puestos laborales para mujeres. De forma que Nina se vio motivada por tener la posibilidad de llevar a su bebé, pero finalmente no aceptó en ese momento.

Este sujeto siguió proponiéndole dicho trabajo en el exterior durante **tres años aproximadamente**, manteniendo contacto de forma ocasional. En el 2017, Nina terminó aceptando la oferta laboral porque incluso le ofrecieron comprar su pasaje y lo principal era que podía llevar consigo a su hijo pues no pagaba boleto de avión por ser menor de edad.

El día del viaje, Nina estuvo indecisa así que reprogramó la fecha de su vuelo, hecho que molestó a sus captores. Días después decidió viajar, pero le informaron que su hijo ya no la podía acompañar. Sin embargo, le dieron la esperanza que **trabajando en España reuniría dinero y podría ayudar a su hijo y su madre** (quien trabajaba largas jornadas de 12 horas desde las 3am a 3pm). El nuevo día pactado, uno de los sujetos se acercó y le dio una maleta, la cual llevaría a España.

Durante su declaración, Nina enfatizó que cuando iba de camino al aeropuerto, la llamó la persona con quien supuestamente trabajaría en España y le dijo que **viaje tranquila, que no se preocupe por su hijo pues iban a hacer todo lo posible para que el menor se reúna con ella.** En todo momento, Nina alegó desconocer que la maleta contenía droga, más bien se reafirmó en que ella viajaba solo con la finalidad de trabajar. Recién se enteró de su contenido cuando la intervinieron.

En el caso de Nina se aprecia que ni en la imputación fiscal, ni la sentencia se advirtió la forma en que fue captada, pero a partir de las piezas revisadas se verifica que sus captores utilizaron el engaño de una supuesta oferta laboral en el extranjero. Como Nina era madre soltera y vivía con su madre quien era una persona adulta mayor, sus captores eran conscientes de sus necesidades económicas y se aprovecharon de ello. Además, es preciso visibilizar que no le ofrecieron el trabajo una sola vez, sino que insistieron en su oferta durante tres años en diversas oportunidades (2014 al 2017).

No obstante, en la medida que Nina aceptó su responsabilidad penal y se sometió a la conformidad procesal, no corresponde discutir si el engaño pudo viciar su voluntad para cometer el delito de tráfico ilícito de drogas, sino solo cómo aquello puede afectar su pena. En ese sentido, es preciso evaluar si esta forma de captación mediante engaño puede constituir un factor de género, al estar estrechamente vinculado con su condición de pobreza, de madre soltera y sus responsabilidades maternas; además es preciso valorar si también se trató de una forma de hostigamiento, pues sus captores le insistieron durante un largo período de tiempo hasta que Nina aceptó.

### **Caso de Lisa:**

Una mujer de 26 años a quien llamaré Lisa, se le imputó haber acordado viajar a Milano (Italia) donde entregaría un paquete a un sujeto llamado Farfán, el cual previamente recogería en Lima de manos de otra persona a quien no conocía. Así pues, el 22 de diciembre de 2018 a las 16:00 horas aproximadamente, Lisa concurrió a la altura del Puente Porteño en el distrito de Puente Piedra (Lima)

donde se encontró con Jonatan, quien le entregó dos bolsas de tela que contenían productos de gelatina por encargo de Farfán. Tal encargo lo debía llevar en el viaje que realizaría al día siguiente.

El 23 de diciembre de 2018 a las 19:05 horas, cuando Lisa se encontraba en el aeropuerto internacional Jorge Chávez, fue intervenida por los oficiales de Aduanas en la zona de inspección, notaron que ella tenía una actitud sospechosa cuando estaba en la fila del *check in*, por lo que realizaron un control de rutina a su equipaje. En total, le encontraron 33 paquetes de gelatina con 5.190 kg de alcaloide de cocaína.

Se inició la investigación preliminar en contra de Lisa, el fiscal provincial formuló acusación en su contra por el delito de tráfico ilícito de drogas e iniciado el juicio oral, Lisa aceptó su responsabilidad en los hechos y se sometió a la conclusión anticipada del juicio oral. Se emitió sentencia mediante la cual la condenaron como *burrier* y, en consecuencia, le impusieron 6 años y 10 meses de pena privativa de libertad (pena concreta obtenida del mismo procedimiento aplicado en los anteriores casos).

Como en la sentencia se hizo mención al sujeto llamado Farfán, consideré conveniente ahondar sobre este aspecto. Así que accedí a la acusación escrita del fiscal provincial y los medios probatorios que anexó para su actuación en juicio oral (lo que no se realizó, porque como señalé Lisa se sometió a la conclusión anticipada).

Entre este acervo documental, encontré las **declaraciones previas de Lisa, su amiga y hermano, así como el levantamiento del secreto de las comunicaciones**. De estos, se verifica lo siguiente:

i) Farfán **contactó** a Lisa dos meses antes de los hechos. Mantuvieron una comunicación fluida como amigos y en dichas conversaciones, él le propuso viajar a Italia para que ambos se conozcan, **visite el país y eventualmente se quede a trabajar. Pese a ello, inicialmente Lisa no aceptó aquello**, pero

**finalmente accedió** ya que podría visitar otro país y a algunos familiares quienes radicaban ahí.

ii) Dada la aceptación de Lisa, Farfán le ofreció comprar sus pasajes de ida y vuelta. Además, un día antes de su vuelo, le indicó que un amigo le daría unos paquetes de gelatina, los cuales debía llevar a Milán.

iii) Lisa comunicó a su amiga y hermano sobre el viaje. Incluso este último la acompañó al aeropuerto. Según Lisa, recién cuando la detuvieron e incautaron los paquetes de gelatina, conoció que la sustancia en su interior se trataba de droga.

En el caso de Lisa, se aprecia que en la acusación también se soslayó lo referente a su forma de captación, y dado que se sometió a la conformidad procesal tampoco le consultaron al respecto durante su declaración en juicio oral, de manera que de la sentencia tampoco podía desprenderse la forma en que Lisa terminó transportando droga.

Nuevamente resalto la importancia de conocer este aspecto pues de acuerdo con las piezas procesales revisadas, entre ellas: el levantamiento del secreto de las comunicaciones, a Lisa la captaron mediante engaños. Así, a diferencia del caso de Nina, la particularidad de este caso es que no estaba vinculada con una responsabilidad maternal. Por tanto, es preciso evaluar si en su caso podría disminuirse la pena en mérito a su forma de captación.

### **Valoración crítica de los casos de Nina y Lisa:**

En los casos de Nina y Lisa, se advierte que a ninguna le ofrecieron expresamente transportar droga, sino que aparentemente las engañaron, supuesto que no está contemplado de modo alguno en el Código Penal por tanto no tiene impacto al momento de determinar la pena.

A nivel comparado, se aprecia que en el Código Penal de Costa Rica tampoco alude necesariamente al término engaño, pero en su artículo 71 establece que se puede disminuir la pena por debajo del mínimo legal cuando una mujer se haya encontrado en situación de vulnerabilidad, porque fue **influenciada** a cometer el hecho para obtener ganancias para la manutención de sus familiares dependientes. Este supuesto podría subsumir adecuadamente los casos de Nina y Lisa.

Entonces, para dilucidar si el hostigamiento o el engaño puede constituir un factor vinculado al género o no, es preciso verificar si tales factores deben estar necesariamente vinculados a las responsabilidades maternas de las mujeres *burriers*, pues en el caso de Nina sí tenía relación con los deberes de manutención de su hija y su madre, pero no sucede lo mismo en el caso de Lisa.

Asimismo, en estos casos se deben determinar si el engaño en sí mismo podría constituir un factor para disminuir la pena, pues ello podría acarrear la discusión sobre la aplicación del error de tipo en cada caso en concreto, esto es, si las *burriers* pudieron presumir o no que se trataba de un engaño. Una discusión así solo podría darse en caso de que dichas mujeres decidan someterse al juicio oral, pero incluso el resultado de tal debate afectaría a su responsabilidad penal (si se la declara responsable por el delito de tráfico ilícito de drogas o no) y no a la determinación judicial de la pena.

Pareciera que una figura así es problemática, pero los casos como los de Nina y Lisa ameritan una respuesta diferenciada, ya que no se les puede dar el mismo tratamiento como al de otros *burriers* que sí conocieron desde el inicio que transportaban droga.

#### **3.1.4. Hallazgo de factor vinculado con el género N.º 4: involucramiento de la *burrier* con la red de drogas por coacción e intimidación de terceros**

El caso que se presenta a continuación tiene como propósito visibilizar que la inserción de las mujeres *burriers* a las redes de drogas no necesariamente se da a través de medios no violentos, como el ofrecimiento de pagos onerosos por el

transporte de drogas o el engaño para que lleven productos u objetos que finalmente terminan siendo droga. Sino que también se ha verificado el uso de la coacción e intimidación de terceros para que las *burriers* viajen con la droga. Así, resulta necesario verificar si este supuesto es amparado por nuestro Código Penal de cara a reducir la pena de las mujeres condenadas por este delito.

### **Caso de Anne:**

Una mujer de 28 años, a quien llamaré Anne, el 7 de marzo del 2020 a las 20:34 horas fue intervenida en uno de los caunteres de la aerolínea LATAM en el aeropuerto internacional Jorge Chávez, cuando realizaba la facturación de su viaje con destino a Madrid (España). Anne llevaba consigo una maleta y al efectuar las preguntas de rutina mostró una actitud nerviosa, razón por la cual la trasladaron al área de inspección de equipajes dónde descubrieron que sus prendas (polos, pantalones, vestidos, chompas y otros) estaban impregnadas con 4,891 kg de pasta básica de cocaína.

En ese acto, Anne reconoció que efectivamente pretendía viajar con la droga y explicó que fue **captada por su prima** quien la invitó a salir el 26 de febrero de 2020 (una semana antes de los hechos) y la llevó a las afueras del Metro de la avenida Alfonso Ugarte (Lima) donde le presentó a dos sujetos: uno peruano y el otro colombiano. Este último le propuso viajar a Madrid (España) con droga, a cambio de cubrir todos sus gastos, lo que Anne aceptó. De modo que, le compraron los pasajes y la maleta, y el día de los hechos la llevaron a un hotel ubicado en San Martín de Porres (Lima) donde le entregaron la referida maleta en cuyo interior estaban las prendas con droga<sup>47</sup>.

Recién al inicio del juicio oral, Anne solicitó acceder a la conclusión anticipada del proceso. En ese sentido, se emitió la sentencia que la condenó como *burrier* y en esta le impusieron la pena de 6 años de privación de libertad. Para la determinación de la pena, el órgano jurisdiccional tuvo en cuenta los siguientes criterios: **1)** La carencia de antecedentes penales de Anne; **2)** Su colaboración

---

<sup>47</sup> Lo descrito hasta este punto se consignó en la sentencia de conclusión anticipada de Anne.

para identificar a uno de los sujetos que la captaron, a quienes incluso reconoció fotográficamente; **3)** Sus carencias económicas, ya que tenía tres hijos menores de edad a su cargo; y, **4)** Se descartó la aplicación de una disminución de pena por los efectos de la confesión sincera.

Cabe acotar que, en la sentencia también se condenó a su captor a quien le impusieron la pena de siete años de privación de libertad, esto es, una pena mayor que a ella.

De la mera lectura de la referida sentencia se advierte que, en apariencia Anne aceptó voluntariamente transportar la droga, por lo que cometió el delito de forma dolosa, de ahí que no existiría ningún otro factor por el cual reducir la pena. Para verificar ello, accedí a la declaración indagatoria de Anne<sup>48</sup> en la que señaló lo siguiente:

**i)** En cuanto a sus **condiciones personales**, Anne refirió ser madre soltera de tres hijos menores de edad de 6, 9 y 11 años, y la segunda estaba enferma pues tenía cinco cálculos renales. No contaba con instrucción completa. Su oficio era cosmetóloga, pero realmente trabajaba lavando ropa y realizando servicio de limpieza.

**ii)** Sobre la **forma en que la captaron**, relató que su prima le escribió y pidió que la visite en Lima, así que Anne se trasladó de Paramonga (Barranca) hacia la capital. Ambas acordaron verse en el Metro de la avenida Alfonso Ugarte (Lima), y cuando Anne llegó, su prima la llevó a un departamento y le dijo que saldría con unos sujetos a quienes les había comentado su situación: sus carencias económicas, ya que recientemente se había separado de su pareja y tenía tres hijos a quienes mantener.

---

<sup>48</sup> El cual obraba en el expediente pues el fiscal provincial la adjuntó a su acusación escrita.

Al encontrarse todos, uno de los sujetos le preguntó a Anne si podía viajar a Madrid (España), cuyo pasaje se lo obsequiaría por el día de la mujer y estaría nueve días en el extranjero. La única condición era llevar ropa para su pareja. Ante las dudas de Anne sobre aceptar o no la propuesta, su prima la animó y le comentó que fue ella quien le pidió a su amigo que le realice tal oferta, ya que ella no podía ir por su trabajo. Dada la confianza entre ambas, Anne accedió y ese mismo día compraron juntas los pasajes para Madrid.

En los días siguientes, ambas estuvieron en coordinaciones y cerca al día del viaje, Anne regresó a Lima donde se encontró nuevamente con sus captores. Ellos **le prometieron que a su regreso de España la ayudarían a recuperar a sus hijos** (quienes estaban en custodia de su padre). Le compraron la maleta y la llevaron a un hospedaje para acomodar la ropa.

iii) Respecto al **contexto de coacción**, Anne contó que cuando vio que la ropa al interior de la maleta se encontraba manchada con una sustancia, aunado a que notó que algo extraño sucedía, se negó a viajar y **ofreció a sus captores devolverles lo que habían gastado**.

Ante esto, ellos empezaron a amenazarla, diciéndole que no podía devolverles nada pues ella ni siquiera tenía dinero y le aseguraron que preguntarían a su prima **donde vivían sus hijos para que fuesen a matarlos**. También le advirtieron que otra persona quien ella no conocía, la estaría vigilando en el aeropuerto para verificar que suba al avión y entregue la maleta con droga. Por lo que, **no debía realizar ningún movimiento en falso como ir a la policía, sino los primeros que sufrirían las consecuencias serían sus hijos**.

iv) Anne aclaró que el dinero que le dieron fue solo para pagar los pasajes y la multa de Reniec, y además aseveró que uno de los sujetos que la captó era pareja de su prima. Precisamente él fue capturado y condenado juntamente con Anne.

### **Valoración crítica del caso de Anne:**

El caso de Anne permite evidenciar la situación de muchas otras mujeres, que como ella son captadas y coaccionadas para transportar droga. Si bien, en su caso en particular, Anne inicialmente desconocía que lo que llevaba era droga, cuando luego lo descubrió quiso dar marcha atrás, pero sus captores la intimidaron con hacer daño a sus hijos, por quienes precisamente había aceptado viajar en primer lugar.

Si bien se advierte que el juzgado al momento de determinar la pena de Anne, valoró adecuadamente su condición como madre soltera de tres hijos menores de edad, no consideró que fue coaccionada por sus captores para que acceda a transportar la droga. Lo cierto es que, esto también atiende a que este supuesto no puede ser analizado a través del artículo 45 del Código Penal, ni del artículo 46 del mismo cuerpo legal; pues ambos dispositivos legales abordan otros aspectos y ninguno referido a un contexto de amenaza, coacción o intimidación para cometer el delito.

Como quiera que no existe una base legal que exija al juez verificar este supuesto, este aspecto termina pasando inadvertido en cada caso y en el caso que se advierte que la *burrier* actuó en dicho supuesto, el juez no puede efectuar una reducción de pena por ello.

Por otra parte, en la Guía de Inglaterra y Gales para sentenciar a delincuentes por delitos de drogas y el proyecto de ley mexicano, este supuesto sí se consideró como un criterio para disminuir la pena.

#### **3.1.5. Hallazgo de factores vinculados con el género N.º 5: extranjeras adultas cuya situación de vulnerabilidad se incrementa cuando no dominan el idioma español**

A continuación, se expone el caso de Vera, Lauren y Marisol quienes no son peruanas sino extranjeras, dos de ellas provenientes de Chile (país colindante al Perú) y otra de Holanda. Las tres son mujeres cuyas edades bordean entre los

34 y 45 años, es decir, no son jóvenes como las *burriers* nacionales que estudiamos con anterioridad, todas fueron captadas en el exterior y conducidas al Perú para el transporte específico de droga, por lo que se presenta las diferencias que su tratamiento amerita frente a las *burriers* nacionales. Una de ellas es que su encarcelamiento supone el desarraigo de su país de origen, y otro factor a considerar es su dominio de un idioma distinto al español, y cómo estos aspectos repercuten en su procesamiento.

En ese sentido, amerita evaluar si su condición constituye o no un factor de género para disminuir la pena.

### **Caso de Vera:**

El 28 de marzo de 2019, a las 07:25 horas, en el aeropuerto internacional Jorge Chávez en la zona de inspección de pasajeros del arco de seguridad de salidas internacionales se intervino a una ciudadana chilena de 34 años, a quien llamaré Vera, cuando pretendía viajar desde Lima a la ciudad de Santiago en Chile a través de la aerolínea LATAM.

Al registrarla, encontraron en su parte abdominal un paquete cubierto con bolsa plástica de color rojo y plástico film, la cual contenía en su interior 88 cápsulas en forma de ovoide con un total de 0,427 gramos de clorhidrato de cocaína. Es así que, la detuvieron y trasladaron a las oficinas de la DIRANDRO del aeropuerto donde Vera manifestó haber ingerido cápsulas similares a las que se le incautaron en su registro personal. Por tal motivo, fue trasladada al área del *body scan* donde se advirtió la presencia de cuerpos extraños en el abdomen e inmediatamente la llevaron al Hospital Daniel Alcides Carrión en el Callao, donde la evaluaron médicamente y verificaron que tenía 10 cápsulas con un peso neto de 0,047 gramos de clorhidrato de cocaína.

Con relación a sus circunstancias personales, en la sentencia se señaló que Vera era soltera y vivía en Chile. No se formularon preguntas sobre otra circunstancia personal. Como consecuencia el 11 de noviembre de 2019, condenaron a Vera

e impusieron 6 años y 8 meses de pena privativa de libertad. Para ello, solo consideraron la reducción de la pena por los efectos de la terminación anticipada.

### **Caso de Lauren:**

Una mujer holandesa de 43 años, a quien llamaré Lauren, el 30 de diciembre de 2016 fue detenida en uno de los caunteres asignados a la aerolínea KLM en el aeropuerto internacional Jorge Chávez, cuando pretendía salir del país hacia Amsterdam (Holanda) con destino final a Milán (Italia). Lauren transportaba droga en su equipaje de bodega entre cuyos objetos personales (piezas artesanales, cuatro, portaplapiceros y otros) se hallaban acondicionados 2,901 kg de clorhidrato de cocaína. Cabe precisar que, la policía descubrió los hechos por acciones de inteligencia.

Dado que Lauren fue intervenida en flagrancia, la sometieron a un proceso inmediato, en cuyo marco solicitó acceder a la terminación anticipada y fue condenada como *burrier* mediante sentencia del 12 de febrero de 2016, imponiéndosele una pena de 6 años y 8 meses de privación de libertad, obteniendo solo el descuento por el beneficio premial de la terminación anticipada.

En este caso, se aprecia que la sentencia básicamente contiene el relato de la intervención policial de Lauren sin detalle alguno sobre su captación, ni si era extranjera que radicaba en Perú o si entró al país solo para sacar la droga y transportarla a Europa, ni ningún otro dato que dé contexto a los hechos cometidos. Como quiera que, aquellos son datos importantes para determinar si Lauren cometió el delito estando en alguna situación de vulnerabilidad o la concurrencia de algún factor de género, revisé diversas piezas procesales del expediente judicial e incidentes en las cuales hallé lo siguiente:

**i) En el requerimiento de proceso inmediato**, el fiscal provincial consignó que la lengua materna de Lauren no era el español, razón por la cual se ofició al Director de Turismo y Medio Ambiente de la policía, pero no se pudo contar con un traductor durante las primeras diligencias, lo que no le permitió declarar.

ii) En el vídeo que contiene la grabación de la **audiencia de terminación anticipada**, se verifica que recién para dicho acto le proveyeron de un traductor a Lauren. Durante el desarrollo de la referida audiencia, el juez realizó diversas preguntas a Lauren para su identificación, así como otras que versaron sobre sus **condiciones personales**. De tal manera, se conoció que Lauren era embolsadora en su país de origen y como producto de su trabajo percibía 1100 euros, además sufría de reuma en los dedos y era **consumidora de marihuana de forma ocasional**.

iii) De la revisión del **cuaderno de ejecución de sentencia**, Lauren pidió su traslado internacional a efectos de cumplir la condena en su país de origen Holanda. Durante este trámite, se recabó el **informe socioeconómico de Lauren** la trabajadora social del Instituto Nacional Penitenciario consignó que Lauren era soltera con **dos hijos mayores de edad**: uno de 19 años quien era empleado en una pizzería y vivía con su padre biológico, y el segundo de 23 años quien migró a España por motivos de estudio. Asimismo, en su país de origen, Lauren **vivía con su padre de 65 años** (pensionista) en una vivienda rentada. Se precisó que, si bien Lauren era soldadora de profesión, en Holanda trabajaba como embolsadora en una fábrica de dulces.

Por lo anotado, **la falta de datos sobre el contexto en que Lauren cometió el delito** se debió a que durante las diligencias preliminares solo se pudieron evaluar las pruebas pre constituidas recabadas a partir de su detención policial en el aeropuerto (actas de detención, registro personal, pesaje de droga, entre otros), pues **no pudo declarar sobre los hechos** ya que no hablaba un español fluido<sup>49</sup>, ni contó con un traductor desde las primeras diligencias.

A su vez, como en la audiencia de terminación anticipada se suelen consultar solo los datos personales de las procesadas (cabe anotar que, en este caso adecuadamente también se consultó sobre sus condiciones personales), y preguntar si acepta o no su responsabilidad penal, **ya no se logró conocer la**

---

<sup>49</sup> Durante la audiencia de terminación anticipada, se visualizó que Lauren entendía algunas frases en español, pero respondía en su idioma natal.

**forma en que captaron a Lauren, ni ningún otro dato adicional sobre los hechos, pese a que en esta oportunidad ella ya contaba con un traductor.**

Sin perjuicio de lo expuesto, se puede apreciar con meridiana claridad que **Lauren no fue captada en el Perú**, pues ella misma mencionó que vivía con su padre adulto mayor en Holanda, también trabajaba como obrera de fábrica en dicho país y **no dominaba el castellano**.

### **Caso de Marisol:**

Una mujer de nacionalidad chilena de 45 años, a quien llamaré Marisol fue intervenida el 17 de febrero de 2020 por personal policial en el aeropuerto internacional Jorge Chávez cuando pretendía viajar a Milán (Italia) con 5,953 kg de alcaloide de cocaína camuflado en productos alimenticios dentro de su equipaje.

Marisol aceptó estos hechos y se sometió a la terminación anticipada del proceso. Por tanto, el juez de la investigación preparatoria la condenó como *burrier*, imponiéndole la pena de seis años y ocho meses de privación de libertad, dada la reducción por los efectos del beneficio premial de la terminación anticipada.

En este caso, la sentencia contiene escasos datos sobre los hechos pues en esencia se circunscribe a su detención, tampoco le consultaron por sus condiciones personales y de la revisión del expediente judicial solo pude hallar su declaración indagatoria<sup>50</sup>, en la cual manifestó haber sido captada por un varón quien viajó con ella desde Chile hasta Lima (Perú) y en nuestro país le entregó la droga que debía transportar.

---

<sup>50</sup> Anexada por el fiscal superior.

### **Valoración crítica de los casos de Vera, Lauren y Marisol:**

En estos tres casos se aprecia que las tres mujeres fueron captadas en el extranjero y trasladadas al Perú para que transporten la droga hacia otro país (destino final). No obstante, una vez intervenidas se desarraigaron de su país durante el trámite del proceso y ejecución de la pena.

Esta situación se agudiza cuando las mujeres hablan un idioma distinto al español (como en el caso de Lauren), porque en nuestro país no se cuenta con una suficiente cantidad de traductores que asistan a las procesadas desde el inicio del proceso. Es más, debido a que es una obligación legal que se deba contar con un traductor para realizar el juicio oral, se permitió que tenga uno y que declare recién por primera vez ante el juez.

En este punto es conveniente recordar que la población migrante constituye un grupo vulnerable, aun cuando haya migrado por razones delictivas. No obstante, este no es un criterio que haya sido considerado por ninguno de los ordenamientos anteriormente estudiados. Sin perjuicio de ello, como quiera que hiciera referencia al uso de un enfoque interseccional, entonces bien podría considerarse la situación de migrante de estas mujeres para considerar la reducción de su pena.

Por otra parte, en el caso de Lauren, el juez de forma positiva le preguntó por su trabajo y si era consumidora de droga, pues su respuesta puede permitir establecer si fue captada en un contexto de vulnerabilidad. Uno de los supuestos previstos en otros ordenamientos es la drogodependencia, pues ello explica que las *burriers* se inserten “voluntariamente” a las redes de drogas con el propósito de solventar los gastos que produce su adicción.

Ahora bien, la drogodependencia tampoco ha sido un criterio abordado por los demás ordenamientos jurídicos que se inclinan a admitir la incorporación de la perspectiva de género. Sin embargo, en el informe de la Defensoría del Pueblo de Perú, cuando se tocó lo concerniente a incorporar las reglas de Bangkok al sistema penitenciario, se indicaron una serie de criterios “sensibles al género”.

Entre estos, se señaló la condición de las mujeres como migrantes y drogodependientes, aspectos que resultan relevantes para aplicar en los casos expuestos.

Sumado a ello, recién en la etapa de ejecución de la condena de Lauren se advirtió su condición de pobreza. No obstante, esta situación no fue atendida desde el inicio del proceso porque en muchos casos se evita que las declaraciones de las imputadas contengan alguna referencia a sus circunstancias personales. Así que, al no existir una regulación clara sobre este punto, no se motiva correctamente este extremo, tal como lo indiqué con anterioridad.

Por tanto, aun cuando la condición de las mujeres *burriers* como migrantes o drogodependientes no son exclusivo de su género, es preciso verificar si en el Perú estadísticamente la captación de mujeres extranjeras y drogodependientes es un problema particular vinculado a las mujeres *burriers* peruanas, de forma que deba ser abordado por el ordenamiento jurídico.

Toda vez que, los artículos 45 y 46 del Código Penal no prevén ninguna circunstancia atenuante genérica relacionados con tales factores, y pese a que el artículo 45.a de mismo cuerpo legal ha incluido varios supuestos vinculados al género, esto ha sido así en la medida en que se vincule a una carencia social o económica. Por consiguiente, es preciso abordar esta problemática de forma particular en el siguiente capítulo.

### **3.2. Apreciación personal sobre el análisis de las sentencias y resoluciones supremas y la necesidad de incorporar la perspectiva de género**

En el punto anterior, analizo las diez sentencias que anuncio en la parte introductoria y los hallazgos encontrados en ellas se valoraron pormenorizadamente en dicho apartado. Este ejercicio reflexivo me permitió evidenciar la existencia real de factores de género en las sentencias condenatorias de mujeres *burriers*, y con ello la necesidad de aplicar una perspectiva de género al momento de determinar judicialmente la pena.

Adicionalmente, considero también importante esbozar algunas apreciaciones generales sobre **otro tipo de hallazgos** de los cuales no todos se circunscriben exclusivamente al caso de mujeres *burriers*, pero es de utilidad resaltarlos pues corrobora que las características brindadas por la ONU sobre los *burriers* se cumplen también en el caso peruano.

Como primer hallazgo, a nivel internacional se tienen características estándar sobre la forma en que las redes de drogas captan a las mujeres, tal como señalé en el capítulo 1; la cual se repite en las *burriers* peruanas y se pudo corroborar a través de los casos analizados.

Dichas características son que las *burriers* son captadas por redes de drogas, sin lograr conocer a las personas que estructuralmente dirigen tales redes. Asimismo, en varios casos apreció que existen personas al mando, quienes son específicamente varones y cuya identidad no les es revelada a las *burriers* mujeres, debido al eslabón bajo y operativo en el que se posicionan.

Además, los captores no utilizan formas violentas para introducir a las *burriers* a las redes de drogas sino que las atraen con propuestas económicas altas, ya sea que les expresen directamente que transportan droga o con el engaño de una oferta laboral atractiva. De manera que, se aprovechan así de su condición de pobreza.

Como segundo hallazgo apreció de la revisión de los casos que, las defensas de las procesadas se encuentran imposibilitadas de buscar una mejor estrategia para disminuir la pena que la conformidad procesal, debido a la naturaleza del delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de correos humanos o *burriers* y la producción de pruebas preconstituidas en el lugar de los hechos.

De ahí que, la conformidad procesal sea la única figura legal que permite que las *burriers* obtengan una reducción de pena. Por tanto, es frecuente que las *burriers* acepten su responsabilidad desde el inicio de la investigación preparatoria, o a

más tardar al inicio del juicio oral, con el fin de acceder a la terminación y conclusión anticipada. y con ello obtener la bonificación procesal.

En estos casos difícilmente se aplica la figura de la confesión sincera, la cual es una bonificación procesal que permite reducir la pena incluso por debajo del mínimo, cuando el sujeto admite haber cometido el delito conforme los mismos términos de la imputación fiscal. Pero como quiera que las *burriers* son intervenidas usualmente en flagrancia<sup>51</sup>, este supuesto excluye legalmente la aplicación de la confesión sincera.

Como tercer hallazgo también advierto que los jueces no son extraños a las situaciones que atraviesan las mujeres *burriers*, tal es así que aun cuando en muchos casos no existe una base legal para disminuirles la pena, lo hacen del modo que explico a continuación.

Los jueces en algunos casos para determinar la pena consideran la situación de las *burriers* como madres solteras con hijos pequeños y lactantes dentro de la valoración de “condiciones personales” del artículo 45 del Código Penal, el cual solo permite dosificar la pena dentro de los límites legales y no por debajo de estos.

En otros casos, los órganos jurisdiccionales tuvieron en cuenta el apoyo brindado por las *burriers* para identificar y sindicar a sus captores, con lo cual les redujeron la pena. No obstante, tal reducción no tiene asidero legal y con la emisión del reciente Acuerdo Plenario N. ° 1-2023/CIJ-112 se proscriben tales prácticas.

---

<sup>51</sup> Artículo 161 del Código Procesal Penal:

El juez puede disminuir prudencialmente la pena hasta en una tercera parte por debajo del mínimo legal, si se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 160. **Este beneficio es inaplicable en los supuestos de flagrancia**, de irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso y cuando el agente tenga la condición de reincidente o habitual de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal (...).

Como último hallazgo general, en cuanto al cumplimiento de la pena aprecio que en el caso peruano, debido a las altas penas abstractas, aun cuando se le disminuya a la pena los efectos de la conformidad procesal su efecto casi siempre es que la mujer cumpla de manera efectiva su pena.

Además, con la reducción de la pena por los efectos de la terminación y conclusión anticipada, usualmente se les impone a las *burriers* una pena aproximada de 6 años y 8 meses de privación de libertad cuya ejecución en todos los casos es efectiva, ya que solo se suspende al tratarse de una pena no mayor de 4 años de privación de libertad<sup>52</sup>, el cual no es su caso.



---

<sup>52</sup> En los casos analizados se aplicó el artículo 57 del Código Penal antes de la modificación del Decreto Legislativo 1585 de noviembre de 2023. En la actualidad, el citado artículo requiere que la pena no sea mayor de 5 años.

### **CAPÍTULO III. PROPUESTAS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO AL MARCO NORMATIVO SOBRE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DE MUJERES *BURRIERS* EN EL PERÚ**

A lo largo de los dos primeros capítulos del presente trabajo desarrollo las nociones más importantes sobre la determinación judicial de la pena y evidencio la importancia de que este análisis se realice desde una perspectiva de género, cuando se trate de mujeres *burriers* condenadas por el delito de tráfico ilícito de drogas.

Ahora bien, en este tercer capítulo mi propósito es que todo lo desarrollado previamente se materialice en propuestas concretas. Parte de estas propuestas, se enfocan en que algunos artículos referidos a la determinación judicial de la pena (artículos 45 y 46 del Código Penal) son susceptibles de ser reinterpretados desde una perspectiva de género, de ahí que postulo criterios para ello.

Las demás propuestas se orientan a demostrar que la legislación actual sobre la determinación judicial de la pena es a su vez susceptible de ser mejorada, al igual que aquella referida a los delitos de drogas. Por tanto, propongo cambios legislativos que también coadyuvarían a incorporar una perspectiva de género en este ámbito.

Esta última propuesta atiende al compromiso internacional que el Estado peruano asumió al ratificar la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Belem do Para”), en cuyo literal d) del artículo 7 establece que los Estados parte han de adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva dicha Convención.

En dicha línea, propongo los siguientes cambios a la normativa del Código penal vigente, los mismos que están resaltados en negro:

**Artículo 45 del Código Penal.** - Presupuestos para fundamentar y determinar la pena

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. **Así como su situación de vulnerabilidad, siempre que esta hubiera influido para la comisión del delito materia de condena. (...)**

**Artículo 46 del Código Penal.** - Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)

**i) Mujer que fuera influenciada por terceras personas para la comisión del delito mediante amenazas coercitivas. Siempre que se compruebe que, la amenaza causó especiales efectos sobre la mujer debido a su situación de vulnerabilidad;**

**j) Mujer que previamente fue víctima de violencia de género siendo esto lo que influenció la conducta punible.**

**Artículo 298 del Código Penal.-** Formas atenuadas de elaboración, comercialización y posesión

La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando: (...)

**4. Se trate de una madre gestante, lactante o con niños menores de edad, quien es soltera o con una pareja que no asuma su rol paterno. O si es una mujer jefa de hogar o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad. Siempre que se compruebe que su situación económica familiar es precaria, de modo que afecta a quienes dependen de ella, y tal condición de marginalidad influenció su conducta punible.**

**Esta circunstancia es inaplicable si la mujer es reincidente y/o habitual de los delitos previstos en los artículos 296 al 298 del Código Penal, o si involucró a sus hijos en alguno de estos delitos, o si contra ella existe un proceso judicial en el que sus hijos sean los afectados;**

**5. La actuación del sujeto dentro de la red de drogas está en un nivel bajo. (...)**

En los siguientes apartados postulo y desarrollo los criterios que menciono previamente referidos a la propuesta de reinterpretación y modificación legislativa.

### **1. Propuestas respecto al artículo 45 del Código Penal en su condición de dispositivo que contiene los criterios generales de interpretación de la determinación judicial de la pena**

En el punto 3.2. del primer capítulo explico en extenso sobre la regulación del procedimiento de la determinación judicial de la pena según el Código Penal peruano. Así pues, desarrollo el marco normativo que lo compone y preciso que el artículo 45 del acotado Código contiene los denominados “Criterios generales de interpretación” de la determinación judicial de la pena.

Dado los temas que abordo a continuación, conviene reiterar que en el primer capítulo señalo que esos criterios generales de interpretación, en realidad se tratan de los presupuestos ideológicos y políticas de gestión de casos que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta para fundamentar y determinar la pena; los cuales, de acuerdo con Prado Saldarriaga (2018), cumplen una función similar a la que tienen los principios generales del Título Preliminar del Código Penal.

El artículo 45 del Código Penal en mención contiene tres literales que indican cómo se debe partir la fundamentación de la pena. Los literales a) y b) se enfocan en quien es el sujeto activo (las carencias sociales que hubiese sufrido), la posición que ocupa en la sociedad de la cual se valió para cometer el delito (con

el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad), así como su cultura y costumbres. Mientras que, el literal c) se orienta hacia la víctima y sus intereses, los que también deben tenerse en cuenta al momento de la determinación judicial de la pena, siendo que solo en su caso la norma estipula que se considere su situación de vulnerabilidad.

En mi opinión, estimo necesario reinterpretar el criterio del literal a) del artículo 45 del Código Penal referente a “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente” y modificar legislativamente el mismo, con el fin de agregar que en el caso del sujeto activo también se considere su situación de vulnerabilidad, siempre que esta hubiera influido para la comisión del delito materia de condena. Las razones para ambas propuestas se explican en los párrafos subsiguientes.

### **1.1. Propuesta reinterpretativa de “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente”**

El literal a) del artículo 45 del Código Penal que analizo en este apartado es el que se muestra a continuación, en estricto, la parte resaltada en negrita:

**Artículo 45 del Código Penal.-** *Presupuestos para fundamentar y determinar la pena*

*El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:*

**a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. Así como su situación de vulnerabilidad, siempre que esta hubiera influido para la comisión del delito materia de condena. (...)**

En principio conviene señalar que, la exposición de motivos del Código penal establece que el artículo 45 del Código Penal cuando alude a “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente” reconoce el principio de co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito, pues no ofreció a todos las mismas posibilidades para adecuar su conducta a las reglas de la convivencia social.

Por tanto, en la aplicación del artículo 45 del Código Penal no basta con que el órgano jurisdiccional de forma genérica establezca que la *burrier* sufría de carencias sociales al momento de cometer el delito con base – por ejemplo – en el lugar donde residía, sino que se requiere un verdadero análisis particular del caso que revisa.

Aunque el provenir de zonas del país con un contexto socio cultural pobre y marginado puede llevar al órgano jurisdiccional a inferir que tanto varones como mujeres tienen las mismas carencias sociales, es positivo incentivar a que las premisas no sean totalizantes ni generalizadoras, sino que sea posible que se verifique cómo el contexto ha afectado al sujeto activo en cada caso en concreto.

Bajo esa tesitura considero que, en los casos de algunas mujeres *burriers* se podrá encontrar que determinadas circunstancias pueden ser más incisivas y adversas para ellas, pese a que provienen de un mismo contexto socio cultural que sus pares varones.

Así pues, como parte de mi investigación hallé que las mujeres encarceladas por este delito usualmente son peruanas o extranjeras, quienes antes de cometer el ilícito pasaron por **situaciones de alta precariedad** derivadas del rol que tuvieron que asumir en sus hogares como las principales o únicas proveedoras del hogar con terceros dependientes a su cargo. Además, de situaciones episódicas que endurecieron su situación como la enfermedad de un miembro de la familia, condición de discapacidad o necesidades básicas desatendidas por largos períodos (Constant, 2023).

Sumado a ello es preciso analizar los índices de desempleo y de subempleo de las mujeres dependiendo del lugar de donde provengan, pues en ciertas zonas del país se incrementan estos índices. Por ejemplo, entre los años 2007 al 2021, el informe del Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022) sobre la evolución de los indicadores de empleo e ingreso por departamento en el Perú señaló que existe un índice más alto de desempleo para las mujeres en las zonas urbanas que en las rurales. Esto, debido a la falta de ofertas y acceso de las mujeres a empleo formales en las ciudades urbanas.

Contraria a esta realidad se advierte que en las redes de drogas no se restringe el acceso a los eslabones más bajo por cuestiones de sexo o género. Más bien, las mujeres son mayormente requeridas en ese nivel ya que su figura resulta inofensiva para los agentes policiales al momento de transportar droga de forma oculta, y sumado a ello las promesas dinerarias que les hacen a estas mujeres resultan atractivas no solo porque les representa un “trabajo” – aunque ilícito – sino porque la suma de dinero es representativamente mayor a lo que obtendrán de un trabajo lícito, cuyo acceso es restringido y menos remunerado.

Por tales razones, una situación de precariedad puede convertirse en una de alta precariedad para ellas, en esencia porque asumen roles solas que deberían ser compartidos dentro de un hogar y tienen cargas económicas que no solo las involucra a ellas sino a terceros dependientes. Ello explica que una de las causas del historial de victimización de las mujeres delincuentes, esto es, su principal motivación para insertarse delictivamente sea su condición de pobreza asociada a su cuidado de terceros. Esto justifica un análisis diferenciado a partir de una perspectiva de género.

Además, este criterio general de interpretación de la determinación judicial de la pena sobre “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente” requieren de actuación de pruebas, al igual que los demás criterios que prevé el artículo 45 del Código Penal. Si bien lo usual en la práctica judicial es que en las sentencias se valgan de hechos públicos y notorios para justificar estos criterios, como los indicadores sociales del Instituto Nacional de Estadística e Informática que reportan la situación de pobreza o patrones sociales del país, o los informes del

monitoreo de Devida de las zonas en los que se cultiva, trabaja y transporta la droga. Lo cierto es que estos son solo datos generales que, aunque coadyuvan a conocer las carencias sociales del sujeto activo, lo adecuado es que el órgano jurisdiccional exhorte e incentive a las partes a aportar pruebas sobre estos criterios en atención al inciso 1 del artículo 156 del Código Procesal Penal.

El dispositivo legal mencionado establece que son objeto de prueba los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito. Pese a lo mencionado, normalmente el órgano jurisdiccional ha asignado mayor importancia probatoria – y hasta de forma exclusiva – a los aspectos referidos solo a la imputación y punibilidad, y en los últimos años también a la reparación civil, en especial, en aquellos delitos económicos. Pero no así a las consecuencias jurídicas, precisamente por considerar al procedimiento de la determinación judicial de la pena como secundario o derivado del análisis del primero.

Al respecto, reitero mi postura inicial de que los denodados esfuerzos por establecer correctamente la responsabilidad penal de un sujeto se diluyen si los mismos no se aplican al momento de establecer la pena, pues no son compatibles con una condena adecuadamente impuesta y una pena indebidamente fundamentada, lo cual desdeña la labor jurisdiccional.

En tal sentido, la actividad probatoria en la determinación judicial de la pena es importante en general y, en específico, en los casos de las mujeres *burriers* también lo es ya que para aplicar correctamente una perspectiva de género no basta solo que la procesada sea una mujer, sino que se compruebe realmente que las carencias sociales que vivieron las ha afectado de manera distinta a la de sus pares varones, razón por la que amerita igualmente una lectura diferenciada.

## 1.2. Propuesta de modificación legislativa de la “situación de vulnerabilidad” del agente

En este apartado continúo analizando el artículo 45 del Código Penal, pero esta vez explico mi propuesta de modificación legislativa, la misma que considero necesaria para incorporar adecuadamente una perspectiva de género a la determinación judicial de la pena. En esencia esta propuesta se orienta a agregar una proposición al literal a) del mencionado dispositivo legal a fin de en el momento de fundamentar y determinar la pena se tome en cuenta la situación de vulnerabilidad de la *burrier*.

La propuesta es la que se muestra a continuación resaltado en negrita:

**Artículo 45 del Código Penal.-** *Presupuestos para fundamentar y determinar la pena*

*El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:*

*a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. **Así como su situación de vulnerabilidad, siempre que esta hubiera influido para la comisión del delito materia de condena.** (...)*

Al respecto es preciso señalar que, tal como indico en los dos primeros capítulos del presente trabajo, el artículo 45 del Código Penal sí prevé la situación de vulnerabilidad para determinar la pena pero analizado desde la posición de la víctima. Así pues, en el inciso c) se encuentra como un criterio para determina la pena a “los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su *situación de vulnerabilidad*”.

El cambio mencionado se produjo debido a la emisión de la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Los comentarios sobre esta modificación legislativa se hallan en el primer capítulo del presente trabajo donde evidencio que, cuando se aborda la situación de vulnerabilidad de las mujeres por razón de su sexo o género, esta se la ha asociado desde su posición como víctima en el proceso cuando en realidad aquello limita los alcances de su protección, lo cual procedo a explicar.

En el ordenamiento peruano, el artículo 4 del reglamento de la Ley N.º 30364 define a una persona en situación de vulnerabilidad como aquella que, por razón de su edad (niñas, niños, adolescentes, adultos mayores), género, estado físico o mental (personas con discapacidad) o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Esa definición no excluye la vulnerabilidad de la persona en atención a su situación jurídica dentro del proceso, esto es, a si se ha incorporado al mismo como víctima o imputada.

En cuanto a instrumentos internacionales se tiene que las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad en el artículo 1 de la sección 2 del capítulo I establece que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Asimismo, precisa que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. Pero, para que dicha vulnerabilidad se concrete en las personas depende de las características específicas de estas o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Como se advierte, para este instrumento internacional, el género es considerado una causa de vulnerabilidad sin diferenciar el estatus procesal de la mujer. Así pues, al desarrollar esta causa en sus términos, alude a la discriminación contra la mujer la cual describo como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer. Independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

A partir de lo expuesto, considero necesario que en atención a los instrumentos mencionados se modifique el actual artículo 45 del Código Penal, a efectos de que su nueva redacción tutele plenamente la situación de vulnerabilidad del sujeto activo. Y aunque en el presente trabajo nos enfocamos en la mujer cuando se encuentra en tal situación, no es excluyente que la norma al ser modificada también abarque en su interpretación a varones que se encuentren en tal situación, pero por otras causas no necesariamente las de género a la cual me avoco en este caso; aunque la norma hubiera sido inspirada por una ley de protección específica para mujeres.

Ahora bien, la modificación que propongo es al literal a) del artículo 45 del Código Penal. Como mencioné, este literal es el orientado al sujeto activo. De modo que la nueva redacción debería ser de la siguiente manera: “El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. **Así como su situación de vulnerabilidad, siempre que esta hubiera influido para la comisión del delito materia de condena**”.

La última parte del texto modificador atiende esencialmente a que, si bien las mujeres bajo determinadas circunstancias pueden ser consideradas como sujetos vulnerables por razón de su género (sin descartar la confluencia de otras vulnerabilidades), lo cierto es que aquello solo tendrá relevancia en la

determinación judicial de la pena siempre que esta hubiera influido en la comisión del delito por el cual está siendo condenada, como el de tráfico ilícito de drogas.

Tal como lo he demostrado a lo largo del presente trabajo, las mujeres *burriers* mayormente no tienen una carrera criminal y su motivación para involucrarse en las redes de drogas atienden a una serie de circunstancias distintas a las de sus pares varones (Torres, 2008). Entre ellas: la precariedad, marginación económica y social, sus roles maternos, el cuidado de terceras personas dependientes de ellas, el acceso restringido a trabajos formales, etc. Además, se posicionan con frecuencia en los eslabones más débiles de la cadena (Soberon, 2008). Pero, claramente esta no es la situación de todas las mujeres *burriers* sino estadísticamente solo de un grupo representativo.

## **2. Propuestas relativas al artículo 46 del Código Penal que regula las circunstancias atenuantes genéricas y su incidencia en el esquema operativo del sistema de tercios**

Desde mi punto de vista, no solo deben reinterpretarse y modificarse algunos de los “criterios generales de interpretación” de la determinación judicial de la pena contenidos en el artículo 45 del Código Penal. Como su propio nombre lo describe, estos son criterios generales similares a principios transversales a la determinación judicial de la pena; por tanto, en sí mismos no determinan un aumento o disminución de la pena. Estos principios requieren de criterios específicos para que puedan ser operativos y tener una consecuencia material en la pena final.

De ahí que, en el presente apartado me enfoco en los “esquemas operativos” de la determinación judicial de la pena, esto es, los sistemas o fórmulas que se utilizan para determinar qué pena le corresponde a la procesada. Por un tema de orden, en este apartado analizo solo lo concerniente a las circunstancias genéricas y, por ende, sus efectos en el esquema operativo del “sistema de tercios”.

## **2.1. Propuesta reinterpretativa de las circunstancias atenuantes genéricas de los literales d) y h) del inciso 1 del artículo 46 del Código Penal**

Considero que, al menos dos circunstancias atenuantes genéricas del artículo 46 del Código Penal pueden ser reinterpretadas bajo una perspectiva de género. Aquello implica que, estas circunstancias sean repensadas desde las necesidades e intereses específicos de las mujeres y sus experiencias, además que se analice el impacto que la configuración de esta circunstancia tendrá en ellas (Subijada, 2023).

Estas circunstancias atenuantes genéricas son las de los literales d) y h) del inciso 1 del artículo antes mencionado. A continuación, consigno el texto legislativo actual, analizo cada circunstancia y la reinterpretación que considero se les debe otorgar.

**Artículo 46 del Código Penal.-** *Circunstancias de atenuación y agravación*

*1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)*

***d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; (...)***

***h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.***

### **2.1.1. La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible**

De las circunstancias atenuantes genéricas que actualmente prevé la norma, dos de ellas son de mi interés analizarlas. La primera es la referida a la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible cuyo texto literal es el siguiente:

**Artículo 46 del Código Penal. - Circunstancias de atenuación y agravación**

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)

**d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;**

Esta circunstancia atenuante genérica en sí misma supone la existencia de una situación de emergencia o urgencia, es decir, apremiante. Así como la concurrencia de factores extraordinarios y trascendentes ligados al ámbito familiar o personal del sujeto activo que precisamente inciden en su decisión que lo lleva a cometer el delito.

Por ejemplo, atender el tratamiento de una enfermedad que afecta a un familiar cercano o la provisión de alimentos para hijos menores, siempre que no se configure una justificante perfecta o imperfecta por estado de necesidad (Prado, 2019). Por su parte, Calle citando a Domínguez señala que cuando se trata de una apremiante situación económica, esta incluye aquellas relacionadas con la salud de un hijo, la defensa de una vivienda, la subsistencia material de la familia, tomando en consideración la clase de peligros que generan los distintos males (2015, p. 283).

En el caso de las mujeres *burriers*, sus experiencias e historial de victimización evidencian que muchas de ellas han determinado su decisión de involucrarse en las redes de drogas o permanecer en estas influenciadas por apremiantes circunstancias personales o familiares. Sin embargo, conforme se detalló en el capítulo 2, en los casos nacionales analizados los órganos jurisdiccionales no invocaron esta circunstancia atenuante genérica al momento de determinar su pena.

En mi opinión, aquello se debe a la “normalización” de la situación precaria de las mujeres madres solteras, cabezas de hogar, en condición de pobreza bajo la careta de “madre guerrera”, “madre trabajadora”, entre otros. Desde un punto de vista jurídico, dicha condición no debería pasar desapercibida para el órgano jurisdiccional ya que encierra una situación de vulnerabilidad que la mujer atraviesa y debe ser atendida. Esto conlleva al siguiente punto, que al ser soslayada esta situación provoca su invisibilización judicial; y, por tanto, su falta de análisis al momento de determinar la pena de la *burrier*.

Sin embargo, si se trata de un varón padre soltero o cabeza de hogar que comete el delito influenciado de apremiantes circunstancias personales o familiares, entonces se considera su accionar delictivo básicamente como “salvadora”. Toda vez que, en su caso cumplió con el rol paterno que usualmente sus pares varones no asumen e incluso desbordó los límites de la legalidad para asumirlo. Mientras que, en el caso de sus pares mujeres, se tiene la percepción estereotipada de que era natural que actúe así cuando en realidad la situación resulta ser la misma en ambos, pero apreciada bajo un lente distinto.

Por lo expuesto, mi propuesta de reinterpretación se orienta a que esta circunstancia atenuante genérica sea analizada con una perspectiva de género. De modo que, se tenga en cuenta las experiencias e historial de victimización de las mujeres *burriers* a las que aludo al inicio del presente apartado y que ciertamente configuran esta circunstancia atenuante genérica, estas se pueden resumir en lo siguiente.

Unas de las experiencias que relata Renoldi (2017) es que en los casos en que las parejas de estas mujeres estaban dedicados al comercio de drogas y son capturados, ellas se autoperciben como desvalidas al encontrarse en condición de pobreza, con terceros dependientes de ellas y sin la cabeza de hogar quien era su principal fuente de ingreso familiar.

Por esta razón, deciden involucrarse en la actividad delictiva de sus parejas pues es lo que mejor conocen, compatibiliza con sus labores domésticas y responsabilidades maternas, además que sirve para suplir su función como cabeza de hogar proveedora.

En otro extremo, Corda expone la apremiante circunstancia familiar por temas de salud de terceros dependiente de ellas. En este supuesto, el autor expone el caso de una mujer boliviana de 38 años quien aceptó transportar droga desde Argentina con destino a Europa, pues necesitaba el pago para cubrir los gastos de operación de su hija quien perdía la audición (2011).

Otro caso argentino es el de MCR, en el cual la *burrier* pretendía transportar droga sujeta a su abdomen en un viaje por bus junto a su menor hija, quien no solo se encontraba en una situación de vulnerabilidad pues había sido víctima de violencia de género (económica y psicológica), sino que no contaba con trabajo formal y necesitaba con urgencia cubrir los gastos médicos de su hija quien tenía una malformación en su mano que requería de una cirugía.

Cabe precisar que, en este último caso se absolvió a la *burrier* por haber actuado en un estado de necesidad, pues desde una perspectiva de género la jueza estimó que el hecho carecía de antijuridicidad al valorarse en conjunto los siguientes aspectos: su condición de madre jefa de hogar con dos hijos menores, la apremiante necesidad económica que la llevó a cometer el delito en atención al estado de salud de su hija, así como el contexto de violencia de género y sus condiciones socioeconómicas desventajosas.

Finalmente, no se puede dejar de lado aquellos supuestos en que concurren diversas vulnerabilidades en un mismo caso. Efectivamente, se aprecia que Constant (2021) coloca el caso de una mujer quien vivía con VIH y su estado de salud estaba deteriorado a causa de la enfermedad, razón por la que necesitaba dinero cuando fue captada. A continuación, un extracto de su testimonio:

“Estaba muy enferma, llevaba tres semanas con fiebre, inclusive empezaba a perder la vista, no me cuidaba (...) Le pedí a Dios un montón de dinero para poder comer (...) Un nigeriano me invitó a ser parte del negocio (...) Mi fiebre no bajaba entonces fui al médico e hice las pruebas de VIH y salió positivo. Obviamente es una experiencia que te cambia la vida, entonces decidí que iba a traficar para tener el dinero que necesitaba para cuidarme y cuidar a mi familia.” (Constant, 2021, p. 54)

En un caso similar presentado por Constant se tiene lo siguiente:

“Porque aquí en Perú, te dicen VIH y es como quien diría leproso. En el hospital, no lo quieren tocar, «compra, compra», todo hay que comprar, todo es desechable, piden y piden, y está bien difícil cuando una es madre y padre, no se puede, no tenemos el apoyo económico de nadie, no hay, como madre soltera tampoco hay apoyo social, como por ejemplo «vamos a ayudar a tu hijo para sus estudios», no, todo viene únicamente de la madre. ¡De una sola madre! ¡Imagínate! No se puede, no se puede tener el papel de padre y madre, es muy difícil, y es esta situación que me llevó a...” (Constant, 2021, p. 56)

A partir de estos casos ejemplificativos que, ciertamente reflejan la situación de varias mujeres *hurierr*s, pretendo evidenciar que es posible reinterpretar la “influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible” con una perspectiva de género.

Con el fin de que se aprecie la realidad de las mujeres que, por su situación de vulnerabilidad, muchas de las necesidades personales o familiares que atraviesa resultan ser apremiantes por situaciones económicas extrema, situaciones de crisis como “enfermedades personales, de familiares, gastos de alimentación, de escolaridad, deudas” (Constant, 2021, p. 56) y que debieran expresarse en la pena que les corresponde.

### 2.1.2. La edad de la *burrier*

La segunda circunstancia atenuante genérica materia de análisis es la del literal h) del inciso 1 del artículo 46 del Código Penal sobre la edad de la *burrier*, cuyo texto legal es el que se muestra:

**Artículo 46 del Código Penal.** - *Circunstancias de atenuación y agravación*

*1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)*

*h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.*

Es preciso que tener en cuenta dos factores que diferencian a las mujeres *burriers* de sus pares varones, al momento de aplicar esta circunstancia y que requiere ser reinterpretada desde una perspectiva de género: **i)** El perfil estereotipado de la mujer como débil para las redes de drogas; y, **ii)** La posibilidad de inserción a las redes de drogas sin restricciones por la edad. Desde mi postura, ambos factores son interdependientes.

De por sí el mercado laboral para las mujeres es más restringido que para los varones, pero tales restricciones se ven acentuadas por su edad. No obstante, de forma particular esta situación no se replica en los mercados ilegales de drogas. Por el contrario, desde una visión estereotipada, las mujeres evocan una figura inofensiva; por lo que, mientras más joven o de más avanzada edad sean estas lucen más inofensivas, aspecto que resulta importante dentro de la dinámica laboral de estas redes de drogas. Por tanto, les siguen ofreciendo trabajo sin perjuicio de su edad (Álvarez-Echandi, I. y Sáenz, S., 2020).

No sucede así en los mercales legales, quienes las segregan por su edad pues si son demasiado jóvenes en su mayoría se tratan de madres solteras que concibieron siendo adolescentes, por tanto no compatibiliza con sus responsabilidades maternas; mientras que, quienes son de más avanzada edad tampoco tienen ofertas laborales. En resumen, su edad las pone particularmente en una situación de vulnerabilidad que permite que sean mayormente capturadas por estas redes que las acogen y se muestran como la mejor – o única – opción para sus necesidades económicas.

En consecuencia, mi propuesta de reinterpretación concibe a la edad como un factor a tener en cuenta dentro del historial de victimización de las mujeres *burriers*, y más allá del rango etario es preciso que en cada caso se verifique si su edad las puso en un estado de vulnerabilidad, lo que fuera aprovechado por sus captores.

## **2.2. Propuesta de regulación de nuevas circunstancias atenuantes genéricas para incorporar la perspectiva de género**

Con base en la evidencia casuística analizada en el punto 3 del capítulo anterior estimo necesario regular nuevas circunstancias atenuantes genéricas para incorporar la perspectiva de género. Para ello, propongo que al texto actual del artículo 46 del Código Penal se agreguen dos literales nuevos con la siguiente formulación legal:

**Artículo 46 del Código Penal. - Circunstancias de atenuación y agravación**

*1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)*

***i) Mujer que fuera influenciada por terceras personas para la comisión del delito mediante amenazas coercitivas. Siempre que se compruebe que, la amenaza causó especiales efectos sobre la mujer debido a su situación de vulnerabilidad;***

***j) Mujer que previamente fue víctima de violencia de género siendo esto lo que influenció la conducta punible.***

Estas surgen del capítulo anterior, a partir del análisis de diversas sentencias nacionales en los que se hallaron cinco aspectos que usualmente son omitidos cuando se analiza la condición de las *barriers* y que podrían tener incidencia en la pena a imponerles: sus responsabilidades maternas y de terceros dependientes de ellas en situación de vulnerabilidad y las carencias económicas que padecen para poder asumir tales responsabilidades, el uso del hostigamiento, engaño y coacción para captarlas, su nacionalidad y otras vulnerabilidades.

Precisamente estos aspectos se condicen con los modelos extranjeros analizados en el punto 2 del también capítulo anterior sobre leyes y proyectos de ley vinculados a la determinación judicial de la pena, que han sido de utilidad para mi propuesta.

Sin embargo, mi propuesta no solo se basa en la trasposición de disposiciones legales de un modelo extranjero al peruano, sino que previamente a su planteamiento analicé cómo estos se recibirían o adoptarían según la realidad nacional. Tal como lo señala Hurtado Pozo, la recepción de modificaciones legislativas basadas en sistemas extranjeros no es un mero acto formal, más bien se requiere de un proceso social pues en esencia se recoge también la

cultura, ideología o concepción social con que fueron formuladas (Hurtado, 1979).

Por ello, parte del cambio normativo que paso a detallar se vale de la fórmula legislativa extranjera, pero se adapta y recoge la realidad nacional de las *barriers* hallada a través del estudio de casos nacionales. Dicho sea de paso, esta realidad ha sido contrastada por otro trabajo recientemente publicado, lo que valida los hallazgos de mi investigación.

Así pues, Fernández, Lindley et al (2023) presentan las conclusiones de tres investigaciones cualitativas realizadas a mujeres sentenciadas y recluidas en establecimientos penitenciarios en Estados Unidos, Kenia y Tailandia, esto es, en países de diferentes regiones (Norteamérica, África oriental y el Sudeste Asiático) pero en los que se hallaron realidades similares que motivaron a las mujeres ingresar a la criminalidad.

Estas realidades en común se pueden resumir en las siguientes: mujeres víctimas de violencia (física, psicológica o sexual) desde tempranas etapas de su vida en sus hogares o por parejas, necesidad económica urgente, madres solteras, madres con parejas negligentes o violentas en búsqueda de independencia económica, engaño y explotación laboral por parte de otros varones y/o drogodependencia influenciada por figuras masculinas dentro o fuera del círculo familiar. Cabe precisar que, en los estudios efectuados, estas realidades similares contienen ligeras variantes acorde al contexto de cada país.

Asimismo, el aporte de Fernández, Lindley et al (2023) es que, en el caso peruano, también analizaron el caso de 57 mujeres recluidas en establecimientos penitenciarios nacionales por los delitos de tráfico ilícito de drogas y se halló que su involucramiento por este delito se debió a:

- i) La urgencia económica por la necesidad propia o de terceros dependientes a su caso, frente a la falta de oportunidades laborales hace que el delito en cuestión se muestre como una oportunidad sencilla y rápida para salir de apremio económico.

- ii) Por el engaño de personas cercanas como familia, amistades o parejas.
- iii) Validación del delito como trabajo. En el estudio realizado por las autoras, ellas precisaron que el total de las mujeres de este supuesto fueron madres (algunas tuvieron a sus hijos en la adolescencia y otras como producto de abusos sexuales), siendo que este delito les ofrecía sensación de seguridad económica que compatibilizaba con sus responsabilidades maternas y permitía ofrecerles un mejor futuro a sus hijos.
- iv) Por la manipulación afectiva de sus parejas insertos en redes de drogas.
- v) Por eventos inesperados y dolorosos que las llevan a percibir al delito como un escape de su situación actual o al consumo de drogas solventando mediante actos de tráfico.

Las conclusiones de este estudio son similares a las halladas en otros países, así como en el Perú. Además, las mismas autoras siguiendo a otras como a Boiteux (2015), Palma (2011) Yagüe, Del Pozo y Carrasco (2017) están de acuerdo en que nuestra legislación actual omite regular aspectos vinculados al género lo que trae como consecuencia que las mujeres reciban penas desproporcionadas y severas frente a sus pares varones quienes no sufren las mismas realidades. Por tanto, es de vital importancia suplir estas falencias legislativas mediante la propuesta de modificación legislativa que presento en el cuadro consignado líneas arriba.

Como un punto adicional es preciso señalar que otros ordenamientos han construido circunstancias atenuantes – e incluso como atenuantes privilegiadas – para reducir las penas de las *burriers*, desde una perspectiva de género. No obstante, en atención a la realidad de nuestro país (al ser uno de los tres países productores de drogas) es conveniente reconocer la gravedad de los hechos que ellas han cometido y del cual son plenamente conscientes.

Si bien la situación de vulnerabilidad que afrontan las mujeres amerita que la pena sea menor; sin embargo, desde una postura mixta de la pena, configurar una circunstancia atenuante privilegiada sobre su base implica que a su vez se vea mermada la función de prevención general negativa de la pena, y esta figura sea aprovechada por los mandos medios y altos de las redes de drogas para acentuar la captación de mujeres para estos trabajos. Con lo cual, no solo se tendría una mayor cantidad de mujeres sentenciadas – aunque con penas menores – sino que se expondría su salud y bienestar, al igual que los de los suyos.

Mientras que las necesidades de estas mujeres no sean atendidas por el Estado mediante políticas públicas distintas a la criminal, la disminución importante de pena solo supondrá un mercado ilegal de drogas con mayor oferta laboral para las mujeres, bajo la idea de que en caso de ser descubiertas tendrán una pena muy por debajo de sus pares varones.

Aunque tal reducción apunte a un supuesto de vulnerabilidad que no viven sus pares, mi pretensión es que en la actualidad se puedan tener en cuenta los siguientes factores al momento de establecer la pena en su contra: falta de oportunidades laborales legales y formales de trabajo para ellas, remuneración inferior, familias monoparentales o su posición de mujeres cabeza de familia.

Si en algún momento dicho contexto socio-cultural varía entonces podría apuntarse a una reducción mayor de pena, ya que los mercados ilegales no serían más una oferta real y atractiva para ellas, en cuanto y en tanto existen otras tantas posibilidades para ellas. Con lo cual, consecuentemente las redes de drogas no se aprovecharían de una posible circunstancia atenuante privilegiada.

### **2.2.1. Amenazas coercitivas**

La primera circunstancia nueva que desarrollo es la referida a las amenazas coercitivas, cuyo texto es el siguiente conforme con mi propuesta de modificación legislativa:

**Artículo 46 del Código Penal. - Circunstancias de atenuación y agravación**

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)

**i) Mujer que fuera influenciada por terceras personas para la comisión del delito mediante amenazas coercitivas. Siempre que se compruebe que, la amenaza causó especiales efectos sobre la mujer debido a su situación de vulnerabilidad;**

En el capítulo 2 del presente trabajo concluyo que bajo una perspectiva de género es necesario considerar algunos factores específicos que inciden con el involucramiento de las mujeres en las redes de drogas, entre ellos, resaltó lo concerniente a las amenazas coercitivas.

Así pues, en el sexagésimo sexto período de sesiones del Comité para el Adelanto de la Mujer de las Naciones Unidas (A/68/340) se evidenció que, en algunos casos, los varones emplean amenazas coercitivas de violencia explícitas e implícitas para que las mujeres se involucren en el delito. Tales amenazas son precedidas incluso de actos de manipulación en el marco del fenómeno denominado “el problema de la novia” referido a que muchas mujeres se insertan a las redes de drogas engañadas o presionadas por sus parejas sentimentales, quienes en realidad buscan establecer un vínculo sentimental con ella con el único fin de captarlas. Una situación similar no se ha registrado en el caso de los varones; por tanto, en su momento concluí que se trata de una particularidad que atañe a las mujeres *burriers*.

Así también hago mención a las “Guías para sentenciar a delincuentes por delitos de drogas” (*Sentencing Guidelines for drug offences*) que ubica en la escala más baja de sanción a aquellas personas que se involucran en el crimen bajo el mando de otros por presión, coerción o intimidación.

En lo que concierne a la Latinoamérica, debido a diversos estudios cuantitativos y cualitativos realizados en la región se ha determinado unánimemente que para el reclutamiento de estas mujeres es pieza clave su pareja (novio, esposo o alguna otra figura masculina) con la que existe un lazo de confianza previo, de amistad o bien sentimental (Giacomello, 2013), siendo estas relaciones las que usualmente tienen un peso mayor en su captación (Torres, 2008).

Aunque Giacomello afirma que, en algunos casos ellas son conscientes de que estos varones las están insertando en un mercado ilegal e incluso que recibirán una retribución económica, pero otras tantas no lo son sino más bien caen en dichas redes por engaño o de manera “forzosa” (p.9, 2013).

En cuanto a las mujeres captadas por varones que voluntariamente aceptan transportar las drogas, normalmente se da porque ellos ya se dedicaban a tal actividad y las involucran como parte de su vida familiar (padres respecto a hijas o nietas) o de pareja (las novias o esposas de traficantes). Mientras que, en aquellos casos que fueron engañadas o amenazadas, usualmente estos varones previamente traman “el cortejo” con el fin de crear lazos íntimos con ellas y una vez que tienen su confianza, las engañan “sembrándoles” droga (Giacomello, 2013).

De ser el caso que ellas descubran tal engaño, entonces las amenazan con atentar contra sus vidas, la de sus hijos o de terceros dependientes de ellas si no cometen el delito. Precisamente este último supuesto es el que analizo en este apartado como parte de mi propuesta.

Algunas de las modalidades que son frecuentemente usadas, son cuando estos varones las seducen, enamoran e involucran en una relación sentimental con el fin de inducirlas a viajar, ya sea por vacaciones o para buscar un futuro mejor para ellas o ambos en otro lugar. Sin embargo, cuando descubren que se trata de droga, son amenazadas. Según Torres (2008), otra modalidad es cuando tales mujeres son forzadas a reclamar maletas que no son suyas, las mismas que en su interior contienen drogas.

Respecto a las amenazas, estos varones que las captaron y engañaron les otorgan la apariencia de que tienen la posibilidad de abandonar la actividad delictiva en cualquier momento, pero si intentan hacerlo las amenazan con dañar a su entorno familiar (Corda, 2011). Además, Torres al entrevistar a la secretaria del Comité de Internas de un penal en Ecuador, ella le explicó que una vez dentro la “mafia” es quien las coerciona e intimidan para continuar (Torres, 2008).

En el caso peruano, estadísticamente no es posible determinar la relevancia de este factor en el involucramiento de las mujeres en las redes de droga. Sin embargo, en el estudio casuístico que realizo en el capítulo dos sobre diversos casos de mujeres *burriers* (obtenidos de la Corte Superior de Justicia del Callao y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), evidencio que uno de los factores hallados que motivaron su inserción criminal fue la coerción de parte de varones que simulaban lazos afectivos con ellas para luego amenazarlas con atentarse contra sus vidas, la de sus hijos o de terceros dependientes de ellas y así lograr que transporten la droga.

Es preciso señalar que, este hallazgo fue obtenido a partir de la lectura de las declaraciones de las *burriers* durante el proceso, pero no fueron invocados por sus defensas al momento de ejercer su patrocinio, ni los magistrados lo valoraron para determinar su condena o pena.

Ahora bien, aun cuando los casos analizados no constituyen una cifra representativa y no es posible emitir conclusiones totalizantes a partir de estos, lo objetivo es que la coerción influye en el involucramiento criminal específicamente de mujeres. Una incidencia de casos similares no se ha registrado en el caso de los varones; por tanto, es preciso abordar este factor desde una perspectiva de género.

Efectivamente, la coerción ejercida en contra de las *burriers* durante la comisión del delito no ha sido precisamente objeto de pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales del país. Por el contrario, en su mayoría estas mujeres

aceptan la terminación o conclusión anticipada, y de recurrir al juicio oral su defensa no se enfoca prioritariamente en este aspecto.

En cambio, otros ordenamientos han dado respuestas diversas para afrontar esta situación. Al respecto, Paraboni (2023) realizó un estudio sobre la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la República de Argentina respecto a decisiones impuestas en contra de mujeres que cometieron delitos de drogas en contextos de vulnerabilidad entre el 2019 y 2022, obtenida de la base de datos del Centro de Información Judicial de dicho país.

Entre los casos que analizó el citado autor evidenció que, una de las posturas usuales de la defensa es la alegación de la configuración de un estado de necesidad exculpante debido a las amenazas en contra de la vida e integridad de las *burriers* o mayormente en contra de sus hijos o personas dependientes de ellas.

Paraboni expuso el de la *burrier* Martínez Hassan, a quien le pagaron para que transporte una mochila con droga desde Argentina hacia Bolivia a pie por un paso fronterizo no habilitado, lugar donde finalmente fue detenida con aproximadamente 6 kilos de cocaína. Durante el proceso, la *burrier* relató haber sido víctima de una red de trata de personas donde se negó a sostener relaciones sexuales con terceros, razón por la cual la obligaron a transportar la droga en cuestión y en caso se volviera a negar su hijo estaría en peligro.

En atención a ello y la falta de investigación sobre este aspecto, se ordenó la anulación de la condena y la realización de las diligencias correspondientes con el fin de verificar si la *burrier* actuó bajo un estado de necesidad exculpante o no, dado el mandato internacional de no criminalizar las conductas de las víctimas de trata de personas.

Asimismo, Alfredo explica que también en Argentina muchas *burriers* son a menudo engañadas o forzadas a transportar la droga, por lo cual en sus casos los jueces consideran su grave estado de vulnerabilidad y pueden absolverlas si

concluyen que actuaron en un evidente estado de necesidad justificante (Alfredo, 2023).

Por su parte, el ordenamiento español en senda jurisprudencia de su Supremo Tribunal (STS N.º 4868/2011, de 6 de julio de 2011; STS N.º 1308/2011, de 10 de marzo de 2011; STS N.º 4868/2011, de 6 de julio de 2011; entre otros) ha descartado la configuración de un estado de necesidad si se pretende enfrentar el bien jurídico salud pública frente a otro que suponga sobrellevar cualquier problema económico, por considerar que el tráfico ilícito de drogas entraña una gravedad mucho mayor.

Pero cuando se trata del bien jurídico salud o integridad, la respuesta del Supremo Tribunal español ha sido diferente. Como menciona Calle (2015), en la STS N.º 7046/1997 de 24 de noviembre de 1997, el citado Tribunal aplicó una eximente completa para la persona que ingresó droga a un establecimiento penitenciario para entregarle a su hermano adicto y con ello evitar su suicidio, el cual había anunciado con anterioridad.

A partir de lo mencionado, en mi criterio considero que las amenazas pueden ser abordadas desde diferentes puntos de vista. Por un lado, si se trata de una amenaza de muerte de tal gravedad podría analizarse la configuración de una causa de inimputabilidad como el miedo insuperable (inciso 7 del artículo 20 del Código Penal) o un estado de necesidad (inciso 4 del artículo 20 del Código Penal). Para la configuración de cualquier supuesto es necesario el cumplimiento de requisitos adicionales y como consecuencia se determina la irresponsabilidad penal de la persona.

Mas la propuesta que formulo no está orientada a excluir de responsabilidad a la *burrier*, sino a atenuar su pena basada en lo siguiente. La amenaza que se percibe en la mayoría de los casos no es inminente. Como ellas han sido previamente engañadas y al descubrir el engaño, deciden no continuar con el delito, estos sujetos inmediatamente se valen de la información personal que obtuvieron cuando generaron vínculos afectivos, por lo que las amenazan – por

ejemplo – con dañar a su entorno familiar ya que conocen quiénes son, donde viven, sus horarios, etc.

El caso típico es de quien descubre que está llevando droga en la maleta o la obligan a colocarse droga alrededor de su abdomen o en su cavidad vaginal, momentos previos a ingresar al aeropuerto; es decir, en modalidades sencillas de pasar droga y no mediante ingesta que requiere mayor tiempo de preparación y la posibilidad de que la *burrier* considere sus circunstancias.

Es de precisar que, en ese momento sus familiares no corren un peligro real ya que no han sido capturados, ellas no forman parte de la red criminal en sí misma por tanto no conocen su alcance y poder sino solo asumen que existe (desconocimiento del cual se valen los sujetos que las amenazan) y esta “amenaza” produce un especial efecto en ellas, como quiera que usualmente ellas se hayan en una situación de vulnerabilidad por pobreza, por ser madres de familia solteras, cabeza de hogar, entre otros. Por ello, pese a que el transporte terrestre o aéreo requiere pasar por diversos controles de seguridad, ellas no suelen avisar a la policía. Por estos motivos, considero que no es inminente la amenaza que existe sobre estas mujeres.

En el delito de robo se ha analizado con mayor amplitud los alcances de la inminencia y se ha concluido que esta se determina en esencia por las circunstancias que rodean al hecho. Ciertamente una frase amenazante no es suficiente por sí misma para señalar que existe un riesgo inminente para la vida e integridad de la persona que es amenazada. Pero, si se realizan otros actos de intimidación como mostrar un arma o aparentar que se tiene una, tal frase adquiere una connotación distinta (Recurso de Nulidad N.º 911-2023/Callao).

En el caso de las *burriers* que describo: las que son “engañadas y luego amenazadas”, existe poco tiempo entre el descubrimiento del engaño y la amenaza (inmediatez) y no se presenta un entorno o condiciones que brinden certeza sobre estos; por lo que, la inminencia se encuentra altamente cuestionada. Lo cierto es que, aun cuando no tengan las condiciones necesarias para que estas amenazas surtan efectos jurídicos, sí conllevan a la presencia de

efectos psicológicos sobre estas mujeres por su especial condición de vulnerabilidad, aspecto que especialmente interesa al presente trabajo.

Diferente es la situación de organizaciones criminales que se han descubierto en el país, las cuales mediante actos de extorsión y amenazas se dedican a captar *burriers* (varones y mujeres) bajo la modalidad del *gota a gota*. Es decir, inicialmente realizan préstamos que son imposibles de pagar en el tiempo y modalidad estipulados, así que empiezan a amenazar a sus deudores y familias hasta forzarlos a pasar la droga por el aeropuerto a cambio de saldar sus deudas. En su caso, las amenazas son secuenciales creando un ambiente de intimidación y provocando daños a las familias y amigos de las víctimas. En este último caso con mayor probabilidad se puede sugerir la configuración de un estado de necesidad, mas no es así en el indicado en el párrafo anterior.

Entonces la circunstancia atenuante genérica que propongo de “amenaza” tiene los siguientes alcances normativos: **i)** Precedida de un engaño; **ii)** La inmediatez con que se suscita luego de descubierto el engaño; **iii)** El desconocimiento de los alcances de la red para materializar la amenaza; y, **iv)** La situación de vulnerabilidad de la mujer permite que la amenaza produzca efectos psicológicos especiales en ella.

Por tratarse de una circunstancia genérica no es posible determinar en sí misma la cantidad de pena que se disminuirá a la *burrier*, dicha circunstancia se aplica de acuerdo con las reglas del sistema de tercios. Así pues, en el caso que solo concorra esta circunstancia u otras de la misma naturaleza, es decir, otras atenuantes, entonces la pena de la *burrier* se fijará en el tercio inferior. Si es que esta atenuante concurre conjuntamente con otra agravante, la pena se establecerá en el tercio medio. Una vez ubicada en cada tercio, se verificará la cantidad de circunstancias atenuantes y se obtendrá el peso de cada circunstancia dependiendo del espacio punitivo; por ende, la cantidad de pena a disminuir.

Por último, usualmente los casos en los que se advierte el empleo de la amenaza bajo los alcances normativos propuestos es la conducta de la *burrier* subsumida en el tipo base del artículo 296 del Código Penal, razón por la que propongo esta circunstancia como genérica y no como específica. Para tal conducta solo es aplicable el sistema de tercios, el cual se sirve de circunstancias genéricas y no específicas.

Aunado a ello, esta modalidad de amenaza coercitiva (engaño-amenaza) es posible aplicarla en casos de transporte de drogas en cantidades menores, precisamente por el engaño en el que intentaron mantener a la víctima con paquetes de drogas no tan voluminosos, usualmente siendo una sola persona la que creó lazos afectivos y participa del ilícito.

Si fueran en cantidades mayores o en el que se encuentren implicados una pluralidad de agentes (configurando el tipo agravado y el uso de circunstancias específicas), se debería discutir la configuración de un estado de necesidad antes que la configuración de una atenuante. Esto en atención a que, por máximas de la experiencia existe un peligro real y mayor cuando se trafican grandes cantidades de drogas, por lo que el ambiente de intimidación es palpable y más aún si intervienen diversos agentes, siendo que algunos de ellos fungen como escoltas para asegurarse de que la *burrier* efectivamente lleve la droga.

Por los argumentos anotados, el engaño descrito en los términos de mi propuesta sería adecuado introducirse como una circunstancia atenuante genérica, a fin de que se tenga en cuenta esta situación especial por la que atraviesan las mujeres *burriers* y coadyuve a disminuir la pena que le corresponde.

### **2.2.2. Mujeres que previamente fueron víctimas de violencia de género**

La segunda circunstancia atenuante que propongo para su incorporación legislativa se encuentra en el literal j) del artículo 46 del Código Penal, que alude a la situación en que la *burrier* previamente fue víctima de violencia de género. El texto que propongo es el siguiente:

**Artículo 46 del Código Penal.-** *Circunstancias de atenuación y agravación*

1. *Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)*

**j) *Mujer que previamente fue víctima de violencia de género siendo esto lo que influyó la conducta punible.***

Conviene recordar que, el Código Penal de Costa Rica desde el 2019 prevé en su artículo 71 esta *circunstancia genérica* para atenuar la pena, siempre que tal situación hubiera influido en la comisión del hecho punible. En una línea similar, en febrero de 2022 en Argentina, la diputada Ana Carolina Gaillard presentó un proyecto de ley para modificar la Ley N.º 23.737, de manera que se regule como *causal de no punibilidad* si el delito de drogas fue cometido por una mujer en un contexto de violencia de género y/o de extrema vulnerabilidad.

Más allá de la fórmula jurídica usada: ya sea como circunstancia atenuante o como causal de no punibilidad, considero que es sumamente relevante evidenciar que la aplicación de determinada acepción del término “violencia de género” provoca que la mujer en su condición de víctima se convierta en procesada, cuando es entendida como aquella “expresión de toda violencia que se ejerce por el hombre contra la mujer, por su condición de tal, y tiene su génesis en la discriminación intemporal, la situación desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres (...) (Acuerdo Plenario N.º 1-2016/CJ-116). A mi criterio, esta dicotomía “víctima-procesada” en realidad debería verse como “víctima-víctima”, puesto que en tal supuesto las mujeres *burriers* han sido determinadas a la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas por la violencia de género que sufren.

Si bien este tema puede ser debatible, seguro las aristas problemáticas se circunscriban a las mismas que resultan de aplicar la legítima defensa imperfecta en casos de violencia de género o la legítima defensa de las mujeres maltratadas. Esto es, en aquellos casos en que las mujeres cometen delitos de homicidio (consumado o tentado) o lesiones graves en perjuicio de sus agresores, quienes las mantuvieron en un constante estado de violencia de género.

Ante esto, inicialmente se las condenaba como autoras de los delitos mencionados, más ahora la doctrina y jurisprudencia ha virado en un sentido contrario, y desde una perspectiva de género ha considerado todo lo que rodeó el hecho. Tal es así que, la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N.º 2145-2018/Lima Norte en el caso de una mujer condenada por parricidio, se determinó que su comportamiento fue una legítima defensa imperfecta y como consecuencia se compensó su culpabilidad con una disminución de pena.

Por lo anotado, la circunstancia atenuante genérica que propongo referida a “previamente fue víctima de violencia de género” materializa los compromisos internacionales asumidos por la Cedaw y la Convención *Belém do Pará*, las cuales establecen la garantía de asistencia de las mujeres víctimas de violencia. De la misma forma, ocurre con el cumplimiento de los alcances de la Recomendación General N.º 33 del Comité CEDAW en el cual se señaló que “los Estados partes 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**”.

Por tanto, la protección a las mujeres no solo se brinda cuando tienen condición de víctimas, sino también cuando tienen la calidad de imputadas, aspecto que también ha sido reconocido por la doctrina y jurisprudencia de la región. Así, citando a la jueza Ledesma en el fallo del caso argentino RMC, Paraboni señala que: “aun cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos

de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación” (2023, p. 72).

En cuanto a los alcances normativos de esta circunstancia atenuante genérica, considero que se pueden verificar dos supuestos. El **primero** referido a aquellas mujeres que son víctimas de violencia de género y debido al contexto en el que se encuentran se ven forzadas a salir de dicho entorno violento y ven el mundo delictivo como una forma de empoderamiento y, a su vez, de independencia económica.

El **segundo supuesto** se trata del caso en que la mujer para salvaguardar su vida e integridad física (Paraboni, 2023) acepta transportar la droga por presión u obligación de su pareja, padre o el varón que la violenta. En este supuesto, siguiendo a Asencio, Di Corleto y González (2020) se aclara que, aunque sea la *burrier* quien alegue como tesis de defensa haber cometido el delito como consecuencia de haber sido víctima de violencia de género, en lugar de aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba (quien afirma un aspecto negativo del tipo penal debe probarlo), siga siendo la fiscalía quien investigue estos aspectos. Esto, en mérito al deber de debida diligencia reforzada para investigar, esclarecer y sancionar situaciones de violencia de género.

Bajo mi postura, tal deber se mantiene aun cuando la mujer se encuentre involucrada en un proceso como sujeto activo, pues lo contrario supondría discriminación hacia ellas por su situación procesal, tal como lo afirman Asencio, Di Corleto y González.

Conviene resaltar que, este supuesto tiene puntos en común con la circunstancia atenuante genérica de “amenazas coercitivas”. La relación entre ambas sería de género a especie, pues es específica la circunstancia de “previamente fue víctima de violencia de género”. De forma que, siempre que se trate del segundo supuesto, no es posible que concurra la circunstancia de “amenazas coercitivas”, pero si se trata del primer supuesto no existe inconveniente alguno.

Adicionalmente, a modo de ampliar el panorama sobre fórmulas legales parecidas a la que propongo, se tiene que el artículo 5 de la Ley N.º 26.364, Ley de prevención y sanción de la trata de personas y asistencia a sus víctimas (Argentina), establece que las víctimas del delito de trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. De ahí que, Paraboni (2013) señala que en el caso argentino una de las posturas recurrentes de la defensa de las mujeres *burriers* es que se aplique esta eximente de responsabilidad.

En mi propuesta, esta situación la considero como una circunstancia atenuante genérica; no obstante, si la violencia de género ha forzado a la mujer a cometer el delito, anulando o viciando totalmente su voluntad, entonces lo adecuado es que se verifique la configuración de un estado de necesidad o un miedo insuperable, bajo un enfoque similar al señalado en las “amenazas coercitivas”.

### **3. Propuestas de modificación legislativa del artículo 298 del Código Penal que contempla las circunstancias atenuantes específicas en el delito de tráfico ilícito de drogas y su incidencia en el esquema operativo escalonado**

Previo a desarrollar el presente apartado, conviene recordar que para la determinación judicial de la pena de las *burriers* se utilizan dos esquemas operativos distintos en atención a cómo se califique su conducta. Así pues, si se les atribuye el artículo 296 del Código Penal al tratarse de un tipo penal básico, les es aplicable el sistema de tercios que implica que para dosificar la pena, el juez se basa solo en las circunstancias genéricas del artículo 46 del Código Penal. En los puntos anteriores se pueden apreciar las propuestas de reinterpretación y modificación legislativa.

Mientras que, si a las *burriers* se les atribuye el artículo 297 del Código Penal, esto es, el delito de tráfico ilícito de drogas agravado, el juez recurre al “esquema operativo escalonado”. El cual se limita a dosificar la pena en base a las circunstancias específicas del delito que se configuren en el caso en concreto.

Por ello, considero que es necesario la formulación de nuevas propuestas que incidan ahora en este esquema. Para este propósito, igualmente me baso en la evidencia casuística del punto 3 del capítulo anterior y como resultado propongo adicionar tres circunstancias atenuantes específicas al delito de tráfico ilícito de drogas que reflejen la etiología criminal femenina de dicho delito, es decir, las causas que motivaron a las mujeres a insertarse delictivamente en las redes de drogas.

Mi propuesta parte de que no es posible reinterpretar este dispositivo legal a la luz de la perspectiva de género, ya que las circunstancias que regula no tienen vinculación alguna con las diferencias de género que pudieran suscitarse en la etiología criminal de las *burriers*.

Por el contrario, mi propuesta materializará la aplicación de una perspectiva de género y conforme con esta las nuevas circunstancias específicas deben implicar necesariamente la disminución de la pena abstracta del delito, a efectos de que con ello se logre una igualdad proporcional al de la pena de los *burriers* varones que ejecutaron el mismo hecho, pero sin la etiología criminal femenina a la que aludo.

Conviene señalar que, la propuesta de modificación legislativa que formulo sigue una línea similar a las adoptadas o contenidas en proyectos de ley de otros ordenamientos. Pero tal como lo señalo en el punto anterior de este apartado, mi propuesta no es una mera importación de un modelo legislativo extranjero (Hurtado, 1979), sino que analizo los alcances normativos de cada circunstancia atenuante específica que propongo y su posible impacto en la realidad penitenciaria.

Asimismo, la aplicación de estas circunstancias atenuantes específicas permite la disminución de un año de pena privativa de libertad aproximadamente por cada una de ellas. Así, si se trata de la conducta básica del artículo 296 del Código Penal, la disminución puede ser de más de un año y si se trata de la conducta agravada del artículo 297 del acotado Código, la disminución sería de un poco menos de un año. Esta aproximación se basa en la aplicación de las

fórmulas de dosificación de la pena explicadas en el primer capítulo del presente trabajo.

Al haber realizado las precisiones correspondientes, mi propuesta consiste en agregar dos incisos a la actual redacción del artículo 268 del Código Penal. Se tratarían de los incisos 4 y 5 cuyos textos consigno a continuación:

***Artículo 298 del Código Penal.- Formas atenuadas de elaboración, comercialización y posesión***

*La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando: (...)*

***4. Se trate de una madre gestante, lactante o con niños menores de edad, quien es soltera o con una pareja que no asuma su rol paterno. O si es una mujer jefa de hogar o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad. Siempre que se compruebe que su situación económica familiar es precaria, de modo que afecta a quienes dependen de ella, y tal condición de marginalidad influyó su conducta punible.***

***Esta circunstancia es inaplicable si la mujer es reincidente y/o habitual de los delitos previstos en los artículos 296 al 298 del Código Penal, o si involucró a sus hijos en alguno de estos delitos, o si contra ella existe un proceso judicial en el que sus hijos sean los afectados;***

### **3.1. Condición de madres gestantes, lactantes o con niños menores de edad**

La primera circunstancia atenuante específica que propongo es la del inciso 4 del artículo 268 del Código Penal, la cual contiene dos supuestos diferenciados. El primero referido a la condición de la mujer como madre gestante, lactante o con niños menores de edad, derivado de su rol biológico reproductivo. Mientras

que el segundo supuesto aborda la condición de la *burrier* como mujer jefa de hogar o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad, derivado de su rol familiar.

A su vez, como se aprecia, la formulación legal del texto que propongo para esta nueva circunstancia está compuesto por dos párrafos; uno que trata de sus alcances legales y el otro del supuesto de inaplicación de la circunstancia. Por un tema metodológico, en las siguientes líneas abordo solo los alcances normativos de los supuestos mencionados y para ello empiezo por el de “la condición de la mujer como madre gestante, lactante o con niños menores de edad”. El texto propuesto es el siguiente:

**Artículo 298 del Código Penal.-** *Formas atenuadas de elaboración, comercialización y posesión*  
*La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando:*  
(...)

**4. Se trate de una madre gestante, lactante o con niños menores de edad, quien es soltera o con una pareja que no asuma su rol paterno. (...). Siempre que se compruebe que su situación económica familiar es precaria, de modo que afecta a quienes dependen de ella, y tal condición de marginalidad influyó su conducta punible.**

En cuanto al alcance normativo del primer supuesto de esta circunstancia, es importante aclarar que esta no se basa aisladamente en que la *burrier* tenga la condición de madre. Si bien, a diferencia de los varones solo las mujeres pueden fecundar (de forma natural o *in vitro*), llevar a cabo un embarazo durante nueve meses y dar a luz, esta diferencia biológica no es la que justifica la presente circunstancia sino las responsabilidades que surgen en las mujeres a raíz de este proceso natural respecto al concebido, lactante o niños menores de edad.

Al respecto, Barrantes y Cubero siguiendo a Walkowitz señalan que, culturalmente la responsabilidad de los hijos se ha atribuido a la mujer como una labor diferenciada por su sexo en la que se excluye a los varones, siendo incluso que históricamente el valor de la mujer como ser humano llegó a determinarse en atención a si lograba ser madre o no.

Asimismo, las citadas autoras mencionan que el movimiento feminista de los años 60 y 70 concibió a la maternidad como una condición que relegaba a la mujer a una posición inferior y de sometimiento a los varones, además de las restricciones que dicha condición suponía para ingresar al mercado laboral. A partir de esta postura, el movimiento feminista luchó para que las mujeres tengan el derecho a decidir sobre su propio cuerpo, a abortar, materner, a elegir el tipo de crianza, entre otros que forman parte de su voluntad de ser madres o no (Barrantes y Cubero, 2014).

A esto Soletti agrega que, a lo largo de los años dentro del mismo movimiento feminista se han ido formando diversas posturas con relación a la maternidad. Así pues, por una parte, están quienes consideran la maternidad, la lactancia y los deberes maternos de crianza como parte del constructo social respecto al rol de la mujer en sociedad, de forma que explican el rechazo de quienes deciden no ejercer tal rol provocando que erróneamente sean consideradas mujeres desviadas o deficientes (2008).

Mientras que, otro grupo del movimiento diferencia a la maternidad como experiencia y como institución, siendo la primera reorganizada y controlada por la mujer; por tanto, se trata de una maternidad que se puede disfrutar libremente, mientras que la maternidad como institución supone un control patriarcal sobre ellas.

Bajo cualquier postura, lo que pacíficamente se acepta es que hasta la actualidad cuando de hijos se trata, se le ha dado mayor relevancia y representatividad al rol materno que al paterno. Siendo lo tradicional que, en la mayoría de las culturas la responsabilidad sobre los hijos se vea como parte de la subjetividad femenina.

En cuanto a ello, como menciono al inicio de este trabajo y lo reitero para los propósitos del presente apartado, aun cuando no me adscribo al movimiento feminista en ninguna de sus corrientes, lo cierto es que han logrado poner sobre la mesa la discusión de tópicos relevantes para el presente trabajo. En estricto, mi postura se asienta esencialmente en la protección de la mujer como sujeto de derecho, a fin de que goce materialmente de las mismas garantías y derechos que sus pares varones.

Siguiendo esta línea, considero que tanto la madre como el padre comparten responsabilidades respecto a sus hijos. Sin perjuicio de ello, reconozco a su vez que las mujeres por temas estrictamente biológicos tienen la capacidad de asumir un rol diferenciado al de los varones en cuanto a las primeras etapas de vida de sus hijos, como lo es la gestación y la lactancia. Lo que no excluye que ellos como padres asuman también responsabilidades de otra índole durante dichas etapas.

Ahora bien, mi propuesta de incorporación de la circunstancia atenuante específica de la *burrier* como “madre gestante, lactante o con niños menores de edad” no pretende marcar diferencias en cuanto a las responsabilidades parentales. Lejos de las posturas ideológicas sobre el tema, esta propuesta responde a que existe un perfil característico de las mujeres *burriers*, tal como lo señalo en el primer capítulo de esta investigación.

La mayoría de ellas son madres que han decidido cumplir con sus responsabilidades maternas y contextualmente lo hacen solas, pues sus parejas no han asumido el rol paterno que les corresponde (Anitua y Picco, 2012). Esta realidad no es exclusiva de nuestra región, es el caso de Europa donde Meza muestra que se comparte una realidad similar, dado que el 85% de mujeres *burriers* también son madres solteras (2018).

Resulta importante enfatizar que, para analizar esta circunstancia atenuante específica se debe vincular la condición de las *burriers* madres solteras con su situación económica, pues según Corda (2011) es difícil para ellas hacerse

responsables de sus menores hijos, sus necesidades y su hogar en general; debido a la deficiente situación económica en la que se encuentran.

Al reflexionar sobre este punto, debe considerarse que estas mujeres asumen doble responsabilidad respecto a sus hijos, esto es, la proveniente de su rol materno que han decidido ejercer y al mismo tiempo el rol paterno. Esto supone que en sus casos no exista división de gastos, compartimiento de responsabilidades en la crianza y el tiempo que ello supone, entre otros.

Además de ello, debe considerarse que el acceso de las mujeres a un empleo es menor que el de los varones y si tienen hijos a su cargo, tal acceso es nulo o muy limitado (Sapriza y Folle, 2016); y de ser el caso que accedan a uno, se ha identificado que estas *burriers* en muchos casos tuvieron trabajos informales mal pagados y poco valorados (Anitua y Picco, 2012) o se dedicaron al trabajo sexual, de modo que su responsabilidad maternal acentuó su situación de pobreza (Fernández, Lindley et al, 2023).

Así pues, la *burrier* tiene “posición de proveedora del hogar para suplir a sus hijos y a las personas que dependen de ellas para las condiciones básicas de vida” (Uprimny, Martínez et. al, 2016, p. 23), y si sus hijos atraviesan enfermedades, la necesidad económica es mucho más apremiante.

A las características anotadas hasta este punto es preciso agregar que, de acuerdo con Boiteux (2015) y Constant (2016) en América Latina las *burriers* se convirtieron en madres durante la adolescencia o adultez temprana, lo que endureció sus trayectorias de vida y en lugar de acercarlas a los sistemas de protección (familiar, social o judicial), las terminaron orillando hacia la ilegalidad; es decir, la maternidad asumida en condiciones económicas deficientes es un factor etiológico importante de la criminalidad femenina (Fernández, Lindley et al, 2023, p. 6).

Básicamente, ellas buscan sobrevivir ya que contextualmente se han convertido en las responsables de sus hogares y de la manutención de sus hijos, sin que cuenten con la preparación educativa necesaria ni empleo formal, de nivel

socioeconómico bajo en situación de pobreza e indigencia (De la Rosa - Rodríguez y Cortés-Pérez, 2021). El Instituto Peruano de Economía en marzo de este año publicó en su portal web sobre la precariedad laboral de las mujeres:

“Ello responde, en buena parte, a la carga de trabajo doméstico y cuidado de los hijos que recae especialmente sobre las mujeres. Por ende, tienden a recurrir a empleos con horarios y tareas flexibles que les permitan cumplir las tareas domésticas. Casi la mitad (47%) de las trabajadoras peruanas laboraba menos de 40 horas por semana, mucho más que en el caso de los hombres (28%). Asimismo, la proporción de mujeres que realizan trabajos no remunerados es el doble que la de hombres, mientras que la proporción de trabajadoras del hogar es 20 veces mayor.

(...)

Así las cosas, asumiendo el ritmo promedio de crecimiento de los ingresos de los 15 años previos a la pandemia (2004-2019), el IPE estima que la brecha salarial se cerraría recién en el 2074 (IPE, 2024)”.

Es preciso mencionar que, la sola condición de pobreza es un factor determinante para la evolución del delito en una sociedad, razón por la cual en los lugares con mayores índices de pobreza se registra mayor cantidad de delitos patrimoniales o conexos que generan réditos económicos. Debido a la feminización de la pobreza, las redes de drogas constituyen para las mujeres una forma accesible y rápida de obtener ingresos (Alfredo, 2023). Sin embargo, para algunos ordenamientos como el español, la condición de pobreza como tal no constituye un factor que exima de forma completa o incompleta la pena<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Se verifica que en la STS 1308/2011, de 10 de marzo de 2011 se estableció que “el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisario, por muy agobiante que sea este problema; de ahí que la jurisprudencia de esta Sala haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico, ya que es tanta la incidencia negativa que provoca en nuestra sociedad a todos los niveles (personal, familiar, etc.), que hace difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la difusión de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica por muy evidente y grave que ésta sea”.

Sin perjuicio de ello, como menciono en el primer capítulo de este trabajo, los delitos de tráfico ilícito de droga y en estricto el de *burrier* compatibiliza con la responsabilidad materna de estas mujeres quienes requieren dinero para solventar las necesidades de sus hijos, el cual es un aspecto determinante para la configuración de esta circunstancia atenuante específica, aunado a que su “trabajo” les permite atender y ejercer la crianza correspondiente de sus hijos ya que no tienen apoyo del padre u otros parientes.

Por si estos “beneficios” no fueran pocos, aun cuando se trate de un trabajo ilegal, la ganancia que las mujeres obtienen como resultado de su actuar delictivo les brinda autonomía económica suficiente que no lograron hallar a través de los medios legales; y, con ello, la esperanza de brindarles mejor calidad de vida a sus hijos y sentimiento de que sus pares varones las respetan, lo cual les permite sanar frente a la violencia, abandono y precariedad en la que vivieron (Fernández, Lindley et al, 2023, p. 19).

Por lo anotado, las mujeres *burriers* ameritan una protección diferenciada por parte del ordenamiento peruano, pues su involucramiento en el delito del tráfico ilícito de drogas atiende al rol materno que decidieron – o se vieron obligadas a – asumir bajo las siguientes condiciones desfavorables: **i)** Soltera y/o si viven con su pareja, esta no asume su rol parental; **ii)** En una situación económica deficiente; y, **iii)** Con restricciones para acceder a un trabajo debido al rol que debe cumplir frente a su hijo. En tal sentido, estos son los elementos que deben verificarse en cada caso en concreto para aplicar esta circunstancia atenuante específica.

Probablemente uno de los principales cuestionamientos a esta propuesta sea lo concerniente a la revictimización de las *burriers* o la réplica de estereotipos de género, al incorporar su condición de madre. Sobre todo, porque sobre su base se propone determinar una reducción punitiva, lo que podría malinterpretarse como la perpetuación de la imagen de la “mujer víctima”, pese a encontrarse involucrada como sujeto activo.

Al respecto, mi postura se encuentra lejos de esta lógica; por el contrario, mi propósito es mostrar la etiología criminal femenina en este delito, dado que Jenna (2014) observó que al momento de juzgar y sentenciar a las *burriers*, tal condición no es tomada en cuenta cuando esta precisamente las va a diferenciar de sus pares varones.

Asimismo, considero adecuado limitar los alcances normativos de esta circunstancia a la condición de la *burrier* como madre “gestante, lactante o con niños menores de edad”, en atención a que los cuidados maternos varían a través de los años y justifican que ellas se orillen a cometer el delito, sobre todo cuanto más pequeños son sus hijos pues requieren mayor atención y cuidado que no compatibiliza normalmente con los horarios de trabajos formales o informales, sumado a los gastos urgentes que se deben cubrir en esas etapas.

Con relación a las madres gestantes es preciso mencionar que, el acceso a un trabajo formal es muy restringido y a nivel mundial se lucha contra la discriminación laboral por razón de la maternidad. De ahí que, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 3 y 103 estén orientados a la prevención del despido de las mujeres durante su licencia por maternidad.

Sobre este tema, el Instituto Peruano de Economía en su portal Web mencionó en “un reciente estudio de la Universidad de Princeton y la Escuela de Economía de Londres, la mitad de esta brecha se explica por la existencia de una “penalidad por maternidad”. Es decir, una proporción importante de trabajadoras que se convierten en madres dejan sus empleos para cuidar a sus hijos y las tareas domésticas” (2024).

Con base a lo señalado, se aprecia la especial situación en la que se hallan las mujeres gestantes y que las motiva a cometer el delito de tráfico ilícito de drogas. Sumado a que, la necesidad económica para brindar un mejor futuro a sus hijos ha provocado que muchas veces las *burriers* expongan su salud y bienestar para lograr su cometido; por ejemplo, cuando la *burrier* gestante ingiere cápsulas con drogas para transportarlas con el conocimiento de que por su estado no pasará los controles requeridos y probablemente no será descubierta.

Ciertamente ello le da mayores oportunidades de lograr exitosamente llevar la droga hacia el lugar solicitado y recibir el pago ofrecido, pero a su vez pone en riesgo no solo su vida sino la de su hijo, pues si una de tales cápsulas se rompe en su interior podría causarles la muerte a ambos.

El riesgo que asumen las *burriers* al exponer la vida de sus hijos supone un sufrimiento adicional para ellas, aspecto del que no padecen sus pares varones; por tanto, desde un análisis de género se trata de un tipo de sufrimiento específico por su condición de mujer gestante.

Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, dado el fuego cruzado que se suscitó dentro del establecimiento penitenciario donde se hallaban recluidas mujeres involucradas por el delito de terrorismo, momento en el que algunas embarazadas tuvieron que arrastrarse por el suelo sobre sus vientres para lograr ponerse a buen recaudo. En ese caso, la citada Corte concluyó lo siguiente:

“Las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional, ya que además de haber visto lesionada su propia integridad física, **padecieron sentimientos de angustia, desesperación y miedo por el peligro que corría la vida de sus hijos**” [énfasis agregado] (párr. 292).

Como punto adicional para una investigación más amplia sobre el tema, la UNODC y el Ministerio de Justicia y Derecho del Gobierno de Colombia en la investigación conjunta que realizaron sobre la participación de la mujeres en la cadena de valor del narcotráfico, identificaron otras situaciones que afectan particularmente a las mujeres gestantes colocando su vida en peligro – más allá de su papel de *burrier* – como, por ejemplo, en las actividades de cultivo de cocaína. Pues, cuando estas mujeres están embarazadas y deben manejar los químicos de la fumigación, se vio que no solo ellas veían dañada su salud sino también la del bebé, siendo incluso que algunas llegaron a abortar (2018, p. 25).

En cuanto a las *burriers* que son madres lactantes se encuentran igualmente en una posición similar que las gestantes, ya que ellas son las únicas que biológicamente pueden alimentar a sus hijos mediante la leche materna, resultando difícil su acceso a trabajos formales o informales con buenos pagos.

A diferencia de otras mujeres profesionales y de clase social media o alta, las que se encuentran en condición de pobreza o pobreza extrema no pueden dejar a los lactantes en casa para buscar un trabajo adecuado, ya que su único medio de alimentación es la leche materna o sucedáneos. En el primer caso, para que la leche materna se mantenga en buen estado se requiere de refrigeración, aspecto con el que no cuentan las mujeres en condición de pobreza; mientras que, los sucedáneos de leche materna (también conocidos como la leche en fórmula) generan costos altos que no pueden cubrir.

Así pues, el Ministerio de Salud mediante una nota de prensa en el 2005 dio a conocer que el costo que genera el uso de fórmulas infantiles – dependiendo de la marca que se use – oscila por lo menos entre S/720 a S/967 durante los seis primeros meses, tiempo mínimo en el cual el recién nacido se alimenta exclusivamente de ello ya que no puede deglutir otro tipo de alimentos.

Asimismo, la citada institución basada en un informe del Cepren/Red Peruana de Lactancia Materna señaló que, en el caso de uso de leche de tarro en seis meses el gasto es de S/. 360, tomando como referencia que el menor utilice dos tarros al día (medida usual). Por lo que, concluyen que la lactancia materna exclusiva además de ser la mejor forma de alimentación del menor supone un ahorro para las familias.

Finalmente, a las *burriers* que son madres con hijos menores de edad no se ha consignado un rango etario específico, ya que en cada caso particular el juez debe interpretar esta circunstancia bajo una línea similar a la de los dos supuestos anteriores. Es decir, deberá valorarse como tal a los supuestos en que su hijo menor de edad requiera aún de cuidados por parte de ella, que no le permitan dejarlo solo o a cargo de otra persona para que pueda insertarse en algún trabajo legal.

En suma, niños en sus primeros años de vida que necesitan de una asistencia específica, la cual se va disipando a medida que dichos menores se acercan a la adolescencia, pues pueden realizar sus actividades básicas por sí mismos como comer por ellos mismos, bañarse, ir al colegio, entre otros.

Si bien se han verificado casos de madres con hijos adolescentes o mayores de edad, quienes se han insertado en la red de drogas para cubrir sus gastos universitarios, considero que no corresponde que se aplique esta circunstancia atenuante específica ya que gastos de tal índole no afectan la supervivencia de ella como proveedora del hogar, ni la de su hijo quien es mayor y ya no depende biológicamente de su madre (como en el caso de la gestación y lactancia), ni requiere de cuidados especiales (como durante los primeros años de crianza) que impidan que tanto su madre como él puedan acceder a trabajos formales o informales para solventar estos gastos.

De igual manera, aquellas madres con hijos adolescentes que viven con discapacidad y dependen de su cuidado tampoco configuran esta circunstancia atenuante específica, sino que se le aplicaría la circunstancia que se analizará a continuación por un tema de especialidad, esto es: de mujer jefa de hogar y/o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad.

Por otra parte, a continuación analizo el impacto que esta circunstancia atenuante específica tendría en la determinación judicial de la pena. Si bien no se cuentan con estadísticas del total de mujeres *burriers* que son madres dentro y fuera del penal, a partir de diversos estudios cuantitativos mencionados en este apartado se conoce que la gran mayoría de *burriers* son madres, y aunque se desconoce el rango etario de sus hijos es posible inferir a partir de sus declaraciones de que son menores en las primeras etapas de su vida. Lo que permite concluir que, esta circunstancia será ampliamente aplicada en sus casos siempre que cumplan con los alcances normativos desarrollados.

En cuanto al impacto en la realidad penitenciaria, la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N.º 002-2023-DP/ANA mostró cifras generales sobre la Población Penitenciaria femenina, es decir, no solo la que se encuentra encarcelada por el delito de tráfico ilícito de drogas. Aun así, nos permite apreciar la realidad de este grupo. Así pues, dicha institución señaló que a septiembre del 2023 se conoció que del total de 4779 mujeres encarceladas, 3669 manifestaron ser madres, es decir, el 76,8% del grupo. De tal cantidad, solo 110 vivían con sus hijos en los establecimientos penitenciarios, esto es el 3 %. Por su parte, el Instituto Nacional Penitenciario en su informe de julio de 2024 señaló que del total de 5129 mujeres encarceladas, solo 134 mujeres que eran madres vivían con hijos intramuros (INPE, 2024), esto es, el 2,61%.

Conviene resaltar que, a las mujeres a quienes se les permite tener niños en la cárcel son aquellas que ingresaron embarazadas y dieron a luz dentro del penal, o se embarazaron durante el tiempo de su encarcelamiento pues tienen permitido la visita íntima o solicitaron el ingreso de sus hijos para que puedan cuidarlos dentro del penal (Defensoría del Pueblo, 2020, p. 18).

Además, por mandato legal los menores intramuros solo pueden tener entre 0 hasta los 3 años (artículo 12 del Reglamento del Código de Ejecución Penal). De forma que, pese a que cerca del 80% de las mujeres encarceladas son madres, menos del 3% de ellas pueden vivir con sus hijos ya sea porque no cumplen con el rango etario señalado o debido a la falta de capacidad e infraestructura de los penales, que no pueden albergar gran cantidad de menores.

Por ende, muchas de ellas sufren la separación de sus menores hijos, lo cual no solo implica un lazo afectivo que bien podría asimilarse al de sus pares varones, quienes igualmente dejan a sus menores hijos cuando ingresan a los penales. Sino que, cuando se trata de menores en etapa de lactancia o en las primeras etapas de su vida, las consecuencias también lo sufren ellos. Además, si se considera que muchas *burriers* son madres solteras y no tienen el apoyo de familiares cercanos, muchos de estos niños pueden ser enviados a albergues o se quedan con terceros, sin ver a sus madres durante un largo tiempo dada las largas penas por tráfico ilícito de drogas.

En resumen, la incorporación de la condición de la *burrier* como “madre gestante, lactante o con niños menores de edad” es adecuada por los argumentos expuestos.

### **3.2. Mujer jefa de hogar y/o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad**

El segundo supuesto de la circunstancia atenuante específica que propongo es la condición de la *burrier* como mujer jefa de hogar y/o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad.

**Artículo 298 del Código Penal.-** *Formas atenuadas de elaboración, comercialización y posesión*

*La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando:  
(...)*

**4. (...)** *O si es una mujer jefa de hogar o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad. Siempre que se compruebe que su situación económica familiar es precaria, de modo que afecta a quienes dependen de ella, y tal condición de marginalidad influyó su conducta punible. (...)*

La justificación normativa del segundo supuesto de esta circunstancia es bastante similar al del supuesto anterior, en el sentido de que no se aplica a cualquier mujer que se encuentre meramente en dicha situación sino que confluyen características que orillan a las mujeres a cometer el delito de tráfico ilícito de drogas.

Para mayor abundamiento sobre este aspecto, se tiene a Constant quien asevera que, pese a su precaria condición económica, muchas mujeres *burriers* fueron proveedoras en su hogar, no solo para cubrir las necesidades de sus hijos

sino también de otros familiares. Esta situación el autor la resume de la siguiente forma:

“Ellas son en promedio más pobres, menos empleadas y menos remuneradas que los hombres (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 2016), por mencionar solo algunos de los tipos de desigualdad que las afectan. Así, la comercialización de cocaína a distintas escalas representa, para muchas, la oportunidad de conseguir un ingreso o un complemento de ingreso (Aguirre Salas, 2021) **sustancial para enfrentar sus necesidades personales, las de su entorno y muchas veces para asegurar la sobrevivencia y el cuidado de sus hijxs y familiares**” [énfasis agregado] (2021, p. 25)

Es más, la investigación realizada por Corda (2011) muestra que las mujeres encarceladas, en su mayoría, eran mujeres a cargo económicamente de sus familias, además que no necesariamente eran *burriers* sino que solían vender en su localidad (microcomercialización), siendo que ello les permitía paliar las necesidades económicas que sufrían.

En el mismo sentido, Uprimny, Martínez et al. (2016) coincidieron en que muchas mujeres son cabezas de hogar debiendo cumplir con sostener en general a familiares que dependan de ellas por encontrarse en situación de vulnerabilidad, como pueden ser niños – no necesariamente sus hijos, ya que tal supuesto se analizó en el punto anterior –, adultos mayores o algún familiar con discapacidad; siendo este perfil común a otras latitudes no solo en Perú. Considerando que deben mantener a sus dependientes, con poca o nula escolaridad y falta de oportunidades laborales, entonces básicamente actúan criminalmente por necesidad (UNODC y MINJUSTICIA, 2018, p. 23). Además, “es importante destacar que la carencia material se entrecruza con la carencia afectiva, producto de la negligencia, el abandono y la violencia de sus entornos familiares y de pareja” (Fernández, Lindley et al, 2023, p. 18).

Si bien, dentro del hogar las responsabilidades debieran ser compartidas en igual proporción entre varón y mujer, lo cierto es que los índices (Sinatra, 2020) revelan que los varones en posición de esposos o padres de las *burriers* se sustrajeron de sus responsabilidades, razón por la cual ellas asumieron enteramente el rol de cabeza de familia y cuidadoras de familiares en situación de vulnerabilidad, lo que en esencia se trata de una doble labor. Por tanto, el mercado de drogas es una opción viable para obtener recursos económicos de forma rápida y compatible con el rol que asumieron o no voluntariamente.

Por ello la importancia de incorporar esta circunstancia atenuante específica, pues a diferencia de la anterior esta abarca todos los supuestos en que un miembro femenino de la familia asume el rol de proveedora y/o se ocupa del cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad. Es decir, pese a que la responsabilidad es compartida con sus pares varones, ellas deben asumirlo solas en condición de precariedad económica aunado al limitado acceso al mercado laboral y el rol de cuidadora que debe cumplir.

La casuística de esta circunstancia atenuante específica recae, por ejemplo, en el caso de hermanas mayores que se quedan al cuidado de sus hermanos menores y madre, hijas que tienen a su cargo padres o familiares con discapacidad o adultos mayores que no pueden valerse por sí mismos.

Del mismo modo, se tiene el caso de mujeres que sí conviven con sus parejas o padres, quienes no asumen la responsabilidad familiar que le corresponde y exponen al peligro a su familia o parientes dependientes en situación de vulnerabilidad, razón por la cual a estas mujeres les corresponde asumir la responsabilidad de ellos también ante la ausencia de dicha figura en el hogar.

Este último caso es comúnmente visto en casos de violencia familiar en los que la pareja o padre trabaja para satisfacer sus propias necesidades (bebida, relaciones extramatrimoniales, vicios) y se desentiende de sus obligaciones, de forma que bien su pareja, hija o nietas deben ocuparse de la situación económica de la familia. También ocurre cuando estos rechazan a la persona dependiente en situación de vulnerabilidad, como el padre que considera a su hijo o familiar

con discapacidad como una carga familiar e igualmente se desliga de sus obligaciones.

En cuanto a las personas en situación de vulnerabilidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Furlan vs. Argentina* estableció que toda persona que se encuentre en tal situación es titular de una protección especial, lo que no implica que el Estado “se abstenga de violar derechos sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra, como la discapacidad” (párr. 134).

De ahí la relevancia de incorporar esta circunstancia, ya que la encarcelación de estas mujeres también recae sobre los terceros dependientes de ellas, más aún si se encuentran en situación de vulnerabilidad y si precisamente el motivo por el que delinquieron fue su apremiante necesidad económica de su cuidado.

Resulta interesante comentar que en otros ordenamientos como el argentino, se ha dispuesto desde el 2009 la prisión domiciliaria para las mujeres con personas con discapacidad a su cargo, pero no tuvo un éxito real en su aplicación ya que los jueces denegaron el pedido de las mujeres traficantes con el argumento de que regresaran al lugar donde se habían dedicado a la venta (Giacomello, 2013). Aunque se trata de una modalidad delictiva distinta al de las *burriers*, su aplicación es posible a estas ya que el narcomenudeo igualmente permite obtener dinero rápido, cumplir con los deberes de proveedoras y cuidadoras del hogar sin salir de su domicilio.

Adicionalmente, es importante mencionar que en este segundo supuesto de la circunstancia atenuante específica también es posible subsumir el caso de las madres con hijos mayores de edad que tienen discapacidad, ya que la circunstancia de ser madre gestante, lactante o de menores de edad no se ajusta a las razones por las cuales se insertó en las redes de drogas. Si se diera el caso de que una madre tiene un hijo menor de edad con discapacidad, igualmente es aplicable esta circunstancia.

En el caso de este segundo supuesto anteriormente señalado, considero importante atender a lo evidenciado por el Informe Defensorial N.º 002-2023-DP/ANA del 2023, en el cual la Defensoría del Pueblo señaló que, las internas a nivel nacional manifestaron tener hijos con discapacidad. De los 5 109 niños, niñas y adolescentes, es decir, es el total de hijos de las internas que no vivían con ellas necesariamente dentro del penal, 141 tendrían una discapacidad de tipo mental, intelectual o sensorial. En tal informe, la Defensoría del Pueblo expresó que se conoció solo de 3 casos de niños con discapacidad que vivían dentro del penal con sus madres, lo que representa el 2,13%.

En ese sentido, se tiene una población equivalente al 98% aproximadamente de personas con discapacidad que dependen de las *burriers*, cuyos casos no son atendidos y que muestra la necesidad de que esta circunstancia empiece a valorarse judicialmente al momento de la imposición de la pena, siempre que se cumpla con los alcances desarrollados en este apartado.

### **3.3. Nivel bajo de actuación del sujeto dentro de la red de drogas**

La segunda circunstancia atenuante específica que propongo está referida al nivel bajo de actuación del sujeto dentro de la red de drogas.

**Artículo 298 del Código Penal.-** *Formas atenuadas de elaboración, comercialización y posesión*

*La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando: (...)*

**5. La actuación del sujeto dentro de la red de drogas está en un nivel bajo.**

En cuanto al alcance normativo de esta circunstancia, Giacomello (2013) opina que las redes de drogas están estructuradas con valores machistas en el que esencialmente predomina el liderazgo masculino y, aunque existe presencia femenina en posiciones de poder, esta es mínima siendo que porcentualmente

las mujeres se han ubicado en el último eslabón de estas redes, esto es: una posición secundaria y desechable para ellos, siendo fácilmente reemplazables.

En el mismo sentido, la UNODC y el Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia aseguraron que dentro del narcotráfico se da una asignación desigual de roles y beneficios, siendo la mujer el eslabón más bajo y débil de esta economía ilegal (2018).

Es más, para Giacomello la captura de las *burriers* no solo se debe a que son el brazo más visible de las redes de drogas, sino que incluso estas son expuestas por tales organizaciones ya que “suelen coordinar el envío de varias personas en un mismo vuelo, puesto que algunas serán sacrificadas, es decir, denunciadas anónimamente a las autoridades, para permitir el tránsito de las otras” (2013, p. 9), y reitera que su encarcelamiento no afecta a la organización de la red misma.

Lo que ha generado que algunos autores cuestionen el accionar de la justicia al enfocarse en la persecución del eslabón más débil que no repercute de forma alguna en la estructura de la red de drogas, pues gran parte del dinero se queda en los niveles intermedios ni siquiera en los más altos pues si los líderes de estas organizaciones son descubiertos también son reemplazados inmediatamente (Soberón, 2008).

Como quiera que las *burriers* no actúan vinculadas a tales organizaciones, ya que a lo más conocen a una o un par de personas integrantes de la misma con quienes coordinan lo relativo al transporte de la droga, pago y otros; entonces su conducta delictiva atiende más a una estrategia individual de supervivencia que a mantener a la red de drogas en sí misma (Malcalza, 2017). Muchas de ellas actúan una sola vez y otras un par de veces más, básicamente como contratadas y pagadas por los mandos superiores, pero sin intervenir o afectar su estructura.

En vista de ello, considero necesario introducir esta circunstancia atenuante específica sobre el nivel bajo de actuación del sujeto dentro de la red de drogas. Si bien el órgano jurisdiccional en atención a la lesividad del comportamiento

(menor gravedad del hecho y menor reproche del mismo) está facultado a imponer una pena proporcionalmente menor (Lascurain, 1998) a la de otros miembros de la red, lo cierto es que a esta no se aplica ningún criterio que permita identificar el nivel de involucramiento de las *burriers* en el delito de tráfico ilícito de drogas.

Ni tampoco se ha verificado realmente que el arresto y largo encarcelamiento de las mujeres del eslabón más bajo de la red de drogas tengan algún efecto sobre la prevención general negativa del delito. Más bien, ellas ponen en riesgo su vida e integridad física cuando deben ingerir las cápsulas con droga para lograr transportarlas.

Sumado a ello Acale explica que, el tráfico de drogas a pequeña escala no requiere gran destreza por parte de la *burrier* y que el transporte se logra concretar depende básicamente del “azar” o a la “suerte”, es decir, de que la operación no sea detectada por la policía. Estas características motivan a las mujeres a optar por esta actividad delictiva (2011, p. 19), con lo cual se protege a otros trabajadores más valorados como lo son los varones (Constant, 2021). En ese tenor, esta circunstancia atenuante específica permitirá la reducción de la pena de estas mujeres para que resulte más proporcional a su actuación delictiva en la red de tráfico, esto es, constituir el mínimo eslabón.

El impacto que tendría esta circunstancia atenuante específica es favorable, ya que una característica común de las *burriers* es precisamente su poco involucramiento en las redes, siendo que esta circunstancia es aplicable en conjunto con cualquiera de las dos anteriores detalladas.

Por último, es importante anotar que si bien esta circunstancia se formula pensando en las mujeres *burriers*, pues un número importante de mujeres dedicadas al tráfico ilícito de drogas participan en esta modalidad que supone el eslabón más bajo de las redes de drogas. Pueden ocurrir casos en que, a pesar de que los varones tienen posibilidad de acceder a mejores posiciones dentro de las mismas redes, existe un grupo que por su condición de pobreza participan en este último eslabón lo cual también configura una situación de vulnerabilidad.

Por lo que, la aplicación de esta circunstancia no es restrictiva a las mujeres, más aún porque en esencia su configuración atañe a un tema de proporcionalidad de la pena en atención al hecho cometido. Pero reiteramos que sería posible su configuración en el caso de los varones siempre y cuando se verifique que lo hizo por el estado vulnerable en el que se encontraba, mas no ahondaremos en ello porque no es el tema de discusión de este trabajo.

Por el contrario, de la información constatada en la presente investigación se aprecia que muchos varones han participado en los actos de transporte de drogas junto con mujeres *burriers*, pero ellos han desempeñado el papel de “cuidadores” de ellas, es decir, vigilan de que efectivamente cumplan con el transporte de la droga y, de ser el caso, mantengan el estado de amenaza o coacción hasta que cumplan con lo requerido. De igual manera, se aprecia el supuesto en que sus pares varones participan del “engaño amoroso” hacia estas mujeres, para que realicen lo que les ordenan. De manera que, amerita un análisis particular para este caso.

Sin perjuicio de lo anotado, aun cuando esta circunstancia no logre su introducción al Código Penal, ciertamente exhorto a que en estos casos se analice cuidadosamente el comportamiento de las *burriers*. En tal sentido, al verificarse su grado de intervención en la red criminal que las contrató, el grado de reprochabilidad expresado a través de la pena debe ser menor al de sus pares varones con roles más representativos dentro de la red de drogas, lo cual necesariamente incide en la proporcionalidad de la pena a imponerse.

#### **4. Supuestos de inaplicación de las propuestas formuladas en este capítulo**

Al inicio del presente capítulo, postulé mi propuesta para incorporar la perspectiva de género en el marco normativo sobre la determinación judicial de la pena de las mujeres *burriers*. Así pues, a lo largo del capítulo explico que tal propuesta tenía dos aristas para que la perspectiva de género pueda aplicarse con efectividad: la primera de reinterpretación de algunos dispositivos legales conforme con la perspectiva de género, y la segunda de modificación legislativa

por cuanto se requiere que el marco normativo existente se complemente con otros dispositivos nuevos.

Ahora bien, en ambas aristas de mi propuesta he detallado los criterios que postulo, sus alcances legislativos y su incidencia en la realidad peruana. Después de tal desarrollo, considero que en este apartado corresponde que culmine la formulación de mi propuesta analizando los supuestos de inaplicación. Es decir, aquellos casos en los que formalmente se cumpla con el supuesto descrito en la norma, pero que materialmente se verifique que no es necesario un análisis diferenciado de la pena de las mujeres *burriers* conforme a una perspectiva de género.

#### **4.1. Respecto a los criterios generales de interpretación de la determinación judicial de la pena**

Con relación al artículo 45 del Código Penal formule dos propuestas. La primera de reinterpretación de “las carencias sociales que hubiese sufrido el agente” y la segunda fue una propuesta de modificación legislativa de la “situación de vulnerabilidad” del agente. De ahí que, el texto legal modificado debería ser el siguiente:

***Artículo 45 del Código Penal.- Presupuestos para fundamentar y determinar la pena***

*El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:*

*a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad. Así como su situación de vulnerabilidad, siempre que esta hubiera influido para la comisión del delito materia de condena. (...)*

Tal como lo mencioné en su momento, el artículo 45 del Código Penal fue formulado sobre la base del principio de co-culpabilidad pues se reconoce que no todas las personas tuvieron las mismas condiciones socio culturales para actuar conforme a derecho, de ahí que es preciso tener este aspecto en cuenta al momento de fijar la pena a aquellas que pasaron condiciones menos favorables.

Ahora bien, de acuerdo con el análisis que realicé en el punto 1.1. del presente capítulo sobre este criterio, concluí que un contexto socio cultural desfavorable que sufren varones y mujeres *burriers*, puede resultar más incisivo y adverso para ellas en determinadas circunstancias.

Por la razón anotada, en mi propuesta de reinterpretación conforme a una perspectiva de género, postulo que el órgano jurisdiccional debe considerar la situación de alta precariedad de las mujeres que provengan del rol que asumen como madres (gestantes, lactantes o con niños menores) o jefas de hogar (con terceros dependientes de ellas, incluidos aquellos que se encuentran también en una situación de vulnerabilidad), sumado a los índices de desempleo y de subempleo de acuerdo en la zona en la que vivan, y demás circunstancias debidamente acreditadas que coadyuven a demostrar carencias sociales específicas para ellas o que sean iguales a las de sus pares varones, pero que las afecte en mayor medida por ser mujeres.

Sin embargo, en este apartado es relevante establecer los supuestos de inaplicación de esta reinterpretación. En principio, es claro que el que una *burrier* sea mujer conlleva al órgano jurisdiccional a que verifique si en su caso será necesario o no la aplicación de una perspectiva de género. Pero, su sola condición biológica no determina tal aplicación. En su lugar, para el análisis de este criterio, es preciso verificar si las circunstancias adversas antes mencionadas motivaron realmente su conducta contraria a derecho.

Así pues, nuestro país es uno con alto índice de pobreza monetaria la cual ha ido en aumento en los últimos años (INEI, 2024) situación que afecta especialmente a las mujeres, pero no es posible considerar esta conclusión

como una totalizante sino más bien una premisa de la cual partir y que debe comprobarse en cada caso en concreto.

Evidencio lo señalado a través del ejemplo indicado en el capítulo 2 del presente trabajo, donde evidencio casos en los que las mujeres *burriers* provenían de zonas marginales del país y no tenían apoyo de sus parejas, siendo madres solteras con más de un hijo. No obstante, no todos los casos eran iguales; por el contrario, algunas tenían el apoyo de otros familiares, incluso vivían en casas de sus padres o suegros, y tenían ingresos extras mediante trabajos informales o propios del alquiler del lugar de donde vivían.

Por supuesto que, la situación detallada en el párrafo anterior no implica que tales mujeres no hubieran estado en condición de pobreza o situación precaria, y los escasos ingresos frente a la propuesta dineraria de transportar droga es atractiva para cubrir los gastos provenientes de su rol de madre o jefa de hogar. Sin embargo, estos pueden ser analizados en la misma condición de sus pares varones, ya que las necesidades vinculadas a factores de género fueron compensadas por terceras personas.

Es decir, en el caso de una de ellas, sus suegros permitieron que se quede a vivir con ellos, ya que su hijo la había abandonado y no tenían una vivienda propia. En otro caso, la madre de una de las *burriers* le permitió alquilar un piso de su casa para cubrir, aunque sea sus gastos mínimos ya que no podía trabajar formalmente por tener una hija menor de edad que estaba totalmente a su cuidado.

En resumen, la situación de estas mujeres sigue siendo precaria, ya que probablemente percibían ingresos menores a los requeridos, pero la palabra clave en este análisis es “compensación”. Dado que, sin tal compensación su situación se acrecienta por su condición – por ejemplo – de madre soltera o con personas dependientes a su cargo. Pero después de tal compensación, la cual se realiza precisamente por estar asociada a tales factores de género, su situación de precariedad es la misma que las de sus pares varones. De forma que, en tales supuestos corresponde que el literal a) del artículo 45 del Código

Penal se aplique con normalidad, sin una reinterpretación desde una perspectiva de género.

Con relación a la modificación legislativa propuesta de que al citado dispositivo legal se agregue una parte *in fine* sobre la “situación de vulnerabilidad del agente”, conviene reiterar que mi propuesta se inspiró en la Ley N.º 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Tal norma evidentemente tutela a aquellas mujeres o víctimas indirectas como menores de edad, que se encuentren en una situación de vulnerabilidad.

Ahora bien, el supuesto de inaplicación de esta propuesta es que no basta la mera verificación de encontrarnos ante un hecho cometido por mujer en una situación de vulnerabilidad para su aplicación, sino que en la propuesta formulada se consignó cuidadosamente que se tendrá en cuenta su situación de vulnerabilidad “siempre que esta hubiera influido para la comisión del delito materia de condena”.

De forma que, bajo el pretexto de proteger a las mujeres en situación de vulnerabilidad, no es posible imponer como regla que se les fije una pena menor cuando se advierta en ellas cualquier causa de vulnerabilidad, pues finalmente la pena se define en atención a los hechos materia de condena. En otras palabras, si los hechos se cometieron sin la influencia de la vulnerabilidad con la que viva dicha mujer, entonces no amerita una lectura diferenciada a partir de la perspectiva de género.

#### **4.2. Respecto a las circunstancias atenuantes genéricas**

En cuanto al artículo 46 del Código Penal, mi propuesta contempla la reinterpretación de las circunstancias atenuantes genéricas de los literales d) y h) del inciso 1), y la formulación de dos circunstancias nuevas que se consignarían en los literales i) y j) del mismo dispositivo legal conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

**Artículo 46 del Código Penal.-** *Circunstancias de atenuación y agravación*

*1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: (...)*

*d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; (...)*

*h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible. (...)*

*i) Mujer que fuera influenciada por terceras personas para la comisión del delito mediante amenazas coercitivas. Siempre que se compruebe que, la amenaza causó especiales efectos sobre la mujer debido a su situación de vulnerabilidad;*

*j) Mujer que previamente fue víctima de violencia de género siendo esto lo que influenció la conducta punible.*

En este punto conviene reiterar que, el artículo 45 del Código Penal se trata de un dispositivo que contiene los criterios generales de interpretación de la determinación judicial de la pena. Por tanto, la función de este artículo es similar al Título Preliminar del Código Penal, pero aplicado específicamente al marco normativo de la determinación judicial de la pena. Por ello, su aplicación se proyecta a las circunstancias genéricas del artículo 46 del Código Penal y las específicas de los delitos previstos en el acotado Código o en normas especiales.

Por lo expuesto, estas circunstancias al ser reinterpretadas conforme a una perspectiva de género bajo los lineamientos que propuse en el segundo apartado de este capítulo requieren verificar si tales factores influenciaron a la *burrier* de forma diferenciada a la de sus pares varones para cometer el delito, y valorar conjuntamente la “compensación” a la que aludí anteriormente.

Así, se debe verificar lo siguiente en el supuesto de la **conurrencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible** derivadas de roles asignados a la *burrier* por cuestiones de género como el ser madre o jefa de hogar y su inaplicación con una perspectiva de género: el supuesto de hecho además de ser analizado bajo la circunstancia atenuante genérica del literal a) del inciso 1 del artículo 46 del Código Penal, también debe aplicarse en concordancia con el inciso a) del artículo 45 del referido cuerpo legal sobre las carencias sociales que hubiera sufrido la *burrier*.

Con todo ello, si se verifica que existió alguna situación de compensación para los roles que la *burrier* asumió como madre o jefa de hogar (dentro del ejemplo propuesto), no es necesario darle una lectura diferenciada a tal situación desde una perspectiva de género.

En esta línea interpretativa, se tiene el estudio de jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la República Argentina realizado por Paraboni (2023). Dicha autora expuso el caso Mamani en el que los jueces analizaron los motivos que llevaron a las dos mujeres a intervenir en el delito de drogas y concluyeron que pese a sus argumentos de que lo hicieron por una apremiante situación económica en su condición de madres solteras, ciertamente verificaron que en su caso que ambas recibían apoyo económico por parte del Estado por cada hijo para su cuidado, además que del análisis de su situación económica no se podía apreciar el estado apremiante que alegaban. De ahí que, aunque la defensa solicitó que su caso fuera analizado desde una perspectiva de género e incluso se analice un estado de necesidad exculpante, estas fueron juzgadas en las mismas condiciones que sus pares varones.

Por tanto, se reitera que la mera verificación del supuesto de hecho no amerita un análisis diferenciado desde una perspectiva de género.

En cuanto a la circunstancia atenuante genérica sobre la **edad de la burrier**, el supuesto de inaplicación se encuentra textualmente previsto en el inciso h) del artículo 46 del Código Penal cuando en su parte *in fine* establece que se considera la edad solo “en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible”.

Cabe precisar que, en mi propuesta de reinterpretación concebí a la edad como un factor a tener en cuenta dentro del historial de victimización de las mujeres *burriers*.

Si bien no fijé un rango etario específico, sí mencioné que el criterio de evaluación se debe relacionar con aquellas edades en que las mujeres se encuentren en mayor situación de vulnerabilidad. Esto es, mujeres que han sido madres adolescentes y cuando llegan a la mayoría de edad con hijos pequeños o recién nacidos, falta de escolarización y escasas oportunidades de trabajo, su edad las pone en una situación de mayor exposición a tales redes criminales.

En la misma situación se encuentran aquellas mujeres adultas mayores que, institucionalmente forman parte de un grupo vulnerable de manera que, igualmente la falta de oportunidades laborales para ellas, el abandono de familiares que las cuiden, permite que también sean blancos fáciles para tales redes ya que evocan socialmente una imagen de “fragilidad”.

En tales casos, el supuesto de inaplicación se encontrará en el hecho de que su captación no se hubiera debido a ello. Por ejemplo, en el caso de aquellas mujeres que forman parte de familias criminales y desde muy jóvenes las insertan en estas actividades ilícitas. Su edad en sí misma no ha sido el criterio relevante para la comisión del delito, sino básicamente su vinculación familiar. Por otra parte, aquellas mujeres que fueron captadas a través de anuncios falsos de trabajo, aun cuando sean jóvenes su inserción atiende más bien a la falta de oportunidades laborales.

Distinta es aquella situación en la que la red criminal de forma sistemática capta mujeres en edades muy jóvenes para el transporte de la droga por considerarlas blancos más fáciles. En este supuesto tenemos uno de los casos propuestos en el capítulo 2 donde se vio el caso de una mujer que fue captada para viajar a Italia en varias oportunidades, en las que no fue descubierta y vio cómo mujeres de edad y en situación vulnerable similar a las de ella eran todas recibidas por sus captadores en Italia, para luego ser enviadas con la droga a otros puntos.

Con lo cual, nuevamente se aclara que la edad debe tener alguna influencia con la comisión del delito y a su vez estar asociada a un factor de género, de lo contrario el análisis es el mismo que al de sus pares varones.

Con relación a las nuevas circunstancias atenuantes genéricas que formulo, los supuestos de inaplicación se encuentran textualmente previstos en la norma. Así pues, el literal i) del inciso 1 del artículo 46 del Código Penal que prevé el supuesto en que **una mujer que fuera influenciada por terceras personas para la comisión del delito mediante amenazas coercitivas**, a su vez limita su aplicación a “siempre que se compruebe que, la amenaza causó especiales efectos sobre la mujer debido a su situación de vulnerabilidad”.

En tal caso, el supuesto de inaplicación está esencialmente vinculado a la “comprobación” toda vez que, en los casos que se alega este supuesto solo se cuentan con las declaraciones de la *burrier*, pero se requiere su acreditación mediante mensajes de textos, llamadas telefónicas, *ovises*, entre otros.

Conforme a la postura narrada en los capítulos anteriores, el problema común que se suscita en la determinación judicial de la pena es la falta de actuación probatoria, siendo este supuesto esencial porque si se va a reducir la pena se requieren pruebas que sustenten la alegación de la defensa. De lo contrario, solo se trataría de una mera sospecha sin corroborantes sobre la situación en la que la *burrier* fue influenciada para cometer el delito.

En cuanto al estándar de prueba, considera que este debe ser menor al previsto jurisprudencial y doctrinalmente para establecer la condena, esto es, menor al de “más allá de toda duda razonable”. Como quiera que se trata de una circunstancia atenuante, entonces la rigurosidad del estándar es posible reducirlo como al de prueba preponderante.

Para afianzar mi postura, conviene señalar que Paraboni (2023) al analizar la jurisprudencia argentina expuso el caso Poblete Astete, en el que dos *burriers* fueron intervenidas cuando a bordo de un bus intentaban transportar droga escondida en sus cavidades vaginales, pero las lograron detener ante la alerta

de un denunciante anónimo varón. Entre los argumentos de la defensa se esbozó que ambas fueron víctimas de trata de personas, además solicitaron que su causa fuera analizada con una perspectiva de género en atención a su situación de vulnerabilidad por la precaria situación económica que atravesaban, la violencia previa que sufrieron, entre otros factores (una de ellas tenía tres hijos).

No obstante, los jueces señalaron en su caso que, en atención a los mensajes que ambas mujeres intercambiaron no se desprende que hubieran actuado bajo temor o coacción, por el contrario se verificó que constantemente realizaron viajes a otros países con presuntos fines ilícitos. Tampoco se verificó que su situación económica fuera tal que las hubiera determinado a cometer el delito. Aun cuando, el citado tribunal reconoció que las mujeres “representan el eslabón más vulnerable y expuesto de la cadena de tráfico de estupefacientes”, ratificaron su condena por el delito de tráfico ilícito de drogas en atención a los compromisos internacionales de prevenir y erradicar dicho delito (Paraboni, 2023, p. 81).

La última circunstancia genérica atenuante que analizo en este punto es la del literal j) del inciso 1 del artículo 46 del Código Penal que prevé el supuesto cuando la *burrier* es una **mujer que previamente fue víctima de violencia de género**. De acuerdo con la propuesta que formulé esta circunstancia contiene dos supuestos diferentes: **i)** Cuando las mujeres que son víctimas de violencia de género encuentran en la red de drogas una salida para la liberación del entorno violento e independencia económica; y, **ii)** Cuando la mujer víctima de violencia de género está tan sometida, que se ve involucrada en la red por presión de su pareja, padre o varón que la violenta.

La inaplicación de este extremo en ambos supuestos de la circunstancia se encuentra en la misma formulación legal, pues la última parte precisa lo siguiente: “siendo esto lo que influenció la conducta punible”. De manera que, no basta con verificar que la *burrier* es víctima de violencia de género sino que, con prueba directa o indiciaria, se pueda establecer que su condición de víctima la convirtió en sujeto activo debido a la situación que atravesaba.

Nuevamente, por tratarse de un supuesto personalísimo se requieren mínimamente pruebas como las testimoniales de familiares. Esto no es así en el caso de otras circunstancias menos personales como la condición de pobreza, con la cual es posible que el órgano jurisdiccional se guíe por indicadores sociales o reportes institucionales.

#### **4.3. Respecto a las circunstancias atenuantes específicas**

En cuanto a las circunstancias atenuantes específicas de los delitos de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 268 del Código Penal, la propuesta que formulo es solo de modificación legislativa. Tal como explico en el apartado 3 del presente capítulo, considero que es necesario agregar dos circunstancias nuevas:

***Artículo 298 del Código Penal.- Formas atenuadas de elaboración, comercialización y posesión***

*La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días-multa cuando: (...)*

***4. Se trate de una madre gestante, lactante o con niños menores de edad, quien es soltera o con una pareja que no asuma su rol paterno. O si es una mujer jefa de hogar o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad. Siempre que se compruebe que su situación económica familiar es precaria, de modo que afecta a quienes dependen de ella, y tal condición de marginalidad influyó su conducta punible.***

***Esta circunstancia es inaplicable si la mujer es reincidente y/o habitual de los delitos previstos en los artículos 296 al 298 del Código Penal, o si involucró a sus hijos en alguno de estos delitos, o si contra ella existe un proceso judicial en el que sus hijos sean los afectados;***

***5. La actuación del sujeto dentro de la red de drogas está en un nivel bajo. (...)***

Respecto al inciso 4 del artículo 268 del Código Penal su supuesto de inaplicación contiene especificaciones muy bien detalladas y descritas en el texto, a diferencia de las otras circunstancias formuladas. Así pues, señala que esta circunstancia es inaplicable si la mujer es reincidente y/o habitual de los delitos previstos en los artículos 296 al 298 del Código Penal, o si involucró a sus hijos en alguno de estos delitos o si contra ella existe un proceso judicial en el que sus hijos sean los afectados.

La razón por la cual coloqué como primer supuesto de inaplicación a la **reincidencia y/o habitualidad** por delitos de droga se debe a que, aun cuando resulte difícil la situación de las *burriers* como madres (gestantes, lactantes o con niños menores de edad) o mujer jefa de hogar o con responsabilidad de cuidado de familiares dependientes en condición de vulnerabilidad, aquello no puede ser justificación suficiente para que hagan del delito una forma de vida.

Además, desde una perspectiva preventiva general se advierte a las mujeres que, si deciden estar adscritas a las redes criminales no se volverá a considerar su situación de vulnerabilidad para disminuir la pena.

En este punto, ciertamente no soslayo la situación de que, una vez que pesa sobre ellas una sentencia condenatoria, el mercado laboral formal se vuelve más limitado y restrictivo de lo que ya era. Aun así, este problema no puede ser resuelto por la norma penal sino desde una política pública integral, tal como los programas del INPE que buscan que las mujeres encarceladas fomenten sus propios negocios, lo cual las ayudaría a resocializarse y reinsertarse a la sociedad mediante un trabajo con el cual sustentarse luego de su liberación. Aunque tales programas tienen sus limitaciones, considero importante mantener el supuesto de inaplicación aludido.

Por otra parte, tampoco se aplica esta circunstancia cuando se logra verificar que la *burrier* **involucró a sus hijos en alguno de los delitos de drogas**. Más bien, si lo instrumentaliza para la comisión del delito, el artículo 46-D del Código Penal regula dicho supuesto como una circunstancia agravante cualificada. De

modo que, la pena aumenta hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.

En cuanto a casos de laboratorio, se puede idear la situación de la *burrier* que decide tener más hijos para poder cometer libremente el delito de tráfico ilícito de drogas y salir bien librada. No obstante, como mencioné este supuesto se asemeja más a uno de laboratorio que a lo que sucede en la realidad. Ya que, uno de los principales motivos por el que ellas cometen el delito voluntariamente es por los réditos económicos, el cual no se ve compensado si la *burrier* tiene un menor solo para poder transportar droga.

En cuanto al supuesto de inaplicación de si **“contra ella existe un proceso judicial en el que sus hijos sean los afectados”** resulta claro que es incompatible que se le disminuya la pena a la *burrier* por su condición de madre y a su vez ella hubiera cometido algún acto en contra de sus hijos que fuera posible de ser judicializado, puesto que resulta incoherente con el rol que asegura que asume dentro de su hogar. Es decir, no solo un rol de proveedora sino también afectivo. De ahí que, no es posible sustentar bajo esta circunstancia cuando se tratan de *burriers* que en realidad solo tienen la condición biológica de madre y han atentado con los intereses de sus hijos, lo cual no es restrictivo al ámbito penal.

Es conveniente colocar un caso que conocí en mi experiencia judicial, el cual no puedo consignar oficialmente como parte de esta investigación ya que no cuento con la autorización para exponer los datos del expediente, ni las personas involucradas. Pero, sin perjuicio de ello, de forma genérica y ejemplificativa presento los detalles relevantes del mismo.

Así pues, se tiene el caso de una mujer migrante quien tiene a su cargo a dos hijos menores aún dependientes de ella, de forma económica y afectiva, y que está separada de su pareja. Frente a ello, decide prostituirse y uno de sus clientes le ofrece insertarse en una red de drogas que por un pase internacional le hará ganar una suma dineraria considerable, propuesta que fue aceptada por esta mujer. Durante la secuela del proceso, uno de los últimos argumentos que

la defensa usó para pretender disminuir la pena de su patrocinada fue precisamente las diversas causas de vulnerabilidad que tenía: migrante, madre soltera con hijos menores de edad dependientes y condición económica precaria.

Durante el proceso, su ex pareja presentó un escrito en el cual evidenció que dicha *burrier* tenía otro proceso que él había interpuesto en su contra por haber ejercido violencia psicológica y física en contra de sus hijos, además que estaba iniciando una demanda por alimentos y tenencia, ya que pese a que sus hijos se habían encontrado mucho tiempo a cargo de dicha mujer en su hogar, ella se había desentendido de los menores por venganza a su ex pareja y los pocos ingresos económicos que obtenía del papá de sus hijos y de su “trabajo” como meretriz era para mantenerse a sí misma y cubrir gastos no esenciales como viajes, ropa, etc.

Los documentos que sustentaban dicho escrito eran contundentes y estaban siendo discutidos en otra vía procedimental, no habiendo su defensa presentado ninguna prueba que acredite realmente que dicha mujer fue influenciada a cometer el delito por su situación de vulnerabilidad. Además, su coprocesado (el cliente que le ofreció insertarse a la red de drogas) declaró que nunca la presionó, sino que ella se interesó en el negocio ilícito al encontrarle ketes y porque quería mayores lujos al igual que sus “compañeras de trabajo”. Con todo ello, los magistrados no emitieron mayor pronunciamiento sobre la pretensión de la defensa de disminuir la pena por su situación de vulnerabilidad, en esencia por la falta de pruebas.

En mi consideración, este caso se resuelve bajo la premisa de que, aun cuando la *burrier* se encuentra en una presunta situación de vulnerabilidad, en primer lugar, esta debe ser mínimamente acreditada y, en segundo lugar, la vulnerabilidad aludida debe tener influencia alguna en la comisión del delito.

En el caso propuesto aquello no ocurrió, ya que aun cuando la *burrier* era migrante y su precariedad era latente, su inserción a la red de drogas no fue para superar tal precariedad, sino para satisfacer necesidades secundarias.

Asimismo, la alegación de que tenía hijos menores a su cargo no acrecentaba su situación de precariedad, ya que extrapenalmente estaba siendo procesada no solo por haber ejercido violencia en contra de ellos, sino por desatender su rol materno y evitar que el padre ejerza el suyo.

Fuera de tal supuesto, igualmente considero que mujeres como las del caso propuesto siguen siendo objeto de tutela por parte del Estado, ya que su situación de vulnerabilidad permanece. Sin embargo, aquello podría ser aplicado de otra forma, no necesariamente a través de la reducción de la pena. Se aprecia que existen, a nivel de ejecución penal, figuras que permiten la pronta excarcelación, la conversión de la pena o medidas de otra índole como el programa de trabajo dentro de las cárceles, entre otros.

Por otra parte, es claro que si se cumplen los alcances normativos descritos en el punto 3.a del presente capítulo corresponde que se disminuya la pena a las *burriers* por su condición de madres, pero no así cuando estamos frente a madres que han decidido asumir sus roles maternos y cometen el delito en atención a otros supuestos.

Por ejemplo, la *burrier* que es madre soltera y transporta droga para solventarse a ella misma siendo indiferente a las necesidades de sus hijos, no debe acogerse a tal situación para justificar una agravación de la pena, a lo más podrá ser cuestionada moralmente pero sin incidencia en la dosificación de la pena.

Una postura contraria admitiría entonces agravar la pena a aquellas mujeres que rechazan la lactancia, la maternidad o crianza de sus hijos, es decir, sus roles maternos lo que más bien llevaría a una discriminación, ya que a los varones no se les agrava la pena cuando no cumplen sus roles paternos sino que la pena se define dentro de los límites legales previstos por la norma.

Por último, la circunstancia del inciso 5 del artículo 268 del Código Penal lo propongo en estricto por un tema de política criminal, ya que esta contempla el **nivel bajo de actuación del sujeto dentro de la red de drogas**. En esencia, mi propuesta se inspira en las mujeres *burriers* al ser el caso más típico de la

comisión del delito de drogas, pero en el caso de los varones aunque tienen mayor acceso a eslabones medios y altos de la red de drogas, también existe un grueso que actúa en niveles bajos.

Finalmente, tras el desarrollo de esta circunstancia en el punto 3.c. señalo que aun cuando no propusiera la misma, el comportamiento de las *burriers* podría permitir disminuir la pena solo aludiendo al grado de reprochabilidad y proporcionalidad de la pena. Sin embargo, los jueces no suelen tener en cuenta este aspecto al momento de fijar la pena, así que considero necesaria su inserción pero no por atender en estricto a una perspectiva de género como tal, ya que el mismo puede aplicarse a los *burriers* varones.

En vista de ello, no considero que exista una inaplicación de esta circunstancia desde una perspectiva de género, ya que esta “pretende neutralizar las graves consecuencias que la negación de la igualdad y el derecho a vivir una vida libre de violencia acarrea para las mujeres” (Paraboni, 2023, p. 90), lo que en este caso no es necesario. En vista de ello, esta sería la única circunstancia que no prevé supuestos de inaplicación.

#### **4.4. Aparente conflicto interpretativo de la perspectiva de género con principios y/o mecanismos que tutelan otras vulnerabilidades**

Al momento de formular mis propuestas de reinterpretación y modificación legislativa conforme a una perspectiva de género, advierto que era inevitable aludir a otras vulnerabilidades. En ese sentido, las circunstancias atenuantes genéricas y específicas que analicé permiten la aplicación de otros principios o enfoques como – por ejemplo – el interés superior del niño, la protección de personas mayores (adultos mayores) y personas con discapacidad.

Asimismo, existen otros supuestos que no contemplé en mis propuestas, pero que también concurren en el caso de las mujeres *burriers*. Así pues, Rossi explica de las *burriers* migrantes:

“Hay colectivos sumamente vulnerabilizados por las políticas vigentes, tales como muchas mujeres que provienen de países limítrofes criminalizadas por distribución de drogas en pequeña escala o por transportar drogas ilegales que, a su vez, pierden en ese período de castigo sus magras redes sociales y la posibilidad de sustentar a sus hijos. En la coyuntura política se ven escasas posibilidades de revertir esta tendencia creciente que también se ha verificado en otros países de la región.” (Rossi, 2017)

En el mismo sentido, Constant explica la situación de las *burriers* migrantes desde la realidad penitenciaria peruana:

“En el Perú, en un primer momento, las mulas extranjeras no fueron tomadas en cuenta en las estadísticas penitenciarias, a pesar de un rápido crecimiento de este tipo de delito en la población penal. Según la revisión de los archivos del Instituto Nacional Penitenciario que efectué, en 1986 se realiza el primer censo que permite vincular la nacionalidad de la población interna con el tipo de delito por el que se encuentra en prisión.” (Constant, 2021, p. 53)

Nuñovero (2009) en su tesis doctoral estudió la situación de los *burriers* extranjeros (varones y mujeres) encarcelados en los establecimientos penitenciarios de Callao y Chorrillos del Perú hasta el 2009. A partir de ello, aseveró que, conforme con las estadísticas obtenidas del INPE hasta dicha fecha, casi la totalidad de los extranjeros encarcelados en el país se debía al delito de tráfico ilícito de drogas y en estricto a la modalidad de *burriers*.

Este crecimiento está condicionado por factores externos o ajenos al país, pero que tienen claramente incidencia en el mismo. Nuevamente, Constant presenta a la crisis internacional económica como uno de estos factores.

“Desde hace unos años, las mujeres que provienen de los países del Norte conocen situaciones agravadas de desempleo y endeudamiento. Veamos dos ejemplos. El primero es el de unas españolas que conocí en Santa Mónica y que habían perdido su empleo —y hasta su casa— a raíz de la

crisis del año 2008; el segundo es el hecho de que tres jóvenes mujeres griegas fueron arrestadas en 2011, pocos meses después del inicio de la crisis de la deuda soberana en este país (hasta ese entonces, esta nación no había estado presente en las estadísticas del INPE). Ya sean oriundas de Europa, de Asia, de América o de África, las extranjeras presas por tráfico de drogas presentan sensiblemente las mismas características socioeconómicas que las peruanas; para todas estas mujeres, el tráfico de cocaína constituye una estrategia de supervivencia en un contexto neoliberal de crisis socioeconómica y de desigualdad interseccional.” (Constant, 2021, p. 57)

Aparte de la vulnerabilidad mencionada por el citado autor, existen otras menos frecuentes pero que igualmente se han verificado en los casos de las mujeres *burriers*. Así pues, Alfredo (2023) señala que también hay un grupo de ellas cuyas características comunes son la discapacidad, su pertenencia a comunidades indígenas o a minorías; complementado por Constant (2021) en que también las redes se valen de mujeres enfermas, ya que sus captadores las convencen de que su estado de salud precario, como por ejemplo en casos de cáncer o de VIH, las hace más imperceptibles a los controles policiales o de una sentencia severa.

Como se aprecia, al analizar la pena de las mujeres *burriers*, la aplicación de una perspectiva de género no implica restringir la aplicación de otros principios y/o mecanismos que tutelen otras vulnerabilidades. Por el contrario, deben de analizarse conjuntamente. Sobre este aspecto, Paraboni (2023) señala que amerita una protección integral de parte del Estado para estas mujeres; de ahí que la confluencia de vulnerabilidad no lleve a un conflicto interpretativo, sino solo uno aparente.

## Conclusiones

1. El mayor índice de encarcelamiento femenino a nivel mundial está vinculado con el delito de tráfico ilícito de drogas, siendo que la modalidad de *burrier* es la más recurrente. Solo en América Latina, la estadística de mujeres comprendidas en este tipo de ilícitos va hasta el 75%, cifra que varía meridianamente en algunos países de Europa. Siendo que esta realidad no ha sido ajena al Perú.

Estas altas cifras atienden al menos a dos factores. El primero a la “lucha contra las drogas” que los países han asumido y, en particular, los latinoamericanos por ser productores como el Perú, donde se sancionan los delitos relacionados con droga con penas de larga duración. Las cuales se procuran que sean cumplidas de forma íntegra y efectiva, pues a su vez se regulan restricciones para la conversión de pena, beneficios penitenciarios y otros que permitan la salida anticipada de las condenadas por tales delitos.

El segundo factor se debe a que las *burriers* constituyen el eslabón más bajo y visible de las redes de drogas, por lo que son frecuentemente aprehendidas antes que aquellas personas que se encuentran en mandos medios y superiores, a los que es más probable que accedan varones antes que mujeres. Sumado a que, las redes de drogas no están interesadas en proteger a las *burriers* ni su detención afecta a la estructura de la red. Por el contrario, estas mujeres son mano barata y fungible, de forma que si una es detenida ponen a otra.

2. Este nuevo rostro de la criminalidad femenina ha supuesto que desde hace varios años diversos organismos internacionales se interesen por conocer las razones del involucramiento de las mujeres en este tipo de actividades ilícitas.

Entre estas causas se hallaron que las mujeres *burriers* generalmente se vinculan por factores vinculados a su género tales como: la mayor tasa de desempleo por su condición de mujeres, su responsabilidad como madres solteras y/o jefas de hogar, al ser víctimas de engaños, y violencia ejercida por agresores varones (parejas o familiares).

Tales causas particulares de las mujeres determinaron que los organismos internacionales mencionados concuerden en que su tratamiento debe ser diferenciado al de sus pares varones, resultando necesario la aplicación de una perspectiva de género. Incluso se han preparado instrumentos internacionales al respecto, como “las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes” conocidas también como la Reglas de Bangkok.

3. Pese a lo señalado, en el Perú no se ha fomentado un tratamiento diferenciado para las mujeres *burriers*, ni se han cumplido en su totalidad las obligaciones internacionales asumidas como Estado. Tal es así que, el actual marco normativo sobre la pena o los delitos de drogas no contiene disposiciones específicas desde una perspectiva de género, que permitan establecer la pena de forma diferenciada para las mujeres con el fin de eliminar las circunstancias asimétricas con sus pares varones.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú con base en los convenios y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido importantes decisiones en los recursos de nulidad N.º 1314-2018/Lima y N.º 1204-2022/Lima Norte, a fin de que la determinación judicial de la pena se analice con una perspectiva de género. Aunque en tales pronunciamientos la mujer interviene como víctima, no se descarta que aquello pueda aplicarse a cuando esta tiene la condición de sujeto activo del delito.

4. El marco normativo de la pena ha tenido escasos o nulos avances en materia de género, el cual está compuesto principalmente por los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal referidos a los criterios generales de interpretación para la determinación judicial de la pena, el sistema de tercios y las circunstancias genéricas; así como por el esquema operativo escalonado (desarrollado jurisprudencialmente) y las circunstancias específicas del delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 298 del Código Penal.

De manera que, el legislador no ha tomado en cuenta la situación de las mujeres *burriers* en el tráfico ilícito de drogas. De lo que resulta que las penas impuestas a estas mujeres son desproporcionales a las de sus pares varones, pues aquello no influye en su pena aunque las primeras hubieran cometido el delito por factores vinculados a su género.

5. Se evidenció que el Estado peruano incumple sus obligaciones internacionales sobre incorporar una perspectiva de género al marco normativo sobre la determinación judicial de la pena, mandato derivado de diversos convenios generales sobre la protección de la mujer y en específico de las Reglas de Bangkok relacionado a las mujeres delincuentes.

En comparación con el ordenamiento peruano, otros países han avanzado al respecto mediante la promulgación de reformas y otros con proyectos de reforma, pero el Perú todavía no tiene propuestas legislativas sobre la materia. Aun cuando el marco normativo sobre la pena es insuficiente y de la casuística analizada en el presente trabajo se determinó que el legislador no ha avanzado en esta materia, dado que las mujeres *burriers* solo tienen la opción de someterse a la terminación o conclusión anticipada para obtener una pena reducida.

6. A partir del estudio de los resultados a nivel internacional y la evidencia casuística a nivel nacional sobre las mujeres *burriers*, propuse criterios de reinterpretación y modificación legislativa para incorporar una perspectiva de género al marco normativo sobre la pena.

Tales criterios responden al historial de victimización de las mujeres, el cual las lleva a involucrarse en las redes de drogas en razón a su género, lo cual justifica un trato diferenciado respecto de sus pares varones.

La consecuencia práctica de admitir tales criterios es que la pena de las mujeres *burriers* se reduzca, siempre que cumplan con los alcances normativos desarrollados en esta investigación y teniendo en consideración la realidad de estas mujeres en el Perú: su situación de vulnerabilidad y un análisis interseccional de su situación.

Además, en este trabajo formulo y desarrollo algunos supuestos de inaplicación para los criterios antes formulados, ya que no basta con que estos se apliquen automáticamente debido a la condición biológica de la mujer o que esta se encuentre en situación de vulnerabilidad. Así, la aplicación de los criterios propuestos ocurrirá cuando: los señalados aspectos influenciaron en la comisión del delito, la mujer *burrier* no se aprovechó de su condición ni utilizó a otras personas dependientes de ella para la ejecución del mismo, como son los hijos o terceros en situación de vulnerabilidad.

## Recomendaciones

1. Ante la falta de evidencia estadística oficial sobre cómo la falta de incorporación de una perspectiva de género afecta al momento de determinar la pena, es recomendable que se realicen estudios cuantitativos en los órganos jurisdiccionales y en los establecimientos penitenciarios para oficialmente recoger hallazgos y validar los expuestos en el presente trabajo.
2. Los esfuerzos por incorporar la perspectiva de género a nivel legal y jurisprudencial se han realizado desde el punto de vista de la mujer como víctima del delito. Es así que, se recomienda que los operadores amplíen tales esfuerzos a las mujeres que resultan involucradas con el delito, en su condición de sujetos del delito.

De forma que se recomienda que se promueva con efectividad reformas legales en las que se tomen en consideración los criterios expuestos en el presente trabajo, así como se capacite a los jueces sobre esta materia a fin de que sea posible que reinterpreten algunos dispositivos del marco normativo de la pena con una perspectiva de género conforme con el desarrollo realizado en este trabajo, aun cuando no se modifique la norma conforme a los alcances aquí propuestos.

3. En trabajos futuros se recomienda ampliar el análisis de la perspectiva de género hacia la pena, pues esta no se aborda solo desde su determinación judicial realizada en la sentencia sino también en lo concerniente a la pena legal, la aplicación de sustitutivos penales, aplicación de beneficios penitenciarios o gracias presidenciales (como la conmutación de pena).

## Referencias bibliográficas

Acale, M. (2013). Justicia penal y género. *Revista Electrónica de Derecho Penal AIDP-GB*, Volumen 1 (1), 218-247.

Acale, M. (2011) Mujeres, crímenes y castigos. *Hachetetepe. Revista científica de educación y comunicación*, 13-32.

<https://revistas.uca.es/index.php/hachetetepe/article/view/6401/6540>

Anitua, G. I. & Picco, V. A. (2012). Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres mulas. En C. Chinkin (Ed), *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres* (1° edición, 219-253). Defensoría General de la Nación.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/2017/08/doctrina45685.pdf>

Alfredo, N (2023). Las mujeres y las drogas. *Revista Pensamiento Penal*, 1-13.

[https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/Documento\\_Edita do1214.pdf](https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/system/files/Documento_Edita do1214.pdf)

Álvarez-Echandi, I. y Sáenz, S. (2020). *Las mujeres en el tráfico ilícito de drogas*. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

[https://www.flacso.org/sites/default/files/2021-10/1mujeres\\_y\\_el\\_traifco\\_ilicito\\_de\\_drogas\\_2020.pdf](https://www.flacso.org/sites/default/files/2021-10/1mujeres_y_el_traifco_ilicito_de_drogas_2020.pdf)

Amorós, C. (2008). *Conceptualizar es politizar*, *Almirez*, 15, 207-218.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2013). Dictamen afirmativo de Mayoría de la Comisión Permanente Especial de Seguridad y Narcotráfico sobre la reforma del artículo 77, de la ley de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo y su reglamento.

[https://www.tni.org/files/costarica\\_proyecto ley\\_mujeres\\_reforma.pdf](https://www.tni.org/files/costarica_proyecto ley_mujeres_reforma.pdf)

Barrantes, K & Cubero, M. F. (2014). La maternidad como un constructo social determinante en el rol de la feminidad. *Revista electrónica de estudiantes de la Escuela de psicología de la Universidad de Costa Rica*, 9 (1), 29-42.

Bergallo, P., Sierra, I. C. J., & Vaggione, J. M. (2019). *El aborto en América Latina: Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo XXI Editores.

<https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contra-elderecho-al.pdf>

Besio, M. (2011). Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena.

Boiteux, L. (2015). *Mujeres y encarcelamiento por delito de Drogas: Colectivo de Estudios Drogas y Derecho*.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42470.pdf>

Calle, A. L. (2015). El estado de necesidad y el caso de las drogas en la doctrina del Tribunal Supremo. Una crítica desde la perspectiva Latinoamericana. [Tesis para optar el grado de doctor]. Universidad de Girona.

<https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/327318/talcc1de1.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

Caro, C. (2017). Notas sobre la individualización judicial de la pena en el código penal peruano.

CEPAL (2000). *El desafío de la equidad de género y de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*.

Choclán, J. A. (1997). *Individualización judicial de la pena*. Editora Colex.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Observaciones a opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos humanos. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad*.

Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (2019). *Informe de Evaluación sobre Políticas de Drogas*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2023). *Informe OEA/ Ser.L/V/II. Doc. 91/23. Mujeres privadas de libertad en las Américas*.

[www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf)

Constant, C. (2021). Promesas rotas: una mirada interseccional sobre la cocaína, las mujeres y la cárcel en el Perú. *Bulletin de l'Institut français d'études andines*, 50 (1), 47-64. <https://doi.org/10.4000/bifea.13328>.

Constant, C. (2013). Trajectoires et dynamiques carcérales au féminin: Le cas de Lima [Tesis de doctorado, Université de la Sorbonne nouvelle- Paris III]. <https://theses.hal.science/tel-01336871/document>

Consejo permanente de la Organización de los Estados Americanos (2012). *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes*.

Corda, A. (2011) *Encarcelamiento por delitos relacionados con estupefacientes en Argentina*. Intercambios Asociación civil y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <https://www.intercambios.org.ar/assets/files/Encarcelamientos.pdf>

Corda, A. (2017). Presentación de la Aplicación de la ley penal en materia de estupefacientes. En G. Dora, (Comp.) *Avances y retrocesos en políticas de drogas: Conferencias Nacionales sobre Políticas de Drogas 2010-2017*. Intercambios Asociación civil y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <https://intercambios.org.ar/assets/files/Avances-y-retrocesosenpoliticadedrogas.pdf>

Cots, A. & Nougier M. (2021). Leyes punitivas de drogas: 10 años socavando las Reglas de Bangkok. *International Drug Policy Consortium*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 4: Derechos humanos y mujeres.*

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Opinión consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.*

Defensoría del Pueblo (2013). *Informe de Adjuntía N.º 006--2013--DP/ADHPD. Lineamientos para la implementación de las Reglas de Bangkok en el sistema penitenciario peruano.*

Defensoría del Pueblo (2018). *Informe de Adjuntía N.º 006-2018-DP/ADHPD. Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones.*

Defensoría del Pueblo (2020). *Informe de Adjuntía N.º 003-2020-DP/ADHPD. Supervisión al procedimiento de egreso de las hijas e hijos de internas de los establecimientos penitenciarios, en el marco de la emergencia sanitaria por el Covid-19.*

Defensoría del Pueblo (2023). *Informe Defensorial N.º 002-2023-DP/ANA. Informe sobre la situación de niñas, niños y adolescentes cuyas madres se encuentran privadas de libertad: una mirada desde los derechos humanos.*

De la Rosa Rodríguez, P., & Pérez, O. I. C. (2021). Género, criminalidad femenina y drogas: reflexiones desde la criminología feminista para su estudio en México a partir del crimen organizado, la violencia y exclusión social. *Cultura y Droga*, 26(32), 109-135. <https://doi.org/10.17151/culdr.2021.26.32.6>

Demetrio, E. (1999). *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Ediciones Universidad de Salamanca.

Devida (2017). *Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2017-2021*.

Di Corleto, J. & Carrera, M. L. (2017). Responsabilidad Penal de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género. Lineamientos para una Defensa Técnica Eficaz. *Revista Das Defensorias Públicas Do Mercosul*, 5, 11-32.

[https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/ass\\_internacional/redpo/n5/1-responsabilidad-penal-de-las-mujeres-victimas-de-violencia-de-genero.pdf](https://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/ass_internacional/redpo/n5/1-responsabilidad-penal-de-las-mujeres-victimas-de-violencia-de-genero.pdf)

El Comercio (15 de junio de 2018). 'Burrier' embarazada intentó sacar cocaína en su estómago. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/burrier-embarazada-sacar-cocaina-estomago-noticia-528238-noticia/?ref=ecr>

Espinosa, E. (2018). La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-20. <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-27.pdf>

Fernández, A., Lindley, V., Gonzalez, M. y Carranza, A. (2023). Mujeres y tráfico ilícito de drogas en el Perú: Trayectorias al delito entre violencias y resistencias. *Revista Uruguaya de Antropología y Etnografía*. Volumen viii (número 2), 1-22. <https://doi.org/10.29112/ruae.v8i2.1893>

Gaceta Parlamentaria de México (2017). LXIII/2SPR-2089. <https://www.senado.gob.mx/informacion/gaceta/documento/71467>

Griswold, M. & Palmquist, A. (2019). *Lactancia materna y políticas orientadas a la familia. Un informe de evidencias*, Unicef.

Hernández-Hernández, O. M. (2021). Las Flacas. Aproximación al sicariato femenino en México. *Revista Analéctica*, 70-71.

Herrera, L. (2021). Correos humanos: víctimas o partícipes. *Cathedra* (15), pp. 20-52. <https://doi.org/10.37594/cathedra.n15.470>

Hurtado, J. (1979). *La Ley importada*. Cedys.

Instituto Nacional Penitenciario (2016). Directiva DI-012-2016-INPE/DTP. Atención Integral y Tratamiento Penitenciario para Mujeres Procesadas o Sentenciadas en Establecimientos Penitenciarios y Medio Libre.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). *Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2011-2017 - Visión Departamental, Provincial y Distrital.*

[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1534/index.html](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1534/index.html)

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2019). *Perú: Anuario Estadístico de la Criminalidad y Seguridad Ciudadana, 2012-2018 - Visión Departamental, Provincial y Distrital.*

[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1691/](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1691/)

Instituto Nacional Penitenciario (2023). Informe estadístico. Diciembre 2023. [https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2023/Informes%20estadisticos/informe\\_estadistico\\_diciembre\\_2023.pdf](https://siep.inpe.gob.pe/Archivos/2023/Informes%20estadisticos/informe_estadistico_diciembre_2023.pdf)

Instituto Nacional Penitenciario (2024). Informe Estadístico de julio de 2024.

Instituto Peruano de Economía (3 de marzo de 2024). *Un 41% de peruanas no retornan a su empleo luego de ser madres.* Portal web del Instituto Peruano de Economía. <https://www.ipe.org.pe/portal/un-41-de-peruanas-no-retornan-a-su-empleo-luego-de-ser-madres/>

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2022). *Perú: Evolución de los indicadores de empleo e ingreso por departamento, 2007 y 2021.* [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1870/libro.p](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1870/libro.p)

Instituto Nacional de Estadística e Informática (9 de mayo de 2024). *Pobreza Monetaria afectó al 29,0% de la población el año 2023*. Página institucional del Estado peruano. <https://www.gob.pe/institucion/inei/noticias/951234-pobreza-monetaria-afecto-al-29-0-de-la-poblacion-el-ano-2023>

Jenna, N. *Mujeres y drogas en las Américas. Un diagnóstico de política en construcción*, Organización de los Estados Americanos y la Comisión Interamericana de Mujeres <https://www.oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsAmericas-ES.pdf>

Juárez, A. (2012). Género y diversidad sexual: algunas claves de interpretación.

Lagarde, M. (1996). El género, fragmento literal: 'La perspectiva de género', Género y feminismo. *Ed. horas y HORAS*, 13-38.

Lai, G. (2012). Drogas, crimen y castigo. Proporcionalidad de las penas por delitos de drogas. *IDPC*, 20, 1-15.

Lascuraín, J. A. (1998). La Proporcionalidad de la norma penal. *Cuadernos de Derecho Público*, 5.

Laurenzo, P.; Maqueda, M. L.; Rubio, A. (2008). *Género, Violencia y Derecho*. Tirant lo Blanch.

Laurenzo, P.; Laura, R.; Asensio, R.; Di Corleto, J. & Gonzáles, C. (2020). *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Eurosociál. [https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/14-Mujeres\\_imputadas-6.pdf](https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/14-Mujeres_imputadas-6.pdf)

Malcalza, L. (2017). El impacto de la desfederalización de estupefacientes en mujeres encarceladas en la provincia de Buenos Aires. En Dora, G. (Comp.) *Avances y retrocesos en políticas de drogas: Conferencias Nacionales sobre Políticas de Drogas 2010-2017*. Intercambios Asociación civil y Facultad de

Derecho de la Universidad de Buenos Aires.  
<https://intercambios.org.ar/assets/files/Avances-yretrocesosenpoliticadedrogas.pdf>

Meza, S. N. (2018). *Cuerpo y subjetividad en las narrativas de mujeres burrier recluidas en el Establecimiento Penitenciario Chorrillos I* [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de Tesis Pucp.  
<http://hdl.handle.net/20.500.12404/14224>

Ministerio de Salud (27 de agosto de 2005). *Familias ahorrarían más de 600 soles con lactancia materna exclusiva hasta los seis meses*. Portal web del Estado peruano.  
<https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/42486-familias-ahorrarian-mas-de-600-soles-con-lactancia-materna-exclusiva-hasta-los-seis-meses>

Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. B de F: 10° edición.

Miranda, M. & Martínez, E. S. (2015). *Manual Regional: las Reglas de Bangkok en clave de Defensa Pública*, Programa Eurosocial.

Muñoz, F. & García, M. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant Lo Blanch: 9° edición.

Nuñovero, L. (2009). *Images, chiffres et relations d'altérité. Le paradigme de l'« efficacité » dans la construction de la criminalité des passeurs de drogue d'origine étrangère au Pérou*. [Tesis de maestría, Université de Louvain-la-Neuve].

Oficinas de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delitos y Ministerio de Justicia y del Derecho del Gobierno de Colombia (2018). *Análisis de la participación de las mujeres en la cadena del valor del narcotráfico. Convenio de cooperación internacional N.º 0341 de 2018*. UNODC.

Oré, E. (2013). *Determinación judicial de la pena. Reincidencia y habitualidad. A propósito de las modificaciones operadas por la ley 30076*.

Organización Internacional para las Migraciones (2015). *Informe técnico sobre la situación de los migrantes extranjeros en el Perú y su acceso a servicios sociales, servicios de salud y de educación.*

Organización de los Estados Americanos, Secretaría de Seguridad Multidimensional y Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (2015). *Informe Técnico sobre alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas.*

[http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento\\_institucional/dtca/publications/Informe SobreAlternativasEncarcelamiento\\_SPA.pdf](http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/dtca/publications/Informe_SobreAlternativasEncarcelamiento_SPA.pdf)

Organización de las Naciones Unidas (2013). *Sexagésimo sexto período de sesiones del Comité para el Adelanto de la Mujer de las Naciones Unidas. Las causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres (A/68/340).* <https://undocs.org/es/A/68/340>

Paraboni, R. S. (2023). Mujeres en situación de vulnerabilidad imputadas por hechos de transporte y contrabando de estupefacientes. Análisis de algunas decisiones adoptadas por la Cámara Federal de Casación Penal y elaboración de estrategias de defensa con perspectiva de género. *Estudios sobre Jurisprudencia*, número especial, 64-102. [https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento\\_Editado1236.pdf](https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento_Editado1236.pdf)

Prado, V. R. (2019). *Derecho Penal y Política Criminal*. Gaceta Jurídica.

Procuraduría de Narcocriminalidad (2022). *Narcocriminalidad y perspectiva de género. La perspectiva de género y enfoque interseccional en la persecución penal de la narcocriminalidad.*

[https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe\\_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf](https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2022/06/Procunar-informe_Narcocriminalidad-y-g%C3%A9nero.pdf)

Rebollo, R. (2015). La agravante de discriminación de sexo y su fundamento (art. 22.4 del Código Penal). *Revista general de derecho penal*, 23 (2015), 1-28.

Renoldi, B. (2017). Relación entre políticas de seguridad y mercados ilegales. En Dora, G. (Comp.) Avances y retrocesos en políticas de drogas: Conferencias Nacionales sobre Políticas de Drogas 2010-2017. Intercambios Asociación civil y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<https://intercambios.org.ar/assets/files/Avances-yretrocesosenpoliticadedrogas.pdf>

Rodríguez, E., Gutiérrez, R. & Vega, L. (2003). Consumo de drogas en mujeres dedicadas a la prostitución: la zona de la merced. *Salud Mental*, 5 (26).

Rope, O.; Atabay, T. & Huber, A. (2017). *Women in detention. Putting the UN Bangkok Rules on women prisoners into practice*, Penal Reform International.

Rossi, D. (2017). Drogas, control y seguridad. En Dora, G. (Comp.) Avances y retrocesos en políticas de drogas: Conferencias Nacionales sobre Políticas de Drogas 2010-2017. Intercambios Asociación civil y Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. <https://intercambios.org.ar/assets/files/Avances-yretrocesosenpoliticadedrogas.pdf>

Sapriza, G. & Folle, M. A. (2016). *Mujeres privadas de libertad por tráfico y transporte de drogas en Uruguay: un análisis antropológico y de género*. [https://sitiosdememoria.uy/sites/default/files/2021-02/fhce\\_mpl\\_2016-11-14-Ir\\_web.pdf](https://sitiosdememoria.uy/sites/default/files/2021-02/fhce_mpl_2016-11-14-Ir_web.pdf)

Saletti, L. (2008). Propuestas teóricas feministas en relación al concepto de maternidad. *Clepsydra: Revista internacional de Estudios de Género y Teoría Feminista del Instituto Universitario de Estudios de las Mujeres de la Universidad de La Laguna*, 7, 169-183.

Sexagésimo sexto período de sesiones del Comité para el Adelanto de la Mujer de las Naciones Unidas. Las causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres (A/68/340).

Sinatra, F. E. (2020). *¿Guerra contra las drogas o guerra contra las mujeres? El encarcelamiento de las mujeres mulas del narcotráfico*. [Tesis de pregrado,

Soberon, R (2008). *Situación del narcotráfico en el Perú, las políticas antidrogas y la geopolítica regional*. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/50506.pdf>

Subijada, I. (2023). La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales. *Legebiltzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revista del Parlamento Vasco*, 4, 114-137. <https://doi.org/10.47984/legal.2023.006>

Tello Gilardi, Janet & Calderón Puertas, Carlos (Comp.). *Acceso a la justicia: discriminación y violencia por motivos de género*, Lima, 2019

Torres, A. (2008). *Drogas, cárcel y género en el Ecuador: la experiencia de mujeres "mulas"*. [Tesis de maestría, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Ecuador] <http://hdl.handle.net/10469/1281>

Unzueta, M. Á. B. (2008). *Género, discriminación y violencia contra las mujeres*. In *Género, violencia y derecho* (pp. 27-48). Tirant lo Blanch.

Uprimny, R., Martínez, M., Cruz, L., Chaparro, S. & Chaparro, N. (2016). *Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en Colombia*. Dejusticia.  
<https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2016/05/Mujerespol%C3%ADticasdedrogasencarcelamiento.pdf>

Vaca, I. (2019). *Oportunidades y desafíos para la autonomía de las mujeres en el futuro escenario del trabajo*. CEPAL.

Valcárcel, A. (1991). *Sexo y filosofía. Sobre "mujer" y "poder"*. Anthropos.

Zysman, D. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Marcial Pons.

## Anexos

### Anexo 1:

Los diez casos analizados de la Corte Superior de Justicia del Callao son los siguientes:

<b>Caso estudiado</b>	<b>Número de Expediente</b>	<b>Órgano jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia del Callao</b>
Caso de Sara	EXP N.º 1132-2019-0-0701-JR-PE-02	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria
Caso de Lily	EXP N.º 771-2018-54-0701-JR-PE-05	Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria
Caso de Susan	EXP N.º 2931-2019-33-0701-JR-PE-02	Juzgado Penal Colegiado Permanente
Caso de Marian	EXP N.º 02884-2018-89-0701-JR-PE-06	Sexto Juzgado de Investigación Preparatoria
Caso de Nina	EXP N.º 56-2019-0701-JR-PE	Juzgado Penal Colegiado Permanente del Callao
Caso de Lisa	EXP N.º 227-2020-36-0701-JR-PE-04	Juzgado Penal Colegiado Transitorio
Caso de Anne	EXP N.º 1074-2020-67-01701-JR-PE-05	Juzgado Penal Colegiado Permanente
Caso de Vera	EXP N.º 1427-2019-9-0701-JR-PE-02	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria
Caso de Laura	EXP N.º 251-2016-0-0701-JR-PE-02	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria
Caso de Marisol	EXP N.º 692020-62-0701-JR-PE-02	Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria

### Anexo 2:



PODER JUDICIAL  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO

Presidencia

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

Callao, 30 de septiembre de 2022.

**RESOLUCIÓN CORRIDA N° 4779-2022-P-CSJCL/PJ**

DADO CUENTA: La solicitud presentada por el Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Exp: 009249-2022-MUP-SC, de fecha de ingreso 29 de septiembre de 2022).

En la solicitud que se da cuenta, el Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, en su condición de profesor principal de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), informa que la señorita Rocío Bobadilla Bocanegra quien es alumna de dicha Maestría y, también, su adjunta de docencia en sus cursos de Derecho Penal en la Facultad de Derecho, viene desarrollando su tesis de Maestría sobre: "El enfoque de género en la determinación judicial de la pena".

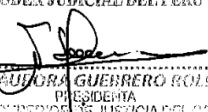
En ese sentido, indica, para poder completar la parte empírica de su investigación requiere información cuantitativa y cualitativa sobre sentencias por delitos de tráfico ilícito de drogas que implicaron a mujeres como "correos de droga" expedidas entre los años 2018 a 2021 en el Distrito Judicial del Callao.

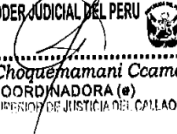
Por consiguiente, la mencionada alumna Bobadilla Bocanegra necesita de autorización y facilidades para poder obtener la información señalada de los expedientes correspondientes de los siguientes órganos jurisdiccionales y que constituyen la muestra de su investigación:

1. Segundo y Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente.
2. Tercer y Cuarto Juzgado Unipersonal Penal
3. Juzgado Penal Colegiado Permanente y Transitorio
4. Primera y Segunda Sala Penal Liquidadora

Requiere también recabar sentencias de terminación anticipada, conclusiones anticipadas y las emitidas en el proceso común contra mujeres que operaron como "correos de drogas"; sea que hayan sido procesadas y condenadas de modo individual o conjuntamente con procesados varones.

Por lo expuesto: AUTORIZÉSE a doña Rocío Bobadilla Bocanegra a obtener la información que solicita, PREVIA coordinación con el Administrador de Módulo del NCPP del Callao, Abg. Daniel Vidal Aranda y los señores Magistrados de los órganos jurisdiccionales que se indican. -

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
  
PRESIDENTA  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO

PODER JUDICIAL DEL PERÚ  
  
Sonia Choquehamani Ceama  
COORDINADORA (e)  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO