
Identidad de género y dignidad. Derechos humanos, fallos y colectivo LGTTTBIQ

Gender Identity and dignity. Human Rights, court decisions and collective LGTTTBIQ

Identidade de gênero e dignidade. Direitos Humanos, Fracassos e LGTTTBIQ coletivo

L'identité de genre et dignité. Des Droits Humains, décisions judiciaires et collective LGTTTBIQ

*Ezequiel R. Galván*¹ | Universidad Nacional de La Plata

Revista Derechos en Acción

Año 3/Nº 8 Invierno 2018, 271-301

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e182>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0833-4366>

Recibido: 07/07/2018

Aprobado: 08/09/2018

Resumen: El trabajo se busca analizar la dicotomía que el caso presenta entre la aplicación del derecho y la perspectiva de género, a través del estudio de la sentencia “Jaime Luis Córdoba (alias Claudia) s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización”, dictada por el Tribunal en lo Criminal nº1 del Departamento Judicial de la Plata, debido a que la misma se presenta como un hito jurídico, tanto por las particularidades que presenta el caso: ser la imputación penal a una persona travesti por venta de estupefacientes en un contexto que pone de relieve la situación de vulnerabilidad que soporta esta comunidad, como por ser la sentencia en sí un producto cultural complejo donde tras la máscara de objetividad e imparcialidad del juez penal se esconden discursos y subjetividades que en este caso se manifiestan como transfobia, xenofobia y un paradigma de proteger al “buen vecino” y su barrio.

Palabras claves: identidad - género - dignidad - xenofobia

¹ Abogado (UNLP). Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (UM). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Mail ezequielrgalvan@gmail.com

Abstract: The work seeks to analyze the dichotomy that the case presents between the application of legal standards and the gender perspective, through the study of the judgement “Jaime Luis Córdoba (aka Claudia) s/ possession of narcotics for marketing purposes”, issued by the Criminal Court No. 1 of the Judicial Department of La Plata. The case is presented as a legal milestone for some concerns, being the criminal imputation of a transvestite for the sale of narcotics in a context that highlights the situation of vulnerability that this community is enduring, as for being the sentence itself a complex cultural product wherein the mask of objectivity and impartiality of the criminal judge hides discourses and subjectivisms that in this case manifest as transphobia, xenophobia and a paradigm of protecting the “good neighbor” and his neighborhood.

Keywords: Gender Identity - dignity - xenophobia

Resumo: Este artigo busca analisar a dicotomia que o caso apresenta entre a aplicação da lei e da perspectiva de gênero, através do estudo da sentença “Jaime Luis Córdoba (aliás Claudia) s / posse de droga para fins de comercialização” emitido pelo Tribunal penal nº 1 do Departamento judicial de La Plata, devido a que a mesma se apresenta como um marco legal, tanto pelas peculiaridades do caso: ser a acusação criminal a uma pessoa travesti por venda de narcóticos no contexto que destaca a vulnerabilidade que comporta esta comunidade, como sendo a própria um produto cultural complexo onde por detrás da mascara de objetividade e imparcialidade do juiz penal se esconde, discursos e subjetividades que, neste caso, aparecem como transfobia e um paradigma de proteger ao “bom vizinho” e seu bairro.

Palavras-chave: identidade - gênero - dignidade - xenofobia

Résumé: Le travail tente d’analyser la dichotomie que présente le cas entre l’application du droit et la perspective du genre, à travers l’étude de l’arret «Jaime Luis Córdoba (alias Claudia) / possession de stupéfiants à des fins commerciales», dictée par Tribunal Criminel n° 1 du Département judiciaire de La Plata, car il est présenté comme une étape juridique, à la fois pour les particularités que présente l’affaire: l’imputation criminelle à un travesti pour la vente de stupéfiants dans un contexte qui souligne la situation de vulnérabilité que cette communauté soutient, car la peine elle-même est un produit culturel complexe où, derrière le masque de l’objectivité et de l’impartialité du juge pénal, se cachent des discours et

des subjectivités manifestant transphobie, xénophobie et un paradigme de protection du «bon voisin» et de son voisinage.

Mots-clés: Identité de genre - dignité - xénophobie

1. Introducción

En el presente trabajo se busca analizar la dicotomía que el caso presenta entre la aplicación del derecho y la perspectiva de género, a través del estudio de la sentencia “Jaime Luis Córdoba (alias Claudia) s/ Tenencia de estupefacientes con fines de comercialización” dictada por el Tribunal en lo Criminal n°1 del Departamento Judicial de la Plata (10-III-2016) debido a que la misma se presenta como un hito jurídico, tanto por las particularidades que presenta el caso: ser la imputación penal a una persona travesti por venta de estupefacientes en un contexto que pone de relieve la situación de vulnerabilidad que soporta esta comunidad, como por ser la sentencia en sí un producto cultural complejo donde tras la máscara de objetividad e imparcialidad del juez penal se esconden discursos y subjetividades que en este caso se manifiestan como transfobia, xenofobia y un paradigma de proteger al “buen vecino” y su barrio.

El estudio de la sentencia requiere el abordaje de la identidad de género como dimensión de la persona cuyo respeto es inherente a su dignidad. La incorporación de una perspectiva de género en el derecho internacional de los derechos humanos ha permitido reconocer la identidad de género como una expresión de la subjetividad de la persona en su calidad de individuo, reconociendo un principio de auto-determinación o respeto de la verdad personal que construye una identidad desde la propia subjetividad que trasciende hacia la comunidad, la cual debe receptor y respetar esta elección. La singularidad de este aspecto de la vida privada es que se presenta como un elemento activo y dinámico que se manifiesta en las relaciones que esta persona establece, y que necesariamente requiere de una acción en correlato por parte de la sociedad aceptando esta

nueva realidad unilateralmente impuesta, pues esta identidad se conjuga necesariamente en la sociedad, que conlleva un trato, un nombre, un rol que esta persona va a asumir dentro de la misma (entre otros aspectos).

En este sentido, se revaloriza el concepto de “dignidad” de la persona en tanto que la misma significa la calidad inherente al ser humano de persona, reconociéndola como tal. En consonancia, en el presente no se receptan a los derechos humanos como un fin en sí mismo, sino como el medio instrumentado para el respeto y garantía de esa dignidad. Así mismo, este no es un posicionamiento arbitrario, sino que se sustenta en que desde los órganos de protección internacionales se desprende que al analizar los derechos humanos siempre se lo hace a través de este valor “dignidad”, o conceptualizándolos como “*la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado*” (Nikken, 1994:15).

Entrando en el análisis del fallo en cuestión, la finalidad es analizar como se conjugan estos elementos en el mismo y como el poder punitivo y la administración de justicia pueden articularse como un medio que suprime estas identidades disidentes y al otro/a menoscabando su dignidad. Con un paradigma retrógrado en la materia y sin ejercer un control de convencionalidad una perspectiva de género transversal que resulte respetuoso de los derechos humanos y del principio rector de la no discriminación, el ejercicio del poder punitivo estatal se convierte en una maquinaria represiva y normativizadora que suprime y castiga la diferencia.

Se recupera el concepto de colectivo LGTTTBIQ planteado por Sabsay (2011) en tanto que resalta “la complejidad y la multiplicidad de formas en las que pueden vivirse el género y la sexualidad” (pp.21), en contraposición a otras posturas con una perspectiva más restringida sobre los y las integrantes de este colectivo²

² Se lo conceptualiza como colectivo no por ser un grupo homogéneo sino porque aún recuperando las particularidades e intereses propios de cada uno subsiste una lucha común por el reconocimiento frente a un entorno heteronormativo, patriarcal y con roles de

(por ejemplo, tanto la Comisión como la Corte Interamericana hacen referencia al colectivo LGBT o LGBTI) pues si bien el presente trabajo analiza puntualmente la situación del colectivo travesti se recupera al colectivo debido a que las violencias en análisis no se corresponden a un elemento propio travesti, sino a un carácter de “minoría sexual” o manifestación de género/sexualidad disidente.

Uno de los conflictos teóricos que presenta el caso es su estrecha vinculación con el debate trabajo sexual vs. prostitución (no voluntario), conceptos que implican una toma de posición al respecto (Sabsay, 2011) y que representan una discusión que excede al presente trabajo, pero que por su presencia y transversalidad tanto al caso en estudio como a los ejes de análisis no pueden desconocerse. Por un lado se reconoce y se pone de manifiesto la existencia del elemento “necesidad/vulnerabilidad/miseria” que llevan a la prostitución, circunstancia que no implica que todo trabajo sexual sea consecuencia de una situación de vulnerabilidad³. Sin embargo, tampoco se desconoce la existencia de luchas por el reconocimiento del trabajo sexual como trabajo, por asegurar condiciones dignas de trabajo, y la posibilidad de escogerlo libremente.

Teniendo presente el debate actual, por contexto fáctico del caso se parte de la posición que el contexto de vulnerabilidad y pobreza impiden hablar de “trabajo sexual” como una elección de la persona en tanto que es una elección forzada (una voluntad viciada por la necesidad) de aceptar ejercer una actividad no deseada, o de aceptar condiciones de precariedad en un trabajo sexual que la persona escogería libremente en condiciones dignas, sin profundizar más allá en este antagonismo debido a que el objeto de análisis no lo demanda.

género asignados (y cristalizados) con fundamento el sexo biológico, que dan lugar a un reconocimiento como un colectivo único y heterogéneo.

³ Sostener el carácter absoluto de “prostitución” implica desconocer cualquier posibilidad de elección, autonomía o personalidad en la persona que está tomando la (conceptualizada) “elección obligatoria” (Sabsay, 2011).

Por último, y como un adelanto de conclusiones necesario, el fallo exhibe un lenguaje que desconoce esta la identidad de género de la persona imputada con todo lo que ello implica, y que lejos de ser en pos de la seguridad jurídica se manifiesta como una conciente decisión de dar este trato. Entendiendo que las formas procesales son solo un medio por el cual asegurar la efectiva vigencia del derecho y el respeto por la dignidad de la persona, el juez puede y debe articular las medidas necesarias a este fin, respetando la identidad de género y, por ende, utilizando el pronombre a través del cual se manifiesta (CIDH, 2015) lo cual en este caso podría haberse resuelto con una aclaración en el inicio del fallo como “AUTOS Y VISTOS: Los de la presente causa N° 1961/5141 del registro de este Tribunal en lo Criminal n° 1 del Depto Judicial de La Plata, seguida a JAIME LUIS CORDOBA, *de ahora en adelante CLAUDIA en respeto de su identidad de género autopercebida, peruana...*” (la cursiva es incorporación propia), dispensando el consecuente trato femenino a lo largo de la sentencia.

2. Reseña del fallo

La sentencia en análisis pertenece al Tribunal en lo Criminal n°1 del Depto Judicial de La Plata, con una integración unipersonal, un juzgado de primera instancia perteneciente al sistema de administración de justicia de la Provincia de Buenos Aires, con fecha del 10 de Mayo de 2016. La causa (condenatoria) es seguida contra “JAIME LUIS CORDOBA (alias Claudia)” (textual del fallo), una persona de nacionalidad peruana, travesti, sobre “tenencia de estupefacientes para la comercialización” (art. 5 inc. c ley 23.737).

2.1. Resumen del proceso

Desde inicio de la causa se encuentra controvertido el operativo por el cual se aprehende, requisita y detiene a Claudia con envoltorios con estupefacientes fraccionados, operativo de actuación preventivo en la zona roja de La Plata donde

“personas travestidas, simulando ejercer un servicio sexual a cambio de dinero, comercializando estupefacientes” (sic), así mismo, los policías intervinientes manifiestan una política por parte de fiscalía de identificación y procedimientos sistemáticos sobre las travestis, y realizan manifestaciones personales tales como “solo quiere que se haga justicia” (sic), “quiere decir que las drogas y la corrupción acá en la ciudad es terrible” (sic). También interviene un testigo civil que resultaba ser de profesión policía.

Los testigos aportados por la defensa, que conocen a la imputada, le dan a esta un ostensible trato femenino y de Claudia, manifestando un consumo habitual de drogas por esta. A su vez, la imputada al declarar manifiesta que se encontraba ejerciendo trabajo sexual, que consume regularmente cocaína para soportar el frío (junto con alcohol), que hace aproximadamente ya ocho años que trabaja en la calle con su cuerpo junto a la presencia de otras chicas que venden drogas en la zona, que los clientes pasan preguntando el precio y siguen dando vueltas, así como que al hombre que detienen con ella (cliente) le encuentran una bolsita (estupefacientes), ante lo que el policía le dijo al mismo que si no se tiraba en contra de ella iba a decirle a la familia que sale con travestis y que consume, agregando que “el policía que estaba acá es una persona que consume y también tiene un grupo de amigos que las obliga a las demás chicas a tomar y sino le hacen la denuncia, o nos roban” (sic), al cual le han realizado denuncias con anterioridad.

El juez tiene por configurado el hecho en los términos expuestos por la fiscalía, sostiene que no tiene consideraciones sobre el testimonio del personal policial interviniente, “como así también que cualquier deseo de perjudicar a alguien sólo sería imaginable respecto del verdadero autor y no de un tercero inocente” (sic), teniendo por acreditada la exteriorización material del hecho, así como su autoría por corroborarse su presencia (en otra actividad) en el hecho manifestado por la propia imputada.

2.2. Calificación

Una vez acreditada la autoría, se manifiesta que no median eximentes, considerando atenuante la falta de condenas anteriores y buen concepto sostenido por los testigos presentados por la defensa, y considerando como agravantes: 1) Condición de ser extranjero toda vez que menosprecio el país que le dio cobijo; 2) Mayor toxicidad de la sustancia, por tratarse de de cocaína de alta pureza; 3) Venta en la vía pública y los perjuicios que por dicha actividad son sometidos los vecinos; 4) nocturnidad; 5) Querer aparentar otro trabajo para disimular la venta de estupefacientes.

Así mismo, el juez desestima los planteos de la defensa expresando que “La defensa, por su parte, que desperdició un valioso tiempo -a mi criterio- en reseñar cuestiones de política criminal y de la labor y penurias de los travestis, que nunca fueron motivo de debate; nada cuestionó respecto de éstas” (sic), reconoce la agravante por mayor toxicidad por no ser lo mismo que ofrecer una droga de menor intensidad, y recepta la nocturnidad como agravante por facilitar y brindar seguridad en la realización del delito, citando doctrina y sin una construcción propia.

2.2.1. La condición de extranjero como agravante

El juez escoge iniciar, en primer lugar, por así solicitarlo la “vindicta pública” (sic), ponderando la agravante de la condición de extranjera de la imputada. Se analiza si agravar la pena por la condición de extranjera de la persona imputada es inconstitucional (vulnerando el principio de igualdad y no discriminación) lo que reconoce como doctrina mayoritaria. Sin embargo, sin compartir este criterio ante el interrogante “¿efectivamente existe entre los ciudadanos argentinos y los extranjeros, igualdad ante la ley, como ellos pregonan?” (sic) manifiesta que esto no es tan cierto ni absoluto, procediendo a justificar sus argumentos.

Sustenta sus conclusiones en que pues los argentinos (y argentinas) se encuentran obligados a armarse en defensa de la patria (art. 21 C.N.) “Es decir, mientras nuestros nietos, padres,

hijos, hermanos y amigos, morían en el conflicto de Malvinas en defensa de la Patria; los extranjeros, que gozaban de todos los derechos (más no de todas las obligaciones, como se ve) veían desde la comodidad de su hogar el conflicto, sin temor a ser convocados. Me pregunto entonces si en este punto ¿existe igualdad ante la ley?” (sic); aludiendo al servicio militar obligatorio “mientras muchos de nosotros debíamos postergar los estudios, en algunos casos, por más de dos años, sin contar con las penurias que se pasaban; nuestros compañeros extranjeros que compartían los pupitres con nosotros en la escuela pública y gratuita, se recibían antes ¿Y la igualdad ante la ley?” (sic), y tomando el sufragio “Durante años debíamos ir nosotros a emitir el sufragio y a ser presidentes de mesas, durante las elecciones –aún, en medio de un brote de gripe A, como en las elecciones del 28-06-09-; mientras que los extranjeros se quedaban descansando en la seguridad de sus casas” (sic).

Así mismo, el juez evoca la obra de Orwell “Rebelión en la granja”, tomando la idea de que todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros, y asimilando la condición de los extranjeros a los cerdos de la obra. Sigue el juez interpretando las disposiciones constitucionales, a contrario sensu, que el reconocimiento de igualdad con los nacionales ante situaciones lícitas (libertad de trabajar y otros) implica el no reconocimiento de esta igualdad ante situaciones ilícitas, y por ende, una manda constitucional a “restringir, limitar y gravar la entrada y permanencia de extranjeros” (sic), procediendo a “contar un cuento” ironizando la situación de una madre (CN), y sus dos hijos (nacional y extranjero), y manifestando que la agravante no es por su carácter de extranjero sino por su condición de “delincuente” que se burla de la confianza de la sociedad, por ingrato ante la gratitud y hospitalidad nacional.

Sigue el juez manifestando “Imagino a todos los amantes de las teorías zafaronianas, - y aunque no dudo de las buenas intenciones del autor al formularlas, buscando dar más derechos y garantías; pienso que hicieron más mal que bien, porque se garantizó mucho a algunos (delincuentes) en desmedro de

otros (víctimas) – alzar sus voces al grito de ¡Semejantes ideas violan todos los principios Constitucionales y Tratados Internacionales de los pueblos civilizados!” (sic), sosteniendo que dicho trato no es el dispensando en Europa a los extranjeros, donde se gestaron los Derechos Humanos, “¿Cómo tratarían a un Argentino que robe en otro país...?” (sic). Así mismo, refiere al “archi enarbolado principio de igualdad ante la ley y a la no discriminación” (sic), el cual interpreta las disposiciones de los tratados de derechos humanos vigentes interpretando que habilitan esta discriminación en el trato, reconociendo que aunque también se violaran el principio de culpabilidad, el non bis in ídem, y otros más “...todos ellos quedan fuera de forma “excepcional”. Es la Constitución Nacional, la que excepcionalmente hace ceder los derechos y garantías para ciertas y particulares circunstancias, un ejemplo bien claro dentro del mismo tema es ir a la guerra.” (sic), y manifestado “Los principios, derechos y garantías de nuestra Constitución, entonces no son absolutos e inquebrantables” (sic).

Finalmente, concluye que “puede y debe” aplicar un agravante a la pena por la condición de extranjero, sin que signifique una violación a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación por ser una medida de excepción avalada por la Constitución y Tratados de Derechos Humanos, sosteniendo la misma como indispensable para una sociedad democrática.

2.2.2. Los perjuicios a los vecinos como agravante

El juez toma la agravante “Venta en la vía pública y los perjuicios que, por esta actividad, se ven sometidos los vecinos” sosteniendo que “soportar, la venta de estupefacientes; los constantes desfiles indecorosos; el permanente ir y venir de compradores de dudosa reputación y gente de mal vivir; las reyertas que se provocan; los procedimientos policiales; escenas de sexo en el umbral de la casa; ruidos que provocan sobresaltos y gritos en horas reservadas al descanso; entre otras circunstancias, son a no dudar, molestias que ningún habitante de la Nación, ni de la Ciudad de La Plata, está obligado a tolerar,

ni privado de su derecho al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres” (sic).

2.2.3. El simular el ilícito bajo simular prostitución y ser “mala compañera” como agravante

En este aspecto, el juez trata la agravante “querer aparentar otro trabajo, para disimular la venta de estupefacientes de forma singular debido a que el juez opta por dar un trato femenino y referirse a “Claudia” (incluyendo el encomillado), a la vez que pondera además de estar “aparentando ejercer la prostitución”, el resultar Claudia “mala compañera y una a repudiar por parte de las demás” (sic) pues, “realza” la lucha y sacrificios de este colectivo, y repudia la actitud de la imputada por extender un “halo de sospecha sobre las demás. Este delito, hace pensar a muchos que todos los travestis de la zona roja venden droga, cuando seguramente, son algunos pocos.” (sic).

2.3. La sentencia

Finalmente, el juez condena en calidad de autora por el delito imputado, manifestando a las oposiciones de la defensa que no tiene dudas de la autoría, refiriéndose a “Claudia”, a “ella” (con el encomillado) y “al travesti” (sic), valorando además la “actitud del sujeto activo mientras cometía el hecho delictivo” (sic). Al mismo tiempo, respecto a la inmediata detención pedida por la fiscalía manifiesta que “me cuesta entender ¿por qué llega a debate morigerada?” (sic), mandando a la detención de la ahora condenada a fin de que transite en este estado el resto del proceso (sentencia aún no firme), ponderando “que el cumplimiento de esta sentencia, si quedara sujeta a resueltas de etapas procesales posteriores, quedaría convertida lisa y llanamente en “letra muerta” y los fines perseguidos del proceso olímpicamente burlados” (sic).

Finalmente, el juez manda a librar oficio a la dirección nacional de migraciones una vez cumplida condena en los términos de la ley 25.871 y decreto reglamentario (impedimento de

permanencia de extranjeros en el Territorio Nacional), exhorta, además, a la Dirección Nacional de Migraciones que conste “bajo que circunstancias legales –de admisión y permanencia en el país- (...) se encuentran los ciudadanos extranjero que ofrecen servicios como travestis en la denominada Zona Roja de la Ciudad de La Plata; esto, ante la denuncia que hiciera en estos obrados, personal policial, en tanto y en cuanto resultaba difícil su identificación por no tener documentos que acrediten su identidad, y por camuflarse en una actividad no prohibida, la posible comisión de delitos graves como el aquí tratado.” (sic). Concluye exhortando al Intendente de la Ciudad de La Plata “a fin de que tome las medidas que considere necesarias; ante la multiplicidad de delitos que, como en la presente, se vienen suscitando de la denominada Zona Roja de la Ciudad de la Plata; y de respuesta a los constantes reclamos de los vecinos, por las molestias que se les causan” (sic).

2.4. Lenguaje de la sentencia

Por último, en el texto de la sentencia puede verse constantes referencias al “imputado”, “persona travestida”, “el autor”, “los travestis”, “condenado”, “el travesti”, con una representación masculina de la persona, así como referencia a “Claudia” y “ella” con un encomillado (y una representación femenina) principalmente cuando le asigna el reproche de “mala compañera” frente a sus pares.

3. Identidad de género

La perspectiva de género⁴ se ha introducido en el ordenamiento jurídico a través de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos mediante su proyección

⁴ Entendiendo “perspectiva/enfoque de género” como una herramienta analítica comprendida por un trabajo consciente por deconstruir el rasgo patriarcal (originario) presente en la lógica de los derechos humanos, que tiene presente la existencia de desigualdades (de género) estructurales e históricas del modelo patriarcal hegemónico (Lagarde, 2012) y

desde estos espacios sobre el derecho local (Sabsay, 2011) a través de los tribunales internos y su recepción legislativa. Sin embargo, muchas veces se presenta como elemento extraño o ajeno en el discurso jurídico y por ende excluido como una dimensión de análisis, especialmente en una rama de neto corte disciplinario y normativizador como lo es en esencia el derecho penal, cuya consecuencia directa es que en el accionar de los operadores de justicia se ignoren cuestiones como (en el presente caso) la identidad de género de la imputada.

Como se adelantó, la identidad de género es una dimensión de la persona que la significa como persona a partir de su vivencia interna, de lo que deriva un principio de auto-determinación o respeto de la verdad personal que ha sido reconocido por los organismos internacionales, la cual podemos entender como *“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.”* (Principios de Yogyakarta; 2006)⁵.

Como se observa, la identidad de género es un aspecto identitario de la persona en tanto que constituye el “género” de esa identidad, lo que no es intrascendente si consideramos el principio de auto-determinación como principio rector (CIDH, 2015), pues ese género auto-determinado no solo tiene impacto

cuestionando su legitimidad ante un contexto de discriminación (de género) y jerarquías sociales sistemática (Rodríguez, 2004).

⁵ Los principios de Yogyakarta además de poder considerarlos parte del Corpus Iuris del derecho internacional de los derechos humanos son recuperados por el sistema interamericano en el Informe 2015 de la Comisión, la cual es un antecedente directo de la OC-24/17 de la Corte Interamericana, sin embargo, en el presente trabajo no se incorpora la opinión consultiva para analizar el contenido de la sentencia debido a que la misma es posterior a la sentencia.

en el aspecto interno de la persona (como se percibe) sino que como se expuso, también se proyecta en el aspecto externo de la persona, lo que implica la manifestación de esa identidad a través de los terceros (del Estado en el presente caso).

Debe tenerse presente que el reconocimiento de la identidad de género como verdad auto-determinada confronta una lógica (hegemónica) de género binaria hombre/mujer en función de un sexo biológico que excluye otras identidades o manifestaciones de género (Sabsay, 2011). Esto significa la adopción de un nuevo posicionamiento ideológico dentro del derecho internacional de los derechos humanos a favor de erradicar estos modelos estáticos, entendiendo “*erradicar como de-construcción de estos elementos culturales*” (Lagarde, 2012:200), que implica la incorporación necesaria de una perspectiva de género en todo accionar.

En este sentido, en el ámbito interno se observa la recepción reciente pero progresiva de esta concepción en el ámbito local (representando la presente sentencia una regresión), en un proceso en el que se destaca el reconocimiento de nueva concepción de la familia a través de la sanción de la ley de matrimonio igualitario (ley 26.618 – 2010), de la identidad de género como verdad auto-percibida con tutela legal (ley “de identidad de género” 26.743 – 2012), y su incorporación sistemática a través del Código Civil y Comercial (ley 26.994 - 2014), así como un avance hacia la introducción de las personas trans en el mercado de trabajo –en el empleo público- (ley 14.783 Prov. de Buenos Aires - 2015).

De igual modo, la jurisdicción comienza a desarrollarse un reconocimiento de la identidad de género como una dimensión de la persona digna de tutela, con escasas sentencias entre las que se destaca: a) “*Asociación Lucha por la Identidad Travesti c/ Inspección General de Justicia s/ recurso de hecho*” por la cual se reconoce la legitimidad y finalidad de bien común de la asociación, y consecuente amparo legal de esta minoría revirtiendo el criterio jurisprudencial existente (que

desconocía la finalidad de bien común y protección de las leyes de minorías sexuales)⁶; b) “*PLAZA, Carlos – DEL VALLE, Juan José s/ homicidio agravado por el concurso premeditado de dos o mas personas; criminis causa y por violencia de género en perjuicio de ALVAREZ, Gimena*” (causa JUI 120634/15, Tribunal de Juicio sala III de Salta, 16-VIII-2016) en la cual se aplica la figura de femicidio (Código penal, art. 80 inc. 11) a una mujer de identidad autopercebida en los términos de la ley 26.743; c) “*S. M. c/ Asociación Amateur de Hockey sobre Césped y Pista del Valle de Chubut s/medida preventiva urgente*” (Juzgado de Familia n°3 de Rawson, 05-IX-2016) en la cual ordena cesar por discriminatoria la prohibición de ser fichada por un club a una mujer de identidad autopercebida en los términos de la ley 26.743; d) “*PEREYRA, Valentina Bella C/ Municipalidad de la Plata s/ medida cautelar autónoma o anticipada – empleo público*” (Juzgado Contencioso Administrativo n°4 La Plata, 17-V-2016) sobre despido de trabajadora trans e incumplimiento de cupo trans –ley 14.783 (sentencia revocada por la Cámara)⁷; e) “*PAULET, Moreno y otros s/habeas corpus - comercialización de estupefacientes*” (Cámara de apelación de garantías de La Plata sala IV, 01-IX-2016) sobre abuso policial en los procedimientos efectuados sobre personas travestis, en circunstancias similares a los del caso en análisis. Todos los fallos mencionados presentan

⁶ “Asociación Lucha por la Identidad Travesti c/ Inspección General de Justicia s/ recurso de hecho”, CSJN (22-XI-2006). Debe destacarse que el fallo explicita este cambio de paradigma a favor de una limitación estatal en la materia: “*Que debe destacarse que la presente decisión conlleva el abandono de la doctrina que sentó la mayoría en Fallos: 314:1531 citada por el tribunal a quo. La diferencia de trato hacia un determinado grupo (arts. 16 y 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) no puede justificarse solamente por deferencia hacia el juicio de conveniencia de los funcionarios administrativos, sino que ello exige al menos una conexión racional entre un fin estatal determinado y la medida de que se trate (art. 30 de la citada convención), requisito que, por todo lo expuesto precedentemente, no se verifica en el presente caso.*” (considerando 24).

⁷ “PEREYRA, Valentina Bella C/ Municipalidad de la Plata s/ pretensión de rest. O rec. dchos” (Cámara Contencioso Administrativo de La Plata, 15-IX-2016). La Cámara revoca considerando cuestiones formales de derecho administrativo-procesal sin consideración de la cuestión de fondo o derechos en juego.

una fundamentación sustentada en la aplicación de los tratados de derechos humanos ratificados y una interpretación dinámica de los mismos en lo que representa un cambio de paradigma.

4. Travestis y sociedad

Sin desconocerse la existencia de un avance legislativo, académico, cultural (así como en otros espacios de la sociedad) en el reconocimiento del colectivo trans (en un sentido amplio), no puede ignorarse que también subsisten dificultades en el reconocimiento y legitimación del mismo dentro de la sociedad (Sabsay, 2011), por lo que esta comunidad aún se encuentra sometida a una violencia que castiga la disidencia con una finalidad de mensaje como impronta de esa violencia⁸ (CIDH, 2015).

En este contexto, dentro del espacio que representa la sociedad, donde se conjugan las relaciones entre los distintos actores, se configuran roles y status, y se establecen interacciones de poder y violencia, el colectivo se ha visto asimilado a la prostitución, en un contexto de vulnerabilidad y discriminación, que termina conformando parte de la identidad que los discursos hegemónicos le determinan (ver punto 4.2), al mismo tiempo que se los excluye del espacio público (como ejemplifica la sentencia)⁹ en defensa de los buenos vecinos y de la moral pública.

4.1. El “buen vecino”

Es importante exponer este dualismo que se presenta tanto en la sentencia como en la sociedad del “buen vecino” en

⁸ En este sentido la Comisión Interamericana concluye que “Muchas manifestaciones de esta violencia están basadas en el deseo del perpetrador de “castigar” dichas identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer” (CIDH, Informe Violencia contra personas LGTBI, 2015, p.37).

⁹ “Recuperando la idea de Maffia (2003), “Una sociedad disciplinadora que sólo acepta como ciudadan@s a quienes cumplen con el estereotipo prefijado por un grupo hegemónico dominante, deja fuera de la ciudadanía de modo arbitrario e injusto a enormes porciones de la población” (pp.8).

contradicción con “el travesti”: hombre travestido, que ejerce la prostitución, vende droga, genera la presencia de gente de “dudosa reputación” o “de mal vivir”. Así es como en el presente caso se culmina con una condena (manifestada como una agravante) por haberle generado estas molestias al “buen vecino”: persona de “buena reputación”, de “buen vivir”, que tiene el derecho a no presenciar “desfiles indecorosos”¹⁰,

No es nuevo este antagonismo “vecino – Zona Roja” que se manifiesta la construcción de fronteras que separan el espacio público y sus vecinos ideales (“buen vecino”) de la Zona Roja, las travestis y la prostitución, que queda semi-invisibilizada (Sabsay, 2011). En este caso, condenando a Claudia por las escenas de sexo¹¹, ruidos, y problemas que atentan contra la pureza de lo público, se manda un mensaje sobre la ausencia de lugar para otras identidades en ese espacio público.

De este modo, entra de facto en la sentencia (a través de agravar la pena por la molestia a los vecinos) encubierto bajo “el derecho al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres” (sic), el castigo a la disidencia en defensa de la moral pública (CIDH, 2015), la criminalización de uso de ropas de otro sexo (CIDH, 2015), la alteración de la “paz visual” que implica la persona travesti y/o el trabajo sexual en el espacio público (Sabsay, 2011), y un fuerte contenido discriminatorio, criminalizador y estigmatizante sobre el colectivo travesti, que de por sí ya cuenta con el repudio de órganos internacionales, y muestra de forma explícita el ejercicio del control social a través

¹⁰ Destacando que estos son tomados por el juez como una molestia que el buen vecino no debe tolerar por su carácter inmoral (“indecorosos”), y no como una manifestación de la identidad sexual de estas personas, en cuyo caso se encontraría dentro de su derecho a la libertad de expresión (CIDH, 2015), derecho humano fundamental e inherente a una sociedad democrática que goza de uno de los más altos grados de protección (CIDH, O.C. 5/85, párrafos 50, 67, 70 y 79).

¹¹ Poniendo de resalto que en la sentencia existe un reproche autónomo por “estar simulando prostitución para vender drogas” y concluyendo que no estaba ejerciendo la misma, por lo que cabe concluir que estas escenas que ella no integra le son reprochadas en su carácter de travesti, y por ende, como representante de un colectivo cuya existencia/presencia molesta al “buen vecino”.

del derecho penal por parte de una lógica heteronormativa hegemónica, para la cual esta violencia (poder punitivo) tiene una naturaleza de reparatoria (Femenías, 2011) ante el desafío que le implica la existencia de una identidad disidente¹².

4.2. La prostitución travesti

En el presente caso la presencia de la prostitución se manifiesta como un elemento transversal, por un lado, por la presencia de un “trabajo sexual” simulado (según la sentencia) por la imputada, y ejercido por sus compañeras. Sin embargo, también es transversal porque “travesti” y “prostitución” son dos conceptos que han sido asociados (Sabsay, 2011), lo cual no es hecho carente de significado debido a que esta asociación pone de manifiesto la existente propensión al trabajo sexual por parte de este colectivo como consecuencia de discriminación laboral (CIDH, 2015), como por la vulnerabilidad que experimenta en su condición de travesti (en este caso de “migrante travesti”), prostitución (especialmente en condiciones tan precarias) que tiene un rasgo inherente de pobreza, necesidad económica y miseria (MacKinnon, 2011).

Por otro lado, no puede dejarse de ponerse el acento en que la sentencia objeto de análisis manifiesta una (hipócrita) doble óptica: una óptica externa, marcada por “los” travestis que molestan a los buenos vecinos, cuya situación de vulnerabilidad no es objeto de debate, que son vigilados sistemáticamente de forma prevensional y a los que el juez manda (a través de migraciones y del intendente) a verificar y tomar medidas para que los travestis “no molesten”; y una óptica interna, donde se realza la lucha del colectivo y se repudia a “Claudia” (que por un instante

¹² Entendiendo que modelo de género hegemónico subsiste por la presencia implícita de una violencia sostén en toda relación/institución de este modelo patriarcal (Segato, 2003) sin la cual no se podrían mantener estas desigualdades estructurales entre hombres y mujeres (Lagarde, 2012). Esta violencia es sistemática y estructural por ser un mecanismo de control social (Rodríguez, 2004) que busca generar miedo a partir de ella como medio de control patriarcal (Lagarde, 1996), cuya violencia (adhiriendo a Femenías) tiene un rol restaurativo ante la represión del estatus quo amenazado por la disidencia.

deja de ser “el travesti” para manifestarse como una entidad femenina) por traer la sospecha al grupo de que vende droga (el cual solo ejerce el trabajo sexual pacíficamente) y por ser “mala compañera y un ejemplo a repudiar por los demás” (sic).

Así puede observarse la construcción maquiavélica en este punto: el poder punitivo recupera por un instante el ideal del grupo (“los travestis” que acaba de mandar a verificar y tomar medidas para que no causen más molestias) para apropiarse de esas identidades que el mismo ha excluido con el solo fin de poder justificar profundizar en el castigo (reproche penal) e invitar (fragmentando) al grupo a compartir el repudio.

4.3. Travestis y policía

Es interesante recuperar en la sentencia los testimonios (funcionarios de las fuerzas de seguridad y un testigo civil, también de esta profesión) pues si bien no la profesión no es un elemento descalificante en sí debe tenerse en cuenta la existencia de “discursos institucionales” que se proyectan sobre las personas que integran la institución, especialmente cuando es una institución cuya relación con el colectivo trans (en un concepto amplio) se encuentra atravesado por procesos sistemáticos de abuso y extorsión, y de resistencia en correlato, marcados por el desarrollo de sistemas defensa y de negociado de su posición frente a la institución por parte del colectivo (Sabsay, 2011).

En el caso particular surge explícitamente una política de control basada en una vigilancia sistemática “prevencional” sobre el colectivo travesti, al cual se lo encuentra asociado al comercio de estupefacientes (además de al trabajo sexual), con seguimiento de la cantidad de procedimientos realizados sobre cada una, lo que implica tareas de inteligencia de la fuerza de seguridad focalizadas sobre el colectivo. En este sentido, puede observarse la criminalización primaria que existe sobre este grupo con una consecuente vigilancia constante, registro de procedimientos realizados (aunque fuera de una forma no

escrita se pone de resalto a través del elemento de “habitualidad” que se registra la cantidad de procedimientos recaídos sobre cada una), que excede el caso particular y pasa a convertirse en una política de estado (a cargo de la fiscalía que es el órgano que ostenta la competencia en la materia).

Debe tenerse presente que, aún en materia de seguridad ciudadana¹³, los derechos humanos de estas personas se erigen como un límite infranqueable ante el ejercicio arbitrario u avasallador de los medios legales (CIDH, 2009), lo que conlleva la ilegitimidad de estas políticas de vigilancia masiva sustentadas en una criminalización al colectivo, y cuyas situaciones ilícitas muchas veces se encuentran asociadas a una vulnerabilidad que pone de manifiesto la ausencia del Estado. Se suma en el caso particular que las expresiones de la imputada dan cuenta de un contexto de violencia institucionalizada por parte de agentes de la policía y “amigos” sobre el colectivo travesti, en donde converge el abuso de autoridad, el consumo de droga, y prostitución, en un contexto coactivo (denuncia o robo en el caso en cuestión), circunstancias que, fuera del caso concreto, también se muestra como una realidad recurrente para este colectivo (CIDH, 2015).

A pesar del concepto idealizado que presenta el juez sobre la institución (encontrando que estas sospechas solo pueden provenir de alguien culpable) y sin emitir juicio sobre la veracidad de las posiciones confrontadas en la causa, no pueden desconocerse la presencia (o propensión) de discursos de odio y prácticas institucionales vejatorias que no resultan ajenas a la realidad¹⁴, circunstancia que necesariamente obligan al Estado

¹³ En este caso una seguridad “ante” el colectivo travesti, que no se contempla la seguridad “del” colectivo travesti, lo que manifiesta una noción de “seguridad” de claro control social (y estabilidad del orden social/sexual) ante la existencia de identidades de género disidentes (Sabsay, 2011).

¹⁴ El citado fallo “Paulet s/ habeas corpus” (cit.) se expone la existencia de prácticas policiales vejatorias sobre este mismo grupo (el fallo también es el marco de una causa sobre tenencia de estupefacientes para la venta por personas travestis en ciudad de La Plata) que

a replantearse la función de las fuerzas de seguridad, su conformación y su formación, a fin de erradicar toda práctica o situación de violencia sobre este colectivo.

5. La condición migrante

Si bien no es el fin del trabajo analizar la discriminación sobre el elemento extranjero en sí, tampoco puede ignorarse esta dimensión de análisis debido a que en el presente caso discriminación/vulnerabilidad originada en la condición migratoria resulta inseparable de la sustentado en la identidad de género (ver nota al pie n°15).

Ingresando en el análisis del fallo, el juez reconoce un reproche a un reproche penal autónomo por su condición de migrante, el cual prioriza su tratamiento por así reclamarlo la “vindicta pública”¹⁵, sin que pueda dejarse de tener en cuenta la gravedad y la fuerza del término utilizado. Teniendo presente el significado de vindicta pública, el agente estatal reconoce que procede a la apertura del reproche penal con la condición migratoria para dar el ejemplo porque así lo demanda el ideal de justicia (equidad), no porque exista un bien jurídico objeto de tutela jerarquizado. Es así como, tras descalificar posturas más garantistas por su mayor recepción de estándares internacionales de los sistemas de protección de derechos humanos (así como de origen constitucional) el juez mediante un recurso de infantilización (un cuento) y expresiones como “el archi enarbolado principio de igualdad” (sic) se entiende una obligación constitucional de castigar de forma independiente el hecho de ser extranjera de la imputada.

son aportadas por la misma fuerza: “se advierte que el personal policial en su marco funcional, ha actuado de modo abusivo e ilegal violentando las pautas mínimas de trato respetuoso con la dignidad humana, así como las reglas más elementales de respeto a la privacidad de las personas, al momento de llevar adelante las requisas corporales que efectuara en la vía pública” (“Paulet” cit., pp.4, voto Juez Argüero).

¹⁵ Vindicta pública: “Satisfacción de los delitos, que se debe dar por la sola razón de justicia, para ejemplo del público” (definición de la Real Academia Española).

Al respecto, el principio de igualdad y no discriminación receptado por nuestra Constitución a través de la incorporación de tratados de derechos humanos a nuestro bloque constitucional (art.75 inc.22) consagra la prohibición expresa de cualquier forma de discriminación, el cual constituye un principio transversal a cualquier ordenamiento jurídico en tanto que se ha reconocido por norma integrante del *Ius Cogen* (CoIDH, OC-18/03), el conjunto de normas imperativas de la comunidad internacional que exceden a cualquier noción de soberanía, especialmente cuando el Estado en el ejercicio de su soberanía decidió contraer dichas obligaciones internacionales y las incorporó como derecho constitucional.

En este sentido, no solo existe una obligación emanada de la Constitución y de los tratados de derechos humanos a los que la Argentina adhirió de erradicar toda discriminación, sino que la diferencia de trato motivada en condición migratoria expresamente está contemplada como discriminación (arts. 1 y 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial), comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado, sino que existen pronunciamientos internacionales expresando que *“los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”* (CoIDH, OC-18/03, párrafo 172).

Considerar la condición migratoria como factor de restricción a posibles distinciones de trato por constituir una discriminación (vedada convencionalmente) no se restringe al ejercicio de actividades lícitas (ej. trabajo), pues el principio de igualdad y no discriminación no cede ante la comisión de actividades ilícitas (ej. el delito imputado en la presente causa) debido a que los instrumentos internacionales en su texto no reconocen una habilitación para distinguir entre ambos supuestos. En consonancia, la sentencia sostiene una interpretación contraria al principio pro persona que rige en la materia (art. 29

Convención Americana sobre Derechos Humanos) fundada en cláusulas que constituyen una salvaguarda para que no se recurra al derecho de asilo o tránsito para evadirse del reproche penal por un delito efectivamente cometido por la persona migrante, lo que no es equiparable a entender una habilitación para ejercer una discriminación de trato, derechos y garantías sobre la persona migrante ante la persecución penal, y menos como una habitación a la pena de la condición migrante en sí.

Así mismo, la sentencia también entiende esta manda constitucional en una reciprocidad punitiva debido a que otros países también la manifiestan, desconociendo que la lógica del derecho internacional de los derechos humanos rompe con el concepto clásico de reciprocidad en materia de obligaciones internacionales (ahora con una obligación internacional frente a las personas bajo la jurisdicción del propio Estado), sin que el incumplimiento (ilícito internacional) pueda justificarse en la reciprocidad (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2014).

Finalmente, el aspecto más lesivo que presenta la sentencia es que reconoce que el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, el principio de culpabilidad, el *non bis in ídem*, y “otros más” no rigen respecto de la persona migrante porque la Constitución “excepcionalmente” está haciendo ceder estos derechos y garantías en ciertas y particulares circunstancias, en este caso la condición de extranjera de la imputada (equiparándolo a “ir a la guerra”). La gravedad de esta sucinta frase radica en que a través de ella se despojó a la persona extranjera de cualquier derecho y/o garantía que pudiera tener frente al avance del Estado sobre su persona en el uso del poder punitivo, es decir, garantías constitucionales y convencionales que son inherentes al estado de derecho son cercenadas de la persona extranjera, convirtiéndola en una cosa frente al derecho penal y borrando cualquier rasgo de personalidad.

Como se expone, la sentencia postula un avance irrestricto sobre la persona migrante debido a que reconoce un derecho de excepción sobre los derechos y garantías mencionados, con un carácter extensivo a través de un sistema de catálogo abierto:

“y otros más” (sic) que se constituye en una habilitación para un ejercicio irrestricto y arbitrario del poder represor, circunstancia que choca frontalmente con un control de convencionalidad y compromete la responsabilidad internacional del Estado.

5.1. Travesti y migrante: doblemente vulnerable

La intersección entre una identidad de género no normativa y el carácter de migrante genera que la persona se encuentre más expuesta a situaciones de violencia (en muchas ocasiones por agentes estatales) y una asociación a la prostitución (CIDH, 2015) como consecuencia de la situación de vulnerabilidad de la persona. En este sentido, las circunstancias que expone la sentencia refleja la existencia de una persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad múltiple¹⁶ debido a que se encuentra expuesta a la violencia propia del sistema patriarcal con motivo de su identidad de género, al mismo tiempo que se genera una mayor vulnerabilidad por la condición migrante, en un contexto de de prostitución y pobreza.

Es importante recuperar el contexto de vulnerabilidad (agravado) que no resulta relevante a los ojos de la jurisdicción debido a que el relato de la acusada da cuenta de una realidad

¹⁶ La concurrencia de factores de vulnerabilidad (identidad de género, migrante, pobreza, otros) genera que una discriminación “intersectorial”, lo que implica que la discriminación sufrida por la persona no encuentra su origen en un factor autónomo (por migrante, por travesti, por situación de pobreza), sino que encuentra origen y se agrava en la concurrencia de estos factores (ColDH, “González Lluy y otros c/ Ecuador”, 01-IX-2015, párrafo 290). El concepto de “discriminación intersectorial” a la vez es recuperado por la Corte del TEDH “B.S. vs. España” (“González” cit. Nota al pie n°342), fallo relevante debido a que reconoce por primera vez esta discriminación “multisectorial” (en los términos de los terceros intervinientes ante el Tribunal) respecto del trato que fuerzas de seguridad sostienen ante una mujer de origen africano en situación de prostitución (contexto de gran similitud fáctica al presente) concluyendo: “*el Tribunal estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las Autoridades faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos.*” (4-VII-2012, párrafo 71).

en la cual el colectivo se encuentra sometido a una violencia sistemática por parte de la fuerza policial, que se encuentra sometido a sistemas de control, ante el cual la respuesta estatal (sentencia) no solo invisibiliza esta situación, sino que responde de modo represivo oficiando a migraciones para que controle al colectivo, desconociendo una situación e historia de vida que el Estado entiende irrelevante a los fines del reproche penal, pero que culmina en una revictimización de personas que de por sí se encuentran expuestas a menoscabos múltiples como consecuencia de su situación de vulnerabilidad.

6. El poder punitivo como represor de la disidencia

En este punto es relevante reflexionar ¿Cual es el fin del proceso? es decir, toda la maquinaria del Estado se puso en marcha con el fin de ejercer su poder punitivo (en su condición de detentar el monopolio de la fuerza), invirtió recursos económicos y humanos, recurrió a toda una estructura (conformada por leyes, procedimientos, instituciones) para llevar adelante un proceso contra Claudia, la encuentran culpable, la condenan a una pena de privación de la libertad, y se sabe el “porqué” la condenan (por vender estupefacientes), pero en todo este proceso no surge una explicación clara de cual es el fin de la condena, la cual tiene en la presente sentencia una finalidad de castigo y ejemplo.

En primer lugar, en el fallo de modo recurrente se manifiesta la finalidad de castigo (ej. “vindicta pública”) sin referencia al fin perseguido, circunstancia que se puede observar en las alusiones al “valioso tiempo perdido” (sic) por la introducción de la defensa sobre cuestiones de vulnerabilidad del colectivo travesti y de política criminal, que entiende “no eran el objeto del debate”. Del mismo modo, la sentencia ordena el cumplir condena para cumplida oficiar a migraciones a los fines de una eventual expulsión del estado, así como para un control de la población travesti, que confronta una concepción de resocialización de la pena.

Desde un enfoque de género podemos observar que el propio poder punitivo se muestra como un elemento transversal (violencia sostén) que alimenta y sostiene la discriminación y sometimiento de la mujer al patriarcado, así como también mantiene las jerarquizaciones existentes al asegurar que tampoco los otros no dejen de ejercer su rol dominante. Es decir, no actúa (ni puede actuar) de forma antidiscriminatoria, sino que adopta dichos discursos, actuando de forma selectiva sobre la vulnerabilidad y respondiendo a estereotipos, no aisladamente en cada ámbito, sino de una forma orgánica (es machista, xenófobo, clasista, homofóbico, transfóbico, en el mismo acto) en tanto que es la herramienta que apuntala la discriminación y su medio más violento de ejercicio (Zaffaroni, 2000). Es decir, la función de la pena es primordialmente evitar que la situación presente grandes desequilibrios, con valor simbólico y sin contemplaciones por si el ejemplo (el ejercicio sobre el particular) destroza y/o se sustenta en prejuicios (Zaffaroni, 2000) pues la pena sigue cumpliendo su finalidad en tanto mantenga estable una situación de status quo.

En conclusión, la sentencia presenta una condena por un delito (vender estupefacientes) pero a su vez coexiste una condena por “travesti”, por las molestias que su existencia provoca en los “buenos vecinos”, el ruido, lo indecoroso, la gente de mal vivir que atrae, y por representar a todo el colectivo travesti que molesta (por ejemplo, en la sentencia Claudia encarna cada escena de sexo que soportan los vecinos), es decir, *“la represión de ciertos sujetos definidos por esas prácticas no tanto por lo que hacen como por lo que son”* (Sabsay, 2011:88), con un valor simbólico en tanto que la condena de Claudia disciplina como ejemplo hacia el colectivo (circunstancia aún más palpable en el caso del elemento extranjero y la “vindicta pública”)¹⁷.

¹⁷ Puede observarse en la sentencia que plantea una reciprocidad punitiva contra el elemento migrante fundado en que un nacional no recibiría un diferente trato en Europa, cuando la presente causa es un encuentro Perú-Argentina (la imputada es peruana) pero se le aplica un trato fundado en una relación Argentina-Europa (una persona nacional en

7. El juez y el lenguaje

Es importante recuperar el lenguaje utilizado en la sentencia (los términos utilizados, el nombre por el que se llama a la imputada, el género que a través del lenguaje el juez le asigna), pues el lenguaje es una práctica significativa que carga con un discurso pues *“Las palabras tienen sexo, efectivamente, y ese sexo a veces es violento (...) en el uso de todo lenguaje hay un sujeto enunciado, y ese sujeto tiene género”* (Maffia, 2011:68-69), un género que puede ser auto-determinado en la construcción de su identidad, y que a través del lenguaje puede suprimirse.

El lenguaje se nos presenta cómo un elemento de poder y de dominio sobre el otro/a, en tanto que puede suprimir la identidad de ese otro e imponerle la identidad que le asigno a través de conceptualizarlo (ej. “hombre travestido”), de imponerle un género (ej. “el” travesti), incluso de imponerle un nombre (ej. “Jaime Luis Córdoba”). El uso del lenguaje manifiesta una estructura de poder en tanto que marca jerarquías, otorga identidad, suprime la disidencia, expropia a la persona de cualquier poder de decisión sobre sí y posibilidad de auto-definirse, lo que en definitiva implica apropiarse de uno mismo.

Si consideramos esta dimensión, adquiere relevancia el lenguaje que utiliza el juez siendo significativo el uso de género masculino y el encomillado en las expresiones femeninas con un resalto innecesario que se le está dando un trato femenino: porque en el discurso de la sentencia no le corresponde. De este modo, Claudia es despojada de su identidad a través de la sentencia porque el control del lenguaje implica un acto de poder, y en esa instancia el poder radica en el tribunal que la juzga y le impone una identidad: es Jaime, es peruano, es imputado, es condenado, es el travestido y el travesti.

El lenguaje se presenta como el dominio del amo (Maffia, 2011), lo que presenta el perverso juego de que para salirse

iguales circunstancias en Europa) y la posible experiencia de la persona en ese encuentro, lo que expone la falacia del razonamiento de la “reciprocidad”.

de esta lógica de dominio y poder recuperar la identidad se necesita dominar el lenguaje a través de otro acto de poder que reconozca a Claudia: una ella que recibe el trato de tal acorde a como dignidad lo demanda. Sin embargo, en el presente caso es un agravante que es el propio Estado (que se manifiesta a través del juez) el cual le suprime y le niega esta identidad través de un lenguaje cuyo discurso contenido no posee un mayor poder de reconocimiento que el de la “*dicotomía entre mujer/hombre del imaginario heterosexual*”¹⁸ (Sabsay, 2011:46), exponiendo la mora estatal en su obligación de capacitar a sus funcionarios en la materia a fin de que los mismos dispensen en su actuar el trato adecuado con la dignidad de estas personas¹⁹ (CIDH, 2015).

8. Consideraciones Finales

El paradigma que introduce el derecho internacional de los derechos humanos sostiene una lógica que construye sentido a partir del reconocimiento de una dignidad inherente a la persona por su condición de tal. En consecuencia, el reconocimiento de la dignidad implica un respeto al desarrollo pleno del proyecto de vida de la persona (en un sentido amplio) así como la construcción de un límite infranqueable al avance del estado como reafirmación de la condición humana.

Dentro del desarrollo del proyecto de vida se encuentra la identidad, en la cual el género (auto-percibido) de esa identidad

¹⁸ Es relevante considerando que la ley 26.743 reconoce la “identidad de género” en términos similares a los expuestos en el presente trabajo, contemplando como derecho el reconocimiento de esta identidad, el trato digno, uso del pronombre y género auto-determinado, y el libre desarrollo de la misma. En este sentido, la ley le reconoce el carácter de “derecho humano”, por lo que el imperativo que esta ley trae a nuestro ordenamiento jurídico, así como todo lo ya expresado al respecto, obliga al juez a adecuar sus prácticas a fin de respetar las mismas pues está en juego nada menos que derecho a un “trato digno”.

¹⁹ La Comisión Interamericana (2015) ha puesto de resalto en sus recomendaciones la importancia de capacitar en cuestiones de género y no discriminación a jueces, otros operadores de la justicia y fuerzas de seguridad, así como el uso de la identidad de género autopercebida y el pronombre de elección de la persona en el trato dispensado a la persona, preguntándole a la misma el trato que solicita que le sea dispensado en el caso de dudas.

es una dimensión de la persona, por lo que esa verdad personal dinámica y activa se presenta como un elemento de respeto y tutela, bajo un principio rector de no discriminación. Cómo se expone, la violencia de género (siendo la una de sus modalidades) tiene una finalidad de suprimir y castigar la diferencia, siendo el lenguaje un medio por el cual se puede ejercer y suprimir identidades. En este sentido, el momento de acción del poder punitivo es una instancia de oportunidad para los intentos de legitimar esa violencia a través de la recepción de lógicas retrógradas e incompatibles con los estándares de derechos humanos vigentes.

El Estado tiene una obligación de respeto y garantía hacia esa dignidad de las personas bajo su jurisdicción, lo que requiere una perspectiva de género en el accionar estatal y capacitación de sus agentes. Así mismo, ante un colectivo travesti o migrante travesti que se encuentra expuesto a distintas modalidades de violencia por una vulnerabilidad interfactorial el Estado está llamado a adoptar medidas necesarias para corregir la situación.

9. La sentencia de Casación

La sentencia de del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires no es trascendente para el presente trabajo, sin embargo, siendo que tras la sentencia en análisis hay una conculcación de derechos por parte de la administración de justicia, para quien desee abordar en mayor profundidad el presente caso o su desarrollo, la sala quinta (17-XI-2016) modifica la sentencia en los siguientes aspectos: a) reconoce la necesidad de compatibilizar la gestión administrativa judicial y el trato digno respecto de la identidad de género desarrollando pautas a tal fin respecto del trato; b) se modifica la calificación penal por tenencia simple (art.14 primer párrafo de la misma ley) sin calificarlo de consumo personal; c) reconoce que el carácter de extranjero/a no puede agravar la pena; d) censura la valoración de la venta en la vía pública y el perjuicio a los vecinos por no ser cuestiones debatidas en el proceso o atribuidas y

acreditadas a la imputada, así como por exceder la finalidad de la norma; e) condena agravar la pena por “simular” trabajo sexual y ser mala compañera debido a que lo entiende arbitrario y un reproche moral sin sustento jurídico. La sentencia confirma la legitimidad de los procedimientos que dan lugar a la causa, casa en el sentido expuesto modificando el monto de la pena y dejando la ejecución en suspenso ante la existencia de una medida morigeratoria de arresto domiciliario en curso.

Bibliografía

- CIDH (2009) *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CIDH (2015) *Violencia contra personas LGBTI*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- FEMENÍAS, M. L. (2011). *Reivindicación cultural y violencia contra las mujeres*. En Discriminación y Género (pp.111-116). Ciudad de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- FERRER MAC-GREGOR, E. Y PELAYO MÖLLER, C. M. (2014). *Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos*. En Convención sobre Derechos Humanos Comentario (pp.42-68). Bolivia: Plural Editores.
- LAGARDE, Marcela (1996), “*Identidad de género y derechos humanos. La construcción de las humanas*”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, n°4, pp. 86-125.
- LAGARDE, Marcela (2012), *El Feminismo en mi vida. Hitos, claves y topías*, México D.F.: Coordinación de Relaciones Públicas.
- MACKINNON, C. A. (2011). *Trata, Prostitución y Desigualdad*. En Discriminación y Género (pp.15-30). Ciudad de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.
- MAFFIA, D. (2003). *Introducción*. En Sexualidades Migrantes – Género y Transgénero (pp.5-8). Buenos Aires: Editorial Feminaria.
- MAFFIA, D. (2011). *Violencia y lenguaje: de la palabra del amo a la toma de la palabra*. En Discriminación y Género (pp. 67-101). Ciudad de Buenos Aires: Defensoría General de la Nación.

- NIKKEN, P. (1994). *El concepto de Derechos Humanos*. Estudios de Derechos Humanos - IIDH, 1, 15-37.
- RODRÍGUEZ, M. V. (2004), “*Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio*”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (pp. 579-619), Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SABSAY, L. (2011). *Fronteras sexuales: espacio urbano, cuerpos y ciudadanía*. Buenos Aires: Paidós.
- SEGATO, R. L. (2003), *La argamasa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del derecho*, Brasilia: Departamento de Antropología de la Universidad de Brasilia.
- ZAFFARONI, E. R. (2000). *El discurso feminista y el poder punitivo*. En *El género del Derecho penal: las trampas del poder punitivo*. (pp.19-37). Buenos Aires: Biblos.