

# Mujeres trans y narcotráfico: (re) pensando el estado de necesidad disculpante con perspectiva de género

**Resumen:** Las autoras se proponen analizar el estado de necesidad disculpante, previsto en el artículo 34, inciso 2°, segunda parte, del Código Penal, con perspectiva de género. Así, se (re) pensarán los casos en los que las mujeres *trans* son criminalizadas por delitos relacionados con la Ley 23.737, entendiendo que es posible la aplicación de la causal cuando además del género se advierten otros factores de discriminación interseccional.

## Introducción

A lo largo de la historia, las relaciones sociales de género se establecieron a partir de las lógicas asimétricas de poder tomando en cuenta para ello la asignación biológica, sobre la cual la estructura patriarcal construyó aquellas relaciones de subordinación. En nuestra sociedad actual, aún persisten categorías y prácticas discriminatorias, originadas en la existencia de patrones sociales y culturales.

Específicamente, “la discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría”[\[2\]](#).

En ese sentido, la identidad de género está estrechamente relacionada con el principio de igualdad, entendido como aquella situación de equilibrio que impone un trato diferente para circunstancias no coincidentes. Desde esta perspectiva, significa que la igualdad no consiste en la identidad absoluta, sino en la proporcionalidad equivalente entre dos o más personas, es decir, propiciando a cada una lo adecuado según las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico -en general- y el derecho penal -en particular- plantean muchos problemas, puesto que no solo coloca a las personas que se identifiquen con identidades de género diversas en situación de vulnerabilidad sino que, además, la discusión en materia de política criminal se ha centrado en la sanción de nuevas normas que han impactado notoriamente en su criminalización.

Por ello, nos proponemos en este artículo analizar las nuevas hipótesis fácticas que pueden configurar el estado de necesidad disculpante que se encuentra previsto en el artículo 34, inciso 2, segunda parte, del Código Penal, a la luz de la perspectiva de género, partiendo de la desigualdad interseccional que atraviesa a las mujeres *trans*. Particularmente, centraremos nuestro análisis en el eximente de culpabilidad, el que podría ser aplicado en el caso de las mujeres *trans* imputadas

por delitos en infracción a la Ley 23.737, siempre que concurren determinados elementos fácticos.

Bajo esa plataforma, abordaremos aquellas situaciones con enfoque de género, lo que implica la eliminación de estereotipos asignados por una estructura patriarcal que conlleva a invisibilizar lo que ocurre con aquel grupo que, mayormente, incurre en la participación de los delitos relacionados con el narcotráfico.

Finalmente, pretendemos interpelarnos si es posible que el Ministerio Público Fiscal, como órgano encargado de la persecución penal, inste un sobreseimiento, en razón de existir un estado de necesidad disculpante, basándose en circunstancias valoradas con perspectiva de género, a partir de la vivencia de situaciones de extrema violencia y vulnerabilidad.

Entendemos que, a partir de esta variable analítica no solo se podrán advertir estereotipos que se encuentran naturalizados por la sociedad en general y por los operadores judiciales en particular, sino, además, se podrá establecer e identificar los efectos negativos de algunas normas, basándose en criterios interpretativos que son utilizados para mantener la violencia y la discriminación que sufren las mujeres *trans*, instando a que aquellas sean aplicadas con perspectiva de género.

### **Identidad de género: un problema de derechos**

El concepto de género ha sido ampliamente abordado a través de diversas corrientes que basaron su clasificación, principalmente, en dos posturas. Por un lado, aquellas que se reducen al determinismo biológico -concepción binaria de hombre y mujer- y, por el otro, aquellas corrientes que plantean que son los contextos culturales y temporales los que definen las relaciones, percepciones e identificaciones de género.

Al respecto, señala Maffía que “[a]firmar que los sexos son dos, es afirmar también que todos estos elementos irán encolumnados, que el sujeto tendrá la identidad subjetiva de género de su sexo anatómico y cromosómico, lo expresará y aceptará los roles correspondientes, y hará una elección heterosexual. Lo que escape a esta disciplina se considerará perverso, desviado, enfermo, antinatural, y será combatido con la espada, con la cruz, con la pluma, con el bisturí y con la palabra” [3].

En ese sentido, entendemos que la primera corriente aludida, sobre la cual se fueron basando las relaciones sociales de género, trajo aparejada la falta de comprensión y análisis desde una perspectiva de género, pues en aquellos casos en que no cumplía con ese rol asignado y socialmente aceptado, las respuestas brindadas se transformaban en actos agresivos, discriminatorios, que tuvieron como consecuencia un trato diferenciado y perjudicial.

En otras palabras, reconocer a las personas solo por su asignación de sexo biológico y, por ende, asociarlas con el cumplimiento del estereotipo prefijado por el grupo hegemónico y dominante, contribuye a dejar fuera de la sociedad de

modo arbitrario e injusto a enormes porciones de la población, como sucede en el caso de las mujeres *trans*.

Por otra parte, la incorporación de los conceptos de sexo y género, primero en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, luego, en los ordenamientos jurídicos internos, ha puesto en evidencia -de manera crítica- las desigualdades e imparcialidades en la creación e interpretación de las normas. Las modificaciones y redefiniciones jurídicas no han sido menores, pues nos invitan a reinterpretar y reconceptualizar los principios de igualdad y de no discriminación.

En ese sentido, debido a las violaciones de los derechos humanos basadas en la identidad de género, a nivel internacional, fue necesario establecer una serie de principios legales sobre la orientación sexual y la identidad de género, en el entendimiento de que son esenciales para la dignidad y humanidad de cada persona y no deben ser motivo de discriminación o abuso.

Así, los Principios de Yogyakarta establecen que la identidad de género es “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales” [\[4\]](#).

Por su parte, la República Argentina, en la reforma constitucional del año 1994, incorporó en su artículo 75, inciso 22, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como también continuó ratificando otros instrumentos internacionales con jerarquía superior a la leyes, mediante los cuales se comprometió internacionalmente a eliminar toda forma de discriminación por sexo.

Pero, además, en el año 2012 se sancionó la Ley 26.743 [\[5\]](#) de Identidad de Género que marcó un avance significativo en el reconocimiento formal de derechos para personas *trans*. En ese sentido, la citada ley reconoce el derecho a tener la identidad sexual autopercebida en el documento nacional así como también el acceso a la atención sanitaria integral de personas *trans*.

No obstante las modificaciones legislativas a nivel interno y las recomendaciones formuladas por los expertos de los organismos internacionales, la discriminación y la desigualdad en el acceso a derechos de las mujeres *trans* continúan siendo graves, pues constituyen un patrón global y arraigado en las sociedades.

En ese mismo lineamiento, a nivel regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado su preocupación sobre la situación de vulnerabilidad al señalar que “[l]a violencia contra las personas *trans*, particularmente las mujeres *trans*, es el resultado de la combinación de varios factores: exclusión, discriminación y violencia en el ámbito de la familia, de la educación y de la sociedad en general; falta de reconocimiento de su identidad de género;

involucramiento en ocupaciones que las ponen en un riesgo más alto de violencia; y alta criminalización”<sup>[6]</sup>.

Es decir que, la identidad de género es uno de los aspectos más importantes que conforman la identidad personal, que hacen al derecho fundamental de la dignidad humana y que, además, es atravesado por otros derechos humanos, tales como la salud, la intimidad, el trabajo, la educación y su proyecto de vida.

Por ello, resulta fundamental comprender las circunstancias y desarraigar los condicionamientos estructurales que empujan a excluir a estos colectivos disidentes y comenzar a analizar las situaciones de vulnerabilidad en que se suelen encontrar, a fin de entender que muchas veces esa situación deriva en la criminalización de conductas que, si bien si bien se encuentran penalizadas por nuestro ordenamiento jurídico nacional e internacional, debieran ser analizadas e interpretadas con perspectiva de género.

### **III. El estado de *necesidad* en legislación argentina y la *necesidad* de una interpretación con enfoque de género.**

Sabido es que, “no se conoce ningún objeto, y menos aún un objeto en el campo de lo jurídico, desde una actitud axiológicamente neutra. Además, toda descripción o análisis de la realidad se hace desde alguna perspectiva, generalmente androcéntrica, que es la que pasa por una no perspectiva<sup>[7]</sup>”.

Es que el derecho se entrama en otros sistemas normativos (social y moral) que, al igual que este, contribuyen al disciplinamiento de género. Además, el sistema de normas contiene en sí misma sus propias reglas de legitimación, las que consolidan el poder de quienes son, en definitiva, los sujetos creadores de derechos, los hombres<sup>[8]</sup>.

Entonces, según lo señalado, partimos de una base discriminatoria tanto en la forma de *pensar* las leyes así como también en su interpretación y aplicación por parte de los operadores judiciales.

Ahora bien, sin pretender realizar un análisis dogmático exhaustivo del tema -que no es el propósito del presente ensayo- cabe recordar que el artículo 34 del Código Penal (en adelante CP) prevé los supuestos en que se aplican permisos para realizar acciones típicas: estado de necesidad disculpante y exculpante (inc. 2, segunda parte e inc. 3, respectivamente), cumplimiento de un deber (inc. 4, primera parte), ejercicio de un derecho (inc. 4 *in fine*) y legítima defensa (incisos 6 y 7).

En lo que aquí interesa, el inciso 2, segunda parte, -definido doctrinariamente como estado de necesidad disculpante- establece que no será punible la persona que obrare por “*amenazas de sufrir un mal grave e inminente*”. En tanto, el inciso 3 prevé que quien “*causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño*”, no será pasible de sanción penal, consagrando el estado de necesidad justificante.

Sobre este andarivel, comenzaremos definiendo sucintamente estas hipótesis que regulan el estado de necesidad dentro de nuestro CP. En este sentido, la doctrina dominante ha entendido que si bien ambos casos tratan de supuestos de estado

de necesidad existen notables diferencias dogmáticas entre ambas hipótesis para que proceda su aplicación. Veamos.

El inciso 3 reconoce la posibilidad de resolver un conflicto realizando una conducta que la ley encuadra en delito cuando el bien salvado es de mayor valor que el bien jurídico lesionado. Esta figura opera como faz negativa de la antijuridicidad, entendida como la contrariedad al orden jurídico como un todo armónico.

En dicha hipótesis, podríamos enmarcar la situación en que se encuentra una persona que para preservar un bien jurídico en peligro de ser destruido o disminuido, realiza un comportamiento típico que lesiona o afecta otro bien jurídico, considerado este menos valioso por el orden jurídico<sup>[9]</sup>.

Por su parte, el inciso 2, segunda parte, habilita el accionar de una persona que si bien realiza una conducta típica y antijurídica, aquella no es culpable, pues no se le puede exigir que actúe de otra manera y, por tanto, no puede serle reprochable jurídicamente.

Entonces, a diferencia del estado de necesidad justificante, no se prevé como requisito que el bien jurídico que se salva sea mayor al que es dañado. Esto se debe justamente a que, el interés del legislador no fue proponer un caso de colisión de bienes jurídicos sino más bien contemplar la situación de aquella persona que se encuentra amenazada de sufrir un mal grave o inminente y, por lo tanto, esa situación le restringe su posibilidad de *autodeterminación*.

Hasta aquí, es posible advertir que para que una conducta pueda ser encuadrada dentro de la hipótesis del estado de necesidad disculpante tienen que concurrir acumulativamente los siguientes requisitos: existir una amenaza; inexistencia de autor de la obligación de soportarla y; el mal que causa dicha amenaza debe ser grave, inminente y actual.

En cuanto al concepto de amenaza o *vis compulsiva*, la doctrina entiende que incluye cualquier “peligro de mal grave e inminente, cualquiera sea el origen de la acechanza, y abarca tanto la posibilidad de daño físico como la de daño moral<sup>[10]</sup>”. Aquel daño tiene que ser actual y grave, lo que excluye, en consecuencia, los posibles males o daños hipotéticos lejanos que un determinado accionar puede causar. Asimismo no puede existir, para la configuración de este eximente, la obligación por parte del autor de tener que soportar el peligro debido a un deber legal.

A su vez, el sujeto debe encontrarse reducido en su ámbito de *autodeterminación*, donde, además, resulte trascendente la idea de la ponderación de bienes jurídicos. Es decir que, la culpabilidad del autor se excluiría, en primer lugar, por la presión anímica y, en segundo lugar, porque el sujeto que actúa en estado de necesidad disculpante no sólo lesionaría un bien jurídico, sino que también preservara otro.

Señala Roxin que -en estos casos- “la eximición de pena no se debe a la falta de desaprobación del hecho por el ordenamiento jurídico, sino a que la conducta, pese a la desaprobación, no se juzga necesitada de pena. Es decir, el fundamento de dicha exención no radica en la ausencia de culpabilidad, sino en la falta de una necesidad preventiva de punición”<sup>[11]</sup>.

Lo expuesto, no significa que el sujeto no conozca la antijuridicidad de su accionar, requisito que, además, es condición *sine qua non* para que esté presente el eximente, sino que, no puede adecuar su comportamiento a la norma, ya que se encuentra de manera preexistente en una situación de vulnerabilidad que limita o bien reduce totalmente las posibilidades de elección de su accionar.

Ahora bien, creemos necesario la interpretación de las circunstancias fácticas que pueden constituir una causal de eximente de la culpabilidad desde una perspectiva de género, ello como método y punto de partida de análisis sobre el cual se reconoce la existencia de relaciones asimétricas de poder que pueden conducir a situaciones de vulnerabilidad que impiden que el sujeto implicado pueda efectivamente actuar conforme a derecho, como veremos, en el caso de las mujeres *trans*.

A su vez, señala Facio que, “el proceso por el cual un jurista lleva adelante la interpretación judicial no es una tarea lógica-deductiva exenta de toda creatividad y/o subjetividad valorativa, sino más bien una labor de enjuiciamiento en la cual el aplicador juzga siempre desde sí mismo”<sup>[12]</sup>.

Partiendo de lo hasta aquí dicho, sabido es que quedará en manos del intérprete de la situación y de la norma establecer si las circunstancias fácticas de un presunto hecho delictivo pueden configurar un caso de estado de necesidad disculpante.

En este entendimiento, la perspectiva de género como paradigma y eje interpretador permite ampliar el espectro y vislumbrar nuevas circunstancias fácticas en que una persona, debido a la situación de exclusión y vulneración estructural de sus derechos por razones de su género, se ve impedida de adecuar su conducta a la norma.

### **Contextualizando la criminalización de mujeres *trans***

Los problemas asociados al tráfico ilícito de sustancias estupefacientes son altamente complejos por su incidencia tanto en el ámbito global como a nivel nacional. En ese sentido, el tráfico de drogas es una actividad que depende de la participación de una extensa red de agentes. Se trata de grupos que requieren de una sofisticada división del trabajo para llevar a cabo estas maniobras delictivas así como también valerse de personas en situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, las investigaciones han demostrado que los delitos vinculados al tráfico de drogas operan en el marco de redes complejas y con jerarquías sociales, donde los eslabones más bajos en la cadena de comercialización tienen una mayor exposición al poder punitivo del Estado y son ocupados por los grupos especialmente vulnerables.

La Comisión Interamericana de Mujeres ha señalado que “[l]a mayoría de las mujeres que ingresan al mundo de las drogas ilícitas lo hacen al nivel más bajo, como portadoras humanas y como ‘micro-trafficantes’ en pequeña escala, y por lo tanto no ocupan un papel de liderazgo en el proceso de comercialización[13]”. En ese contexto, los estándares basados en estereotipos de género tienden a relegar a estos colectivos a formas de trabajo mal pagas, poco valoradas e, incluso, a participar en actividades relacionadas al narcotráfico, mayormente ubicadas en el eslabón más bajo dentro de la cadena de comercialización realizando el transporte clandestino de aquellas drogas, utilizando, en muchas ocasiones, sus propios cuerpos.

En esta línea, es usual ver en las redes de comercialización que mientras los varones tienen más posibilidades de ocupar cargos de mayor jerarquía y poder, ocupando puestos importantes en la toma de decisiones, las mujeres *trans* se suelen incorporar como correos de drogas -conocidas como “mulas”- o como vendedoras de estupefacientes en menores cantidades, es decir, al menudeo. Ello pues, las mujeres *trans* suelen encontrarse en situaciones de pobreza y exclusión social, que conllevan a la violación de sus derechos, tales como: la educación, el acceso a un empleo en condiciones dignas, la salud y la vivienda; y a diferentes consecuencias como el estigma, discriminación y transfobia, violencia y abuso sexual y físico.

Dichos factores influyen de manera directa al momento de hablar de su calidad de empleo, ya que en muchísimos casos se ven empujadas a trabajar en economías informales altamente criminalizadas, como el mercado de drogas, el trabajo sexual o el sexo por supervivencia, lo que permite que sean perfiladas como “peligrosas”, haciéndolas más vulnerables al abuso policial y a ser encarceladas.

Sumado a ello, se advierte una estrecha vinculación entre el impacto de las reformas legislativas en materia de estupefacientes, las políticas de seguridad y migratorias, y los procesos de estigmatización y criminalización de las identidades *trans*.

En este razonamiento, si bien los tipos penales de la ley de estupefacientes no hacen distinción por la variable sexo-género, su aplicación ha producido un impacto diferenciado que se traduce en un incremento significativo en la criminalización de mujeres *trans* imputadas por el delito de tenencia simple, facilitación gratuita y tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Esto, encuentra sustento en los datos relevados por la Procuraduría de Narcocriminalidad (PROCUNAR)[14], donde se constató que durante el periodo comprendido entre los años 2002-2018, el motivo más frecuente por el que se iniciaron procesos penales y condenaron a mujeres cis, trans y travestis fue por causas vinculadas a la Ley 23.737.

Es decir que, no resulta equivocado el razonamiento respecto a que los puestos o roles más bajos dentro de la cadena de narcotráfico son ocupados por este colectivo, lo que implica, a su vez, una mayor exposición frente al poder punitivo del Estado y, por tanto, a su persecución penal.



Lo dicho, también fue expuesto en el documento elaborado por la Dirección General de Derechos Humanos, la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres (UFEM) y la Dirección General de Políticas de Género, del Ministerio público Fiscal de la Nación.

Según el relevamiento, "(...) las mujeres trans privadas de la libertad en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal están imputadas fundamentalmente por delitos relacionados con la ley de estupefacientes, en especial por tenencia con fines de comercialización, transporte y contrabando, y también por infracciones a la ley de trata de personas con fines de explotación sexual. Nuevamente, del análisis de expedientes judiciales se observa que en la mayor parte de los casos este colectivo constituye el último eslabón en la cadena de organización criminal"[\[15\]](#).

Este estado de situación, nos permite concluir que efectivamente las modificaciones legislativas, sumado a la falta de acceso a derechos económicos, sociales, culturales y ambientales tienen un impacto diferenciado y negativo hacia las mujeres *trans* en los procesos de criminalización relacionados a delitos en infracción a la Ley 23.737.

En efecto, las mujeres *trans* enfrentan una notoria desigualdad en el acceso a la justicia, pues aún se evidencia por parte de los operadores judiciales interpretaciones normativas discriminatorias, sustentadas en la existencia de patrones culturales y sociales androcéntricos.

Esta situación nos obliga a pensar en las lógicas de poder y a comenzar a transitar un largo camino que nos obligue a incorporar un enfoque de género en el análisis y aplicación del derecho en aquellos casos en los que se pongan en evidencia aquellas desigualdades.

### **Otro sí digo**

#### **Desafío: repensar las consecuencias jurídicas con un enfoque de género**

En términos generales, y habiendo efectuado un breve análisis sobre el estado de situación de estos grupos vulnerables, podemos vislumbrar que la interpretación de los supuestos que constituyen la figura del estado de necesidad disculpante resultan determinantes. En ese sentido, entendemos que una de las posibles soluciones para los casos de criminalización de una mujer *trans* por delitos en infracción a la Ley 23.737, se deberá buscar en el plano de la culpabilidad.

Partiendo desde esa perspectiva, debemos analizar si la reducción del poder de elección y decisión por parte de las mujeres *trans* -influido por la discriminación interseccional- en el comportamiento imputado, le permite o no al Estado la formulación de un reproche penal.

Resulta importante aclarar que, el mero hecho de que la mujer *trans* se encuentre en un estado de vulnerabilidad y posible violación de sus derechos fundamentales, no implica *per se* el permiso normativo para cometer delitos, sino que lo que queremos significar es que ese estado de situación preexistente de la persona es un elemento más para analizar al momento de interpretar y aplicar la ley penal a la luz de la perspectiva de género.



En definitiva, la procedencia o no de esta causa de inculpabilidad dependerá de la verificación del resto de los elementos y deberá ser analizada en cada situación en particular, pero siempre, con perspectiva de género.

En consecuencia, para verificar la existencia de una causal de eximición de la culpabilidad, tenemos que hacer énfasis en los casos en que, además del género, se adviertan otros factores de discriminación tales como como la pobreza, la falta de educación, el acceso a condiciones dignas de trabajo, la migración, entre otros. En ese contexto, donde opera la discriminación interseccional y en donde es verificada la situación de desigualdad, los operadores judiciales debemos interpretar las normas de manera neutral y sin estereotipos de género y discriminatorios.

De ese modo, se plantea el interrogante: ¿es posible que el Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal, inste un sobreseimiento por aplicación de una causa de eximición cuando, las imputadas, son mujeres *trans* criminalizadas por delitos relacionados al tráfico de drogas? Veamos.

### **El rol del Ministerio Público Fiscal y su *deber* (no) ser**

Las tensiones en el interior de este debate son verdaderamente significativas para la política criminal. Los factores sociales, culturales, políticos y, por sobre todo, los económicos, inciden de manera directa en el involucramiento de las mujeres *trans* en las redes del narcotráfico, principalmente en los eslabones más bajos de la cadena de comercialización y, por lo tanto, implica una mayor exposición a una posible aprehensión por parte de los órganos encargados de la persecución penal.

Frente este panorama, se podrían plantear una serie de desafíos en busca de comprender la situación de aquellas mujeres *trans* que son perseguidas por la comisión de delitos relacionados al tráfico ilícito de drogas, incorporando estrategias e interpretaciones legales con perspectiva de género que permitan reducir su situación de vulnerabilidad frente al sistema penal.

En este contexto, creemos que el Ministerio Público Fiscal es un actor esencial. La Ley Orgánica establece que su misión es velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos así como también tiene a su cargo fijar la política de persecución penal (arts. 1 y 3 de la Ley 27.148).

En efecto, en la medida en que la persecución penal como reproche permita un diálogo sobre qué clase de conductas particulares y concretas resultan merecedoras de una imputación penal, se podrá ampliar el acceso y la protección de derechos a las mujeres *trans*, en cumplimiento con lo establecido en nuestra Carta Magna y en los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país. Así las cosas, la incorporación de la categoría analítica de género resulta un desafío intelectual para los integrantes del MPF, en tanto, nos obliga a interpretar de forma distinta los contenidos de relevancia jurídica, reevaluando las hipótesis

fácticas que constituyen las categorías dogmáticas, tales como, el estado de necesidad disculpante.

Recientemente, el representante del Ministerio Público Fiscal, Franco Picardi elaboró un dictamen –vanguardista- en el que solicitó, al momento de requerir la elevación a juicio de las actuaciones, el sobreseimiento de 5 (cinco) mujeres *trans* imputadas por comercio de estupefacientes (art. 5 de la ley 23.737), en virtud del artículo 34, inciso 2, segunda parte del CP, por entender que aquellas habían sido utilizadas por los integrantes de una estructura organizada para llevar a cabo la venta de estupefacientes al menudeo<sup>[16]</sup>.

Resulta interesante la solución propuesta, en tanto desde el comienzo de la investigación penal se utilizó la perspectiva de género como paradigma y categoría analítica. En esa dirección, se consideró que el accionar llevado adelante por las imputadas se encontraba inmerso dentro de la figura del estado de necesidad disculpante.

Para así entenderlo e interpretarlo, se sostuvo que la conducta delictiva de las implicadas era la parte visible de una maniobra de mayor complejidad constituyendo ellas entonces los eslabones más bajos de la cadena de comercialización.

Asimismo, se valoró que todas poseían antecedentes penales destacando, en particular que tres de ellas se trataban de delitos previstos en la ley de estupefacientes y que habían estado previamente detenidas, lo cual permitió establecer un hilo conductor respecto a la criminalización de mujeres *trans* fundadas en delitos previstos en la ley 23.737.

Pero, además, se tuvo en cuenta y valoró la discriminación en razón del género que sufrieron las imputadas así como también se analizó la situación de vulnerabilidad en que se encontraban las mujeres *trans*. Sobre este punto, se hizo hincapié en que cuatro de las imputadas eran migrantes, que habían llegado al país en situaciones de precariedad económica y social, con la expectativa de conseguir un empleo. A mayor abundamiento, todas provenían de estructuras familiares con necesidades básicas insatisfechas y carecían de educación, trabajo formal y vivienda digna.

Por último, para sostener la procedencia de la causal del estado de necesidad disculpante, el magistrado tuvo en cuenta el espacio donde se había llevado a cabo el comercio de estupefacientes, pues se trataba de un hotel que tanto en su exterior como en su interior carecía de condiciones esenciales de higiene, infraestructura y seguridad.

Del cúmulo de todas esas circunstancias fácticas, y en especial de la situación de vulnerabilidad general en que se encontraban las implicadas, el representante del Ministerio Público entendió que las mujeres *trans* se encontraban imposibilitadas de adecuar su conducta a la norma, lo que configuraba jurídicamente un caso de estado de necesidad disculpante.

En efecto, sin dudas se advierte en el desarrollo de la solución propuesta en el dictamen traído a colación que, al momento de analizar la situación puntual de las mujeres *trans*, el representante del Ministerio Público Fiscal optó por realizar un evaluación de los hechos con enfoque de género, pues entendió que existe una problemática que involucra la vulneración sistemática de los derechos humanos de las mujeres *trans*, y que atraviesa el poder de *autodeterminación*.

Además, se pudo valorar e interpretar el desplazamiento de la libertad de elección de las mujeres *trans* debido a la violencia ejercida por aquellos hombres que integran y ocupan los lugares más altos en la cadena de mando en las redes del narcotráfico.

Entendemos que, resulta de suma importancia la valoración de las situaciones particulares por las que atraviesan las mujeres *trans* y su paso por el sistema penal, ya que se expone con claridad la necesidad de analizar las situaciones fácticas a la luz de la perspectiva de género; ello permitirá vislumbrar que continuar con la criminalización de grupos especialmente vulnerables no contribuye a combatir el narcotráfico como política criminal de estado.

### **Pensando una conclusión**

La idea de que la protección de los derechos de las mujeres *trans* en el Código Penal y en sus leyes complementarias está garantizada por la igualdad formal, hace que olvidemos que dichas normas se pensaron y se sancionaron -incluso con sus incansables modificaciones- olvidando y negando las situaciones de discriminación en razón del género que viven aquellas personas.

A ello, se le suman los mensajes incentivadores del marco jurídico. La hostilidad del sistema penal procede de su misma caracterización como sistema jerárquico, formalizado, ritualizado y patriarcal, características que se acentúan en los casos en que se criminalizan a mujeres *trans*, pues el Poder Judicial y nosotros, los operadores jurídicos, compartimos estereotipos de género.

La perspectiva de género parte del punto de reconocer la desigualdad histórica existente entre los géneros. En ese sentido, adoptar la variable analítica de género, implica abandonar la supuesta neutralidad de la dogmática penal que termina afectando de manera desproporcionada los derechos de las mujeres *trans*.

En ese sentido, incorporar un enfoque de género, como dijimos, va más allá de la situación en particular de una mujer *trans* criminalizada por delitos en infracción a la ley de estupefacientes, pues debemos evaluar la situación de discriminación y subordinación de ese grupo que forma parte de la cadena de comercialización, que debido a su estado de necesidad, resulta ser el eslabón más bajo.

El desafío, entonces, se presenta en la modificación de aquellos estereotipos a través de la interpretación y aplicación de las normas penales dependiendo en buena medida de una formación adecuada por parte de los operadores judiciales como parte integrante del Estado, que tienen la obligación de protección de los colectivos más expuestos a patrones de discriminación y violencia.

En palabras de Facio “si se tiene un compromiso vital con la igualdad de los géneros, se puede incorporar una perspectiva de género en la interpretación

judicial, sin que por ello se vulnere la imparcialidad o independencia del juez o jueza, más bien todo lo contrario, si no se interpreta con una perspectiva de género, no se es imparcial ni independiente porque sin la incorporación de esta perspectiva se cae necesariamente en la parcialidad hacia los hombres y en la dependencia de estereotipos y prejuicios construidos sobre la creencia de que el varón es el modelo de lo humano<sup>[17]</sup>.

[1] Empleadas de la Fiscalía Federal N° 1 de Lomas de Zamora.

[2] Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Identidad de género, y no discriminación a parejas del mismo sexo", Opinión Consultiva OC-24, del 24 de noviembre de 2017 [Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen\\_seriea\\_24\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_24_esp.pdf)]

[3] MAFFIA, Diana (comp), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Buenos Aires, Editorial Feminari, 2003, pág. 6.

[4] "Principios de Yogyakarta. Sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género". Los Principios fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos en derechos humanos de distintas regiones y diversa formación, entre ellos: jueces, académicos, un ex Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, los Procedimientos Especiales de la ONU, miembros de órganos de los tratados, ONGs y otros. El profesor Michael O'Flaherty, Relator del proceso, hizo importantes contribuciones al redactar y revisar los Principios de Yogyakarta, llevado a cabo entre el 6 y 9 de noviembre de 2006. [Disponible en <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/>].

[5] Sancionada el 09/05/2012 y publicada en el B.O. el 23/05/2012.

[6] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América", OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, pág.15. [Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>].

[7] FACIO, Alda, *Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género*, en Bergallo, Paola y Moreno, A., (comp.), *Hacia Políticas Judiciales de Género*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2007, pág. 313.

[8] FACIO, Alda (et al.), "Feminismo, Género y Patriarcado", en *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires*, Año 3, Número 6, 2005, pág. 291 [Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revista-ensenanza-derecho/article/viewFile/33861/30820>].

[9] RIGUI, Esteban, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, Lexis Nexis Argentina, 2008, pág. 281.

[10] D'ALESSIO Andres Jose et al (dir.), *Código Penal Comentado y Anotado. Parte general*, Buenos Aires, La Ley, 2005, pág. 309.

[11] Ob. cit., pag. 305/306

[12] FACIO, Alda, *Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género*, en Bergallo, Paola y Moreno, A., (comp.), *Hacia Políticas Judiciales de Género*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2007, pág. 300.

[13] Comisión Interamericana de Mujeres, *“Mujeres y drogas en las Américas: Un diagnóstico de política en construcción*, Enero de 2014. [Disponible en <https://www.oas.org/es/cim/docs/WomenDrugsAmericas-ES.pdf>].

[14] Procuraduría de Narcocriminalidad de la Procuración General de la Nación, *“Narcocriminalidad y Perspectiva de género”* [Disponible en <https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2021/02/Narcocriminalidad-y-perspectiva-de-g%C3%A9nero.pdf>].

[15] *“Aportes del Ministerio Público Fiscal de Argentina para el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica de la ONU”*<sup>17</sup>, elaborado por la Dirección General de Derechos Humanos, la Unidad Fiscal Especializada de Violencia contra las Mujeres (UFEM) y la Dirección General de Políticas de Género, 2018, págs.. 11/12 [Disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2018/10/Aportes-de-la-DGDH-UFEM-y-de-la-Direcci%C3%B3n-General-de-Pol%C3%ADticas-de-G%C3%A9nero.pdf>].

[16] Dictamen del Fiscal Federal de la Fiscalía Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, en causa n° 15278/17 – Fiscalnet n° 104649, caratulada *“P. S. E. P. y otros s/ infracción ley 23.737”*, del 09/04/2019.

[17] FACIO, Alda, *Elementos conceptuales y metodológicos para favorecer la interpretación judicial con perspectiva de género*, en Bergallo, Paola y Moreno, A., (comp.), *Hacia Políticas Judiciales de Género*, Buenos Aires, Editorial Jusbaire, 2007, pág. 316.