

El juicio abreviado y la necesidad de debatir los alcances del enfoque de género en casos de mujeres trans acusadas, ¿qué posibilidades tenía el juez?

Virginia Mosquera¹

SUMARIO: I.- El caso en particular; II.- La vulnerabilidad como hito elegido para la determinación de la pena; III.- Las alternativas; IV.- Reflexión; V.- Referencias bibliográficas

RESUMEN: En este artículo realizaré algunas reflexiones sobre la decisión adoptada en una sentencia que fue dictada el 15 de septiembre de 2023, por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas nro. 14 de CABA. Allí se homologó un acuerdo de avenimiento presentado por las partes, en un caso en el que una mujer trans había sido acusada por el delito de comercialización de estupefacientes.

¹ Virginia Mosquera, Abogada (UBA) Especialista en Derecho de Familia (UBA), Especialización en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella) en curso, Diplomada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (UBA), Diplomada en Igualdad y No discriminación (UBA), Diplomada en Defensa de los Derechos Humanos (Universidad de Zaragoza) contacto: vmosquera@jusbaire.gob.ar.

Comenzaré por realizar un breve resumen de los hechos, para puntualizar sobre la estrategia elegida en la sentencia. Luego aportaré algunas alternativas que encuentro posibles en la resolución del caso.

PALABRAS CLAVE: juicio abreviado – enfoque de género – mujer trans – comercio de estupefacientes.

I.- El caso en particular

El Ministerio Público Fiscal inició el caso a fin de investigar la posible tenencia de estupefacientes con fines de comercialización de una mujer trans (conf. art. 5 inc. “c”, de la Ley 23.737).

Las partes presentaron un acuerdo de avenimiento, en el que acordaron la pena de cuatro años de prisión de cumplimiento efectivo y multa de cuarenta y cinco unidades fijas. A su vez, propusieron que se condene a la acusada a la pena única de seis (6) años de prisión. Dicha propuesta de unificación se debió a que la imputada, al momento de los hechos aquí investigados, se encontraba cumpliendo una pena de prisión de cumplimiento efectivo bajo la modalidad de prisión domiciliaria, por una condena que ya había quedado firme (a cuatro -4- años y un -1- mes de prisión). La condena había sido impuesta por la comisión del mismo delito, es decir, tenencia de estupefacientes con fines de comercialización.

En la audiencia de conocimiento personal relató su historia de vida. La imputada contó que había nacido en la República de Perú y que había decidido viajar a nuestro país en busca de mejores oportunidades tanto para el desarrollo y goce de su identidad como de su vida laboral y estudio.

Sin embargo, aquí se encontró con diversos maltratos y la sucesión de distintos eventos rodeados de hostilidades. Explicó que, desde que llegó a nuestro país, su fuente de ingresos siempre estuvo vinculada a ofrecer sexo en la vía pública, y detalló que este contexto la llevó al consumo de estupefacientes.

Al momento de resolver el acuerdo presentado, el juez a cargo del Juzgado 14, Pablo C. Casas, analizó la propuesta hecha por las partes. Explicó que su

criterio para unificar las penas es a través del método aritmético pero que, en este caso, resultaba necesario examinar las circunstancias particulares que rodeaban a la acusada a fin de analizar la propuesta efectuada respecto de dicha unificación.

Para decidir, hizo un recorrido de la vida de la acusada, en particular del momento en el que se encontraba cuando ocurrieron los hechos del caso. Analizó pormenorizadamente las diferentes aristas de su vida, para concluir que éstas, en su conjunto, la ubicaron en un lugar de especial y extrema vulnerabilidad. Utilizó el concepto de interseccionalidad para mostrar que hay distintos factores sociales que conjuntamente condicionaron a la acusada y la oprimieron de modo particular (estos factores son: ser mujer trans, migrante, trabajadora sexual, poseedora de una infección de transmisión sexual, sin tratamiento y con un consumo problemático de diversos estupefacientes).

El Juez parece haber buscado mostrar una conexión entre la pertenencia de la acusada al colectivo LGBTIQ+, y la inaccesibilidad a derechos económicos, sociales y culturales que esto le provoca.

II.- La vulnerabilidad como hito elegido para la determinación de la pena

A lo largo de la sentencia, se pueden observar algunas conceptualizaciones realizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la identidad de género. Entiendo que, esta elección no es arbitraria, sino que responde a que desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se determinó que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A esta conclusión llegó, luego de afirmar que, los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo sino enunciativo. De este modo, estima que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “*otra condición social*”.

Arriba a esta última afirmación luego de tener en cuenta que “*las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el*

Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas, que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello, está proscrita por la Convención, cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual o en la identidad de género de las personas. Lo anterior sería contrario a lo establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. 9 N° 19: Derechos Personas LGTBI Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105; Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 118”².

Ahora bien, hasta aquí, la sentencia analizó algunos aspectos de la vida de la acusada y ciertos conceptos teóricos que explican de alguna manera la situación en la que se encuentra la nombrada. Esto es, un contexto marcado por la carencia en el acceso a derechos básicos.

Luego de describir su situación individual, el Juez logró trazar una línea entre su vida particular y la historia de discriminación y marginación del colectivo LGBTIQ+.

Para lograr ese nexo, utilizó, principalmente, la investigación realizada en el año 2017 por el Ministerio Público de la Defensa de CABA, titulada *La revolución de las mariposas, a diez años de la gesta del nombre propio*, en la cual se buscó conocer los cambios producidos en la situación del colectivo trans y travesti en los últimos diez años.

Resumidamente, se puede decir que es una investigación sobre las condiciones de vida de la población travesti y trans en la Ciudad de Buenos Aires luego de la sanción de Ley de Identidad de Género en el año 2012³.

Con la incorporación de diferentes datos de este informe, se buscó cristalizar que las condiciones de trabajo más relevantes de las mujeres trans y travestis están relacionadas directamente con la oferta sexual de sus cuerpos

² Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2018), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos de las personas LGTBI / --* San José, Costa Rica, p. 9.

³ Publicación del Ministerio Público de la Defensa, CABA, (2017), *La revolución de las mariposas, a diez años de la gesta del nombre propio*.

como intercambio para la generación de ingresos económicos. Esto no hace más que dejar en evidencia el aislamiento que sufren en la búsqueda de trabajos registrados. También se plasmaron datos relacionados a la exclusión histórica de las identidades trans y travestis al acceso a una vivienda digna.

Así, en la sentencia se analizaron los distintos factores de discriminación que sufren las personas travestis/trans, que, al repetirse históricamente, terminan por limitar su acceso a distintos derechos fundamentales y provocan en definitiva la satisfacción de sus necesidades básicas.

En síntesis, entiendo que el lazo que se logró mostrar aquí es que la identidad de género de la acusada, sus condiciones de vida y sus escasas posibilidades de acceso a derechos básicos, la convierten en víctima. Esto a su vez coincide con una falta de abordaje de políticas públicas y designación de partidas presupuestarias estatales para su contención y desarrollo.

De esta forma, el razonamiento utilizado en la sentencia se hace cargo de las violencias sufridas y ejercidas principalmente por el propio Estado, al explicar que el recorrido de vida de la acusada no puede apreciarse aisladamente. En este sentido, que debe ser evaluado desde una mirada que ponga en valor que su historia no es casual, inédita ni extraordinaria, sino consecuencia de un cúmulo de discriminaciones que colocan a las mujeres trans y travestis en innumerables situaciones de vulnerabilidad.

Por este motivo, al momento de analizar la unificación de la pena propuesta, el juez optó por aplicar al caso el método más favorable para la acusada. En definitiva, unificó la pena aquí impuesta con la del TOCF n° 5, pena que ya se encontraba cumpliendo en prisión domiciliaria. En síntesis, pese a haber condenado a cuatro años de prisión de efectivo cumplimiento, se apartó de la propuesta hecha por las partes, que consistía en que se unifique en seis años de prisión, esta pena de cuatro años de efectivo cumplimiento y la pena del TOCF 5 de cuatro años y un mes de prisión. En definitiva, unificó en 4 años y un mes de prisión, es decir, mantuvo la misma pena ya impuesta por el TOCF n° 5.

Ahora bien, si el método compositivo suele aplicarse a la hora de unificar penas y el Juez en el fuero Penal Contravencional y de Faltas, puede

apartarse de la pena propuesta por las partes en la unificación⁴ entonces, ¿cuál es la particularidad de esta sentencia?

La particularidad es que, pese a que en el caso, se tuvo por probada la comisión del delito, la autoría de la acusada y se aceptó la pena propuesta por las partes (4 años de prisión), a la hora de decidir la unificación de pena, el juez se apartó de la propuesta realizada por las partes y eligió poner en evidencia, que el apartamiento de este acuerdo se fundó en que la aplicación automática de la norma jurídica, tal como comúnmente la interpreta este magistrado (esto es el método aritmético), podía traer consecuencias distintas en términos de justicia cuando se aplica a mujeres trans y travestis u otras identidades del colectivo LGBTIQ+.

Lo valioso de la sentencia es la construcción que se realizó alrededor del concepto de interseccionalidad. Con el cual se reclama la necesidad de tener en cuenta la suma de las diferentes desigualdades que padecen las mujeres trans, que terminan por oprimir de un modo muy particular, y las ubican como vulnerables para el sistema de justicia penal. Hacerse cargo de esta selección del sistema, es la cuantía agregada de estos párrafos.

Sin embargo, es difícil no cuestionar si esta decisión fue suficiente. Es decir, luego de advertir y plasmar a lo largo de varios párrafos, la vulnerabilidad de la acusada, y siempre tomando como punto de partida que se trata de una estrategia en la búsqueda de la justicia con perspectiva de género, el juez ¿no contaba con otras herramientas para resolver el caso? ¿La única salida era la homologación?

III.- Las alternativas

En resumen, al Juez le llegó un acuerdo de juicio abreviado, pero advirtió que se encontraba involucrada una acusada con una vulnerabilidad tan marcada que eligió, de algún modo, “licuar” la pena. Si la homologación no era la única salida posible, ¿con qué otras herramientas contaban para resolver el caso?

Entiendo que existen dos vías posibles de ser aplicadas. Son dos opciones que se encuentran en la etapa del análisis de culpabilidad, es decir, en la cuarta

⁴ Siempre que este aplique un monto menor (tal como lo permie el art. 279 del Código Procesal Penal de la CABA.

y última estación de los filtros de la teoría del delito. Una de ellas permite reducir el reproche y la otra permite absolver.

La primera de las alternativas se relaciona con aquella postura que vincula la culpabilidad con la vulnerabilidad. La idea⁵ sostiene que hay grupos de vulnerabilidad extrema (por ejemplo, personas en situación de calle, inmigrantes ilegales, personas que ofrecen sexo en la vía pública a cambio de una contraprestación económica o estupefacientes) y que en buena medida la existencia de estos sectores de la población obedece al incumplimiento por parte del Estado de derechos sociales mínimos garantizados constitucionalmente.

En esta línea, se sostiene que el derecho penal debe reconocer que, en nuestras sociedades, el Estado es corresponsable de mantener a un sector de la población en estas condiciones, al omitir la provisión de servicios básicos, como salud, educación, vivienda digna, entre otros derechos formalmente consagrados en la Constitución Nacional. Así, la hipótesis sostiene que estas ilaciones deben tener un ineludible impacto a la hora de analizar la culpabilidad.⁶

Lo que propone es que si esta la intención de mantener la culpabilidad como “momento ético”, en el cual el Estado le reprocha al autor o a la autora la comisión del injusto, se debe tener necesariamente en cuenta, como sucede por ejemplo en los casos de mujeres trans, travestis y demás identidades LGBTIQ+ imputadas, la condición de alta o extrema vulnerabilidad, que las caracteriza.

Se sostiene desde esta postura que, esta condición debe ser analizada a la hora de afirmar la culpabilidad, es decir, debe tenerse en cuenta que el Estado colaboró con una condición para nada menor, esto es, abandonar a su suerte a la persona, como contracara de incumplir con los derechos sociales garantizados constitucionalmente. Esta visión no implica agregar un criterio que no estuviera previsto en el Código Penal, ello está plasmado en el art. 41 inciso 2, donde el legislador le da pautas al juez para graduar la sanción penal a imponer al autor del injusto y le indica que se tendrá en cuenta, entre otras cosas; “[...] la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio y el de los suyos”. Y lo que

⁵ Rafecas, D., (2021), *Derecho penal sobre bases constitucionales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Ediciones Didot, p. 658-659

se propone entonces es traer estas formulaciones legislativas del Código Penal para la determinación de la pena y anticiparlas al análisis de la culpabilidad⁶.

Los autores Zaffaroni/Alagia/Slokar⁷, agregan a esta idea un argumento en favor de reconocer la vulnerabilidad como un elemento central de la culpabilidad. Introducen que, la selectividad con la que funcionan nuestros sistemas penales que tienen una fuerte carga discriminatoria, ya que, en el proceso de criminalización secundaria, no es la gravedad del delito, ni la entidad de los bienes jurídicos lo que tiene relevancia sino la mayor o menor vulnerabilidad del agente frente al sistema penal. Así, al reconocer el dato de selectividad por alta o extrema vulnerabilidad, como parte inherente de la afirmación de la culpabilidad, el aspecto de la fuerte carga discriminatoria debería ser considerado (para introducir un factor contra selectivo) junto con la cuestión, de la corresponsabilidad estatal explicada previamente. Todo esto sirve, para formular un juicio de reproche atenuado.

En palabras de Zaffaroni, “[...] *la culpabilidad por la vulnerabilidad no es una alternativa a la culpabilidad como reproche ético, sino un paso superador de esta, que -como todo proceso dialéctico- la conserva en su síntesis. Afirmada la culpabilidad ética como culpabilidad pura por el hecho, conforme el ámbito de autodeterminación con que el sujeto pudo deliberar y señalado conforme a ella un cierto grado de reproche, la culpabilidad por el esfuerzo del sujeto para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad se le opone, como atenuante de su desconsideración de la selectividad y en la medida que corresponda, se sintetiza en una culpabilidad normativa que puede reducirlo, pero nunca ampliarlo. La culpabilidad normativa resultante de la síntesis traduce el esfuerzo (ético y legítimo) del saber jurídico-penal por reducir (hasta donde su poder alcance) el resultado de la culpabilidad formalmente ética*” [...] “*la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Este juicio resulta de la síntesis de un juicio de reproche basado en el ámbito de autodeterminación de la persona en el momento del hecho (formulado conforme a elementos formales proporcionados por la ética tradicional (con el juicio de reproche por el esfuerzo del agente para alcanzar*

⁶ *Ídem*, p. 658-661.

⁷ *idem*, p. 661-662.

la situación de vulnerabilidad en que el sistema penal ha concretado su peligrosidad, descontando del mismo el correspondiente a su mero estado de vulnerabilidad”⁸.

En síntesis, vuelvo a la causa aquí analizada, y me pregunto, si el juez, luego del notable esfuerzo realizado para mostrar la discriminación estructural que padece la acusada, esto no pudo conducirlo a la atenuación del reproche de la culpabilidad. La atenuación del reproche que propongo, lo direccionaría hacia una disminución de la pena.

La segunda alternativa para resolver el caso también analiza la culpabilidad y propone la posibilidad de encuadrar la conducta en el estado de necesidad exculpante.

Los casos de estado de necesidad exculpante son casos donde la persona que comete el delito está rodeada de circunstancias extraordinarias, que le impiden actuar libremente. Cuando esto se da, la afectación a la capacidad de autodeterminación es de tal significancia que, no se puede efectuar el juicio de reproche de la culpabilidad. El caso se podría encuadrar en la inexigibilidad de otra conducta.

La pregunta que emerge aquí es si el derecho puede exigir comportamientos heroicos, o si está legitimado para imponer una pena cuando hay situaciones extremas que provocan que una persona prefiera realizar un hecho prohibido cuando está en alguna situación en la cual, no hacerlo podría significar sacrificar su vida.

En definitiva, este tipo de necesidades (exculpantes) se dan en casos en los que el autor del delito está impedido de actuar con libertad, por lo que se considera que el estado de necesidad exculpante, junto con la inimputabilidad y el error de prohibición, es también una causal de exclusión de la culpabilidad.

Esto no puede darse en todos los casos donde se den razones extraordinarias que dificultan a la persona a motivarse en la noma. Pero en este caso, y sin perjuicio de la perspectiva de género aplicada, el empeño puesto dentro de la decisión para mostrar el contexto de vida de la imputada y así

⁸ Zaffaroni, E.R., Alagia, A., Slokar, A., (2014) *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Argentina, Ediar, p. 656.

justificar la resolución de unificar penas para no sumar tiempo de detención, me llevan a cuestionar si la solución más adecuada no hubiese sido la absolución.

Esto hubiese sido posible si al afirmar que por sus condiciones de vida (identidad de género, ser migrante, contexto laboral, educación, vivienda) no le era exigible otra conducta y así, en definitiva, neutralizar el reproche de la culpabilidad.

IV.- Reflexión

Un valor importante de la resolución comentada reside en trazar una línea entre la vida de la acusada y la historia de discriminación que sufre todo el sector al que pertenece. Lo cierto es que, en la tramitación diaria de causas judiciales, no es una rareza encontrar un relato de vida como la que tocó en este caso. Es habitual hallar a personas travesti/trans, con biografías similares a la aquí relatada, siendo investigadas por comercialización de estupefacientes. La decisión del Juez a cargo del Juzgado PCyF 14, de visibilizar esta realidad es, sin lugar a dudas, elogiabile.

Así, en la sentencia que elegí comentar, encuentro una virtud crucial a la hora de juzgar con perspectiva de género. Esto es la importancia de mostrar que una aplicación automática de normas y reglas jurídicas (que se presenta como neutrales), no trae aparejada la misma consecuencia en el caso que la persona juzgada sea parte de un colectivo vulnerado.

Entiendo que, el abordaje elegido en la sentencia contribuye a la construcción de una justicia penal que intenta alejarse de prácticas androcéntricas y patriarcales que son muchas veces el resultado de aplicación mecánica de soluciones iguales a causas diversas.

Sin embargo, quizás ilusoriamente, entiendo que, pese a la creatividad que el Juez le imprimió al caso, éste aún contaba con herramientas jurídicas que le hubiesen permitido absolver a la acusada en razón de la vulnerabilidad social que él mismo desarrolló a lo largo de toda su decisión.

V.- Referencias bibliográficas

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2018), *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos de las personas LGTBI* / -- San José, Costa Rica,

- recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo19.pdf>
- 2. Ministerio Público de la Defensa, CABA, (2017), *La revolución de las mariposas, a diez años de la gesta del nombre propio*, recuperado de <https://www.mpdefensa.gob.ar/?q=publicaciones/la-revolucion-las-mariposas-a-diez-anos-la-gesta-del-nombre-propio>
 - 3. Rafecas, D., (2021), *Derecho penal sobre bases constitucionales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Ediciones Didot.
 - 4. Zaffaroni, E.R., Alagia, A., Slokar, A., (2014), *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Argentina, Ediar.
 - 5. Ley N° 2303 – Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.