

COMENTARIO AL DICTÁMEN DE ELEVACIÓN A JUICIO DE LA CAUSA
“P.S.E.P. Y OTROS S/INFRACCIÓN A LA LEY DE ESTUPEFACIENTES N° 23.737”

Asignatura: *Género y Justicia Penal: el disciplinamiento de los cuerpos en la cultura del castigo*, a cargo de la Docente Paula Casal. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Orientación elegida: Derecho Penal.

Martina Monte

“Como si para dominarlo en lo real hubiese sido necesario primero reducirlo en el campo del lenguaje, controlar su libre circulación en el discurso, expulsarlo de lo que se dice y apagar las palabras que lo hacen presente con demasiado vigor. Y aparentemente esas mismas prohibiciones tendrían miedo de nombrarlo. Sin tener siquiera que decirlo, el pudor moderno obtendría que no se lo mencione merced al solo juego de prohibiciones que se remiten las unas a las otras: mutismos que imponen el silencio a fuerza de callarse.
Censura.”

Michel Foucault en Historia de la sexualidad. Volumen 1: La voluntad de saber.

El pasado 12 de abril se dio a conocer que, en el marco de una investigación promovida por la Dirección Autónoma de Narcocriminalidad de la Policía de la Ciudad de Buenos Aires ante una posible infracción a la Ley N° 23.737, el titular de la Fiscalía en lo Criminal y Correccional Federal N° 5, solicitó el sobreseimiento, en los términos del artículo 34 inciso 2° del Código Penal, de 5 mujeres trans procesadas por comercialización de estupefacientes y la elevación a juicio de un hombre indicado como el facilitador del lugar donde se realizaban las operaciones.¹

En dicho dictamen, el fiscal solicitó profundizar las investigaciones en torno a la existencia de una posible organización criminal que se valdría de mujeres trans en situación de extrema vulnerabilidad para la comercialización de estupefacientes. El enfoque de género empleado por el fiscal, giró en torno a la construcción social del género auto-percibido como factor criminalizante y en ese sentido, buscó resaltar la exposición a la violencia en la que se encuentran ciertos grupos poblacionales debido a su orientación sexual, identidad y/o

expresión de género. En atención a esto, me gustaría realizar algunas consideraciones para ser tenidas en cuenta en la siguiente etapa procesal.

Diversos estudios realizados en las últimas décadas demuestran que el número de mujeres encarceladas por delitos vinculados al comercio de las drogas se ha incrementado drásticamente en todo el mundo. Algunas de las causas subyacentes a este fenómeno se vinculan a la implementación de políticas económicas neoliberales y de reforma estructural; los cambios relacionados a nuevos patrones de consumo de drogas; y con la emergencia de nuevos modelos de familia y sus roles asociados que exponen a las mujeres a una variedad de circuitos económicos, legales e ilegales. (Anitua & Picco, 2012). Silvia Federici señala que no se puede estudiar la génesis del capitalismo sin obviar la función central que ha cumplido la mujer en el proceso de acumulación del capital, a partir de la división sexual del trabajo y el trabajo no pago como pilares fundamentales sobre los cuales se construyó la explotación de los trabajadores asalariados, la esclavitud del salario, así como el secreto de su productividad (Federici, 2004).

En este escenario, la guerra contra las drogas se ha convertido en una guerra contra las mujeres, en especial, contra las mujeres pobres y extranjeras, que en América Latina, y particularmente en Argentina, ha desplazado en las demandas de criminalización a los delitos considerados tradicionalmente como femeninos - aborto, infanticidio, prostitución, homicidioⁱⁱ- y ha puesto en evidencia las diferencias existentes en las tasas de ocupación y desocupación, calidad de empleo, oportunidades de movilidad social ascendente y perfiles delictivos entre hombres y mujeres, al ocupar éstas últimas los eslabones más visibles de la cadena de producción, tráfico y comercialización de drogas.ⁱⁱⁱ

Pero un aspecto generalmente descuidado en la cuestión del delito es el relacionado al modo de construcción de los problemas sociales y la identidad colectiva de los actores intervinientes. Si para la criminología crítica los problemas sociales son construcciones sociales, *donde lo que es falso es el problema, y lo que es verdadero son los intereses – de dominación y conservación del poder – de aquellos que construyen el problema* (Pitch, 2003), entonces la construcción discursiva (y jurídica) de la victimización como categoría ontológica que acompaña a ciertos grupos poblacionales, es una decisión política y bastante peligrosa para aquellos operadores de justicia que pretendan aplicar la perspectiva de género en la construcción de sus demandas de criminalización.

En palabras de Tamar Pitch: *demandar la criminalización de un acto implica entonces problematizarlo de un modo particular: si la solución al problema es parte del problema, la respuesta criminalizante forma parte de la caracterización del problema*. Esto quiere decir, en términos burdos, que si seguimos identificando al colectivo de mujeres y mujeres trans como un grupo vulnerable (o vulnerado) y no se toma conciencia del potencial simbólico de nuestras construcciones semánticas en el espacio de resignificación político y social, corremos el riesgo de caer la mentada neutralidad del derecho, que aún sigue siendo universalmente masculino. Ya es bien conocido el teorema de Thomas en el ámbito de la sociología: *si los hombres definen las situaciones como reales, serán reales en sus consecuencias*.

La pobreza, la dependencia económica, la maternidad, la exclusión del acceso a los sistemas de salud y educación, al mercado laboral formal, la falta de vivienda, el rechazo de su identidad y hasta de su propia existencia con pronósticos de expectativas de vida alarmantes, son algunas de las circunstancias que identifican a una mujer trans. Pero la negación de toda posible experiencia de emancipación a través del lenguaje, como terreno de disputa simbólica (Padilla, 2012), es mucho más que la sola dimensión construida alrededor de su género auto- percibido; y cualquier análisis que se pretenda realizar sobre la situación del colectivo trans, desde un enfoque paternalista, sin tener en cuenta la interseccionalidad de sus opresiones, es falso en sus intenciones. (Davis, 2005). El derecho penal como instrumento de política social, *no solo debe ser estudiado desde la inclusión en un sistema de derechos ya existente, sino también desde la inclusión en el discurso político de cuestiones que desafían a ese discurso en sí mismo* (Pitch, 2003).

El proceso de victimización como construcción ontológica tiene sus raíces en la segunda mitad del siglo XX, con la introducción en los Estados Unidos del derecho antidiscriminatorio. La utilización de los términos “vulnerabilidad” y “grupos vulnerables” se explica a partir de la entrada en vigencia de dos instrumentos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea.^{iv} Sin embargo, la popularidad de estas expresiones comenzó a partir de uso por los organismos internacionales de Naciones Unidas y de derechos humanos, los cuales buscaban visibilizar las políticas activas y programas de empleo que se desplegaban en sus estructuras, donde “los grupos vulnerables” se identifican con las mujeres, los jóvenes, emigrantes y personas con discapacidad.^v Dentro del ámbito jurídico, sus referencias estuvieron ligadas a la jurisprudencia y a la doctrina relativa a los

derechos humanos.

En este contexto, Marta A. Fineman introdujo en el campo de la teoría legal feminista el concepto de la vulnerabilidad, con la intención de fundamentar la responsabilidad del Estado en la toma de decisiones relacionadas con esa vulnerabilidad. Su trabajo pretendió inscribirse como una alternativa a la construcción del sujeto liberal de derecho en una economía de la desigualdad y en contraposición al principio de la igualdad formal, de manera tal que proponía a la vulnerabilidad como una cuestión inherente a la condición humana, dentro de un modelo de Estado activo, que si bien no puede erradicarla, al menos puede mediatizarla, compensarla o disminuirla mediante programas de inclusión social. De ahí que su discurso resulte, en opinión de la jurista, relevante *“para cualquier sistema que busca justicia, en particular para los que consideran la discriminación como causa primaria de las desigualdades sociales, económicas y políticas”* (Unzueta, 2016).

A pesar del impacto transformador que tuvo la tesis de Fineman en el mundo académico, los Tribunales de Justicia y de Derechos Humanos continuaron utilizando el concepto de “grupo vulnerable” como grupo estigmatizado. El quid de la cuestión radicaba, explica Unzueta, en que los sujetos vulnerables del Tribunal eran típicos ejemplos de los “Otros” en la teoría clásica liberal: etiquetando sólo a unos como tales, no se problematizaba la idea de la inexistencia de la posibilidad de pensarlos como invulnerables y se eliminaba toda potencialidad referente a su autonomía. De esta manera, la vulnerabilidad no constituía una posibilidad sino una certeza que acompañaba a ciertos grupos poblacionales desde su nacimiento. y que, por lo tanto, no es que sean solo vulnerables, sino que ya han sido vulnerados.

Al respecto de esto último, Tamar Pitch afirmó que el desplazamiento en el campo jurídico del concepto de “opresión” por el de “victimización” por parte de los operadores de justicia y hasta de los propios actores sociales, no debe ser leído como una simple mutación semántica, sino interpretado a partir de sus implicancias políticas y teóricas. En ese sentido, mientras el concepto de opresión remite a una categoría omnicomprensiva del pasado como historia colectiva e identifica actores en juego con una multiplicidad de factores tanto intencionales como estructurales, la categoría de victimización traduce historia colectiva a biografía individual, mediante un proceso de simplificación de acciones precisas e intencionales, donde

se individualiza únicamente a aquellos actores que son los objetos de dichas acciones “victimizantes”. De acuerdo con esto, el lenguaje de la victimización construye a sujetos abstractos de derecho y articula los intereses liberales tradicionales, mientras que el lenguaje de la opresión contribuye a dar legitimidad a intereses colectivos, razón por la cual ha cumplido un rol fundamental en los regímenes socialistas y socialdemócratas del Estado de bienestar. (Pitch, 2003).

El proceso de construcción de las demandas de criminalización a partir de esta inversión, es explicado por Pitch a través de la interacción entre los conceptos “cultura de la periferia” y “cultura del centro”, según la cual en la primera se identifican a los movimientos sociales que promueven demandas colectivas y, en el segundo, se ubican a las estructuras jerárquicas o de mercado, de manera tal que su interrelación permitiría traducir, a través del filtro penal, las demandas complejas promovidas por los primeros en demandas de criminalización negociables políticamente.

Es en este espacio de ambivalencia entre cultura de la periferia y cultura del centro, en el cual, bajo las reglas del sistema penal tradicional, entran en conflicto los dos aspectos constitutivos de la identidad colectiva: la legitimación como sujeto político dentro del proceso penal y la construcción interna de una identidad colectiva. Esta problemática relación devela entonces que confiar el reconocimiento de la propia identidad política al sistema de justicia penal trae consigo la también difícil relación entre autonomía y protección: el status de actor político como actor autónomo deviene derivado del reconocimiento de su propia condición de víctima. En este marco, **el colectivo de mujeres trans es reconocido como actor político a través de su propia subordinación e identificación como víctimas vulnerables**, al punto tal de ser despojadas de toda autodeterminación que posibilite comprender la criminalidad de sus actos, como si el problema en realidad se enfocara en su autonomía y no la construcción de categorías universalmente válidas que las imposibilite identificarse y existir en el mundo de otra manera.

Un análisis acertado desde una perspectiva de género, sería entonces asumir, en primer término, la incapacidad del derecho penal para traducir las demandas colectivas fuera del binomio víctima-victimario, y contemplar la posibilidad de la re- introducir la categoría de opresión en el lenguaje jurídico. Para ello, considero fundamental el hecho de re- pensarnos desde nuestros espacios de privilegio y servirnos de la interseccionalidad como

herramienta de análisis para comprender la multiplicidad de subordinaciones en las que se encuentran las mujeres trans argentinas y extranjeras que ejercen la prostitución y hasta qué punto su identidad es políticamente negociable en los términos de Tamar Pitch.

El feminismo eficaz, dice Angela Davis, no solo tiene que luchar contra la homofobia y la explotación de clase, raza y género, sino también contra el capitalismo y el imperialismo donde el lenguaje no es ajeno a sus influencias. José Ignacio Padilla en su obra *El terreno en disputa es el lenguaje: Ensayos sobre poesía latinoamericana*, explica que el capitalismo elabora el relato de una comunicación social funcionalmente exitosa, donde el lenguaje es presentado como un espacio despolitizado y poco relevante para narrar las experiencias, cuando en realidad no deja de ser un espacio de construcción de verdad en términos foucaultianos.^{vi} De esta manera, el “capital semiótico” *constituye y narra al individuo y lo social, al afecto, el deseo, lo posible y lo vivible* (Padilla, 2012).

La implementación de la perspectiva de género como categoría analítica representa un desafío intelectual para los operadores de justicia y obliga reevaluar las categorías dogmáticas y de relevancia jurídica con las que se resuelven los problemas penales. En este sentido, Pitch agrega que el proceso de criminalización no sólo implica la suma de nuevos comportamientos al listado de delitos ya existentes, sino también su revisión conceptual y cognoscitiva, que nos permitan examinar de forma distinta los contenidos descuidados por la enseñanza universitaria y la creación de un nuevo conocimiento en torno a nuevos campos de investigación y a sus actores intervinientes. Esto debería permitirnos reflexionar acerca de las consecuencias de un abordaje jurídico en un campo donde las reglas son conocidamente masculinas, liberales, abstractas, universales, jerarquizantes y pretendidamente neutrales e imparciales. Esto significa que cualquier análisis de la normativa y de la jurisprudencia aplicable a mujeres y disidencias sexuales en infracción de la ley penal debe ser leído en un sentido crítico para comprender el papel que juega la criminalización de estas mujeres y disidencias en la reproducción de sus propias condiciones de opresión.

Dentro de este marco, Anitua y Picco mencionan a Roberto Gargarella como uno de los autores que ha problematizado la propia legitimidad del derecho penal en las condiciones de alienación y privación relativa en las que se pueda encontrar una persona.^{vii} Gargarella sigue la línea de autores anglosajones que reconocen la existencia de precondiciones de la responsabilidad criminal que imposibilitan la actuación de la justicia penal en situaciones de

injusticia social grave, de manera que, a menos que estas condiciones estuvieran satisfechas, una persona no podría ser juzgada en términos penales (no solo exclusivamente en términos de culpabilidad).^{viii} Desde esta perspectiva entonces, la pobreza y la vulnerabilidad constituyen problemas jurídicos que deben ser atendidos por el derecho y de no ser abordados a partir de una contra – selección penal, más justo sería tomarlos como verdaderas causas de justificación en el estadio de la antijuricidad en función de los principios republicano de gobierno y justicia social presentes en los artículos 1, 75 inciso 19 y 22 de nuestra Constitución. Después de todo, el examen de la antijuricidad se realiza en todo el ordenamiento jurídico y se supone que “el derecho penal es derecho constitucional aplicado”.

Por otro lado, respecto de los aportes de la teoría legal feminista posmoderna, quisiera resaltar los trabajos que ubican a la experiencia humana de forma ineludible dentro del lenguaje. En esta línea, Mary Joe Frug expone en su manifiesto feminista que no se debe pasar por alto la función constructiva del lenguaje jurídico en tanto frontera crítica para las reformas feministas. Para profundizar en sus elaboraciones, desde distintos espacios feministas han surgido propuestas para la construcción de un concepto ético de la vulnerabilidad a partir de su asociación con el trinomio: dignidad – igualdad – no discriminación *al servicio de superar las relaciones de poder*. (Unzueta, 2016). El análisis de la vulnerabilidad entonces debe estar orientado hacia una ética tanto legislativa como judicial, que permita articular una cultura política igualitaria que haga más factible el acceso a la igualdad de oportunidades en el mundo real. Un análisis que no tenga en cuenta estos aspectos solo es funcional al rol que tradicionalmente ha cumplido el derecho penal en la perpetuación de la falta de recursos y de poder de las mujeres y disidencias sexuales. Éstas no hubieran podido ser históricamente devaluadas y privadas de toda autonomía, de no ser sometidas al proceso de degradación social y contro disciplinario del poder punitivo (Anitua & Picco, 2012).

En otro orden de ideas, la construcción de un discurso de la vulnerabilidad para las mujeres y las disidencias sexuales en el derecho penal puede resultar un tanto (sino muy) peligrosa cuando éstas se encuentren en conflicto con la ley penal desde las otras figuras jurídicas conocidas como típicamente femeninas. A modo de ejemplo, el campo de la violencia femenina conforma un vasto terreno donde las feministas académicas “hacemos agua” y a pesar de los intentos de Kerry Carrington por visibilizar este problema, el vacío teórico que todavía persiste en dicho campo, continúa siendo utilizado en nuestra contra. No obstante,

abordar el tema en la profundidad que merece, implicaría excederme en las pautas establecidas para este trabajo.

Bibliografía

- Anitua, G., & Picco, V. (2012). Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’. Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres. Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 249.
- Arduino, I. (2008) Entre la victimización opresiva y la justicia emancipatoria: articulaciones entre feminismo y justicia en Los feminismos ante el neoliberalismo. Apuntes para reflexiones urgentes y necesarias. Crítica y Resistencias. Revista de conflictos sociales latinoamericanos, pp. 51-62.
- CELS (Centro de Estudios Legales y Sociales), Ministerio Público de Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación. (2011). Mujeres en prisión. Los alcances del castigo.
- Davis, A. Y. (2005). Mujeres, raza y clase (Vol. 30). Ediciones Akal.
- Federici, S. (2004). Calibán y la bruja: mujeres, cuerpo y acumulación originaria. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.
- Foucault, M. (1976). Historia de la sexualidad. Volumen 1: La voluntad de saber. Curso en el Collège de France, 1977.
- Frug, M. J. (2006). Comentario: Un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa). In Crítica jurídica: teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos (pp. 223- 250). Universidad de Los Andes (ULA).
- López, D. J. G. (2017). Octavio SALAZAR BENÍTEZ, “Autonomía, género y diversidad. Itinerarios feministas para una democracia intercultural”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, 65(1), 421-424.
- Olsen, F. (2000). El sexo del derecho. Identidad femenina y discurso jurídico, 25-43.
- Padilla, J. I. (2012). El terreno en disputa es el lenguaje. Revista de Crítica Literaria Latinoamericana, 381-404.
- Piqué, M. L., & Allende, M. Hacia una alianza entre el garantismo y el feminismo: La incorporación del enfoque de género en la agenda de política criminal y sus efectos en la minimización del poder punitivo.
- Pitch, T. (2003). Responsabilidades limitadas: actores, conflictos y justicia penal. Ad-Hoc.

- Unzueta, M. Á. M. B. (2016). ¿Vulnerabilidad vs. Subdiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica| Martha A. Fineman and legal equality: ¿Vulnerability vs. Subdiscrimination? Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, (34), 17-34.
- Vilte, Marina. Clase sobre Feminismo e Interseccionalidad en la materia Género y Justicia Penal: Disciplinamiento de los cuerpos en la cultura del castigo, a cargo de la Docente Paula Casal. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. R. (1981). Tratado de derecho penal parte general IV. Buenos Aires: Ediar.

Notas

ⁱ Solicitaron el sobreseimiento de cinco mujeres trans acusadas de narcomenudeo y que se investigue a los eslabones superiores de la organización. Dictamen de la Fiscalía en lo Criminal y Correccional Federal N°5 disponible en la página oficial del Ministerio Público Fiscal de la Nación en: <https://www.fiscales.gob.ar/genero/solicitaron-el-sobreseimiento-de-cinco-mujeres-trans-acusadas-de-narcomenudeo-y-que-se-investigue-a-los-eslabones-superiores-de-la-organizacion/>

ⁱⁱ En Argentina, la mayoría de las mujeres privadas de libertad están detenidas, precisamente, por la comisión de delitos asociados con las drogas. Anitua y Picco citan en su trabajo a Alejandro Corda para señalar que desde la asunción de competencia por parte de algunas provincias para el juzgamiento de los delitos relacionados con estupefacientes, aumentó sensiblemente el número de mujeres presas e inclusive a un bastante más acelerado que el de los hombres: entre 1989 y 2008, la cantidad de hombres detenidos aumentó un 112%, y el incremento de mujeres fue de un 271%, en general procesadas por vender droga almenudeo

ⁱⁱⁱ Según una investigación publicada en abril de 2011 por el Centro de Estudios Legales y Sociales, el Ministerio Público de la Defensa de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación, el 68,2% de la población reclusa femenina en los centros penitenciarios federales está procesada o condenada por la comercialización, tráfico o contrabando de estupefacientes, mientras que el 16,2% está detenida por delitos contra la propiedad y el 14,2% por delitos contra las personas. Dicha publicación se encuentra disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>

^{iv} Barrère Unzueta cita a Besson, S. en su trabajo “La vulnérabilité et la structure des droits de l'homme”. en *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe* (pp. 59-85). Bruxelles: Bruylant, 2014.

^v Barrère Unzueta cita a Chapman, AR, y Carbonetti, B en su trabajo “Protección de los derechos humanos para grupos vulnerables y desfavorecidos: las contribuciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas”. *Tararear. Rts. Q.* 2011, 33, 682.

^{vi} Michel Foucault inicia su acápite “Incitación a los discursos” del volumen I de la “Historia de la Sexualidad” señalando al siglo XVII como el responsable del nacimiento 11 de una era de la represión del sexo que necesitó ser reducido en primer lugar desde el

campo lingüístico y discursivo, para luego dominarlo en sus consecuencias, así expresa que: “[...] Como si para dominarlo en lo real hubiese sido necesario primero reducirlo en el campo del lenguaje, controlar su libre circulación en el discurso, expulsarlo de lo que se dice y apagar las palabras que lo hacen presente con demasiado vigor. Y aparentemente esas mismas prohibiciones tendrían miedo de nombrarlo. Sin tener siquiera que decirlo, el pudor moderno obtendría que no se lo mencione merced al solo juego de prohibiciones que se remiten las unas a las otras: mutismos que imponen el silencio a fuerza de callarse. Censura.”

^{vii} Anitua, G., & Picco citan a Roberto Gargarella en su libro “De la injusticia penal a la justicia social”. Bogotá, Siglo del Hombre editores, 2008.

^{viii} Anitua, G., & Picco citan al autor inglés Anthony Duff en su trabajo “Punishment, Communications and Community.” Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 24.