

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 23 de agosto de 2021.

En la causa n° **9258/2020-0**, seguida a **L.C.** que tramita en este Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas n° 15, voy a decidir sobre el avenimiento presentado.

ANTECEDENTES DEL CASO:

I. El día 2 de junio de 2021 la fiscalía y L.C., junto con su defensa oficial, llegaron a un acuerdo de avenimiento. Según se desprende de esa presentación, los hechos atribuidos a la imputada fueron los que se transcriben a continuación.

Hecho 1: "el día 11 de febrero de 2020 a las 02:30 hs. aproximadamente, frente a la altura catastral n° 278 de la calle C. de esta ciudad, tuvo en su poder cuatro (4) paquetes armados cada uno de ellos con preservativos que contenían un total 39 envoltorios de nylon de color blanco y celeste, los cuales a su vez contenían en su interior una sustancia estupefaciente en polvo de color blancuzco -clorhidrato de cocaína- con un peso total de 8.1 gramos, oportunidad en la que también tuvo y le fueron secuestrados mil setecientos ochenta y cinco pesos (\$1.785)".

Hecho 2: "el día 17 de marzo de 2020 a las 2:30 hs. aproximadamente, frente a la altura catastral n° 103 de la Av. J. de esta ciudad, tuvo en su poder cuarenta y un (41) envoltorios de nylon, los que contenían en su interior una sustancia estupefaciente en polvo de color blancuzco -clorhidrato de cocaína- con un peso total de 10.4 gramos, oportunidad en la que le fue secuestrado mil doscientos pesos (\$1.200)".

Hecho 3: "el 8 de enero de 2021 a las 1:40 horas aproximadamente, frente a la altura catastral 2822 de la calle A. de esta ciudad, tuvo en su poder veintitrés (23) envoltorios de nylon de color verde, los que contenían en su interior una sustancia estupefaciente en polvo de color blancuzco -clorhidrato de cocaína- con un peso total de 7,1 gramos".

Hecho 4: "el día 29 de abril de 2021 a las 00:00 hs aproximadamente, en la calle M. n° 2827 de esta Ciudad, comercializó estupefacientes con L.Z. , específicamente un envoltorio de cocaína a cambio de trescientos pesos. Es de destacar, que la conducta señalada fue advertida por agentes

policiales que recorrían la Av. J. y en la intersección con la calle M. de este medio y advirtieron la maniobra de compraventa entre los ya mencionados a partir de lo cual procedieron a la identificación de L.Z. , quien refirió haber pagado el monto arriba indicado a cambio de una dosis de 0,3 gramos de cocaína. Seguidamente, el personal policial identificó a la encartada, quien llevaba consigo ocho envoltorios de cocaína por un peso total de 3,9 gramos. Asimismo, se le incautó a esta última la suma de \$2.500 de dinero en efectivo y un teléfono celular que deberá ser analizado".

En un principio, los primeros tres sucesos fueron calificados en el delito de tenencia simple de estupefacientes, de conformidad con el art. 14, 1° párr., Ley 23.737, mientras que el último fue subsumido en las previsiones del art. 5, inc. c, Ley 23.737. No obstante ello, en el avenimiento, el fiscal entendió que, de acuerdo con las constancias del legajo y tras un reexamen de los elementos incorporados, era razonable recalificar la conducta imputada en el cuarto hecho también en tenencia simple de estupefacientes. En consonancia con esta postura, volvió a determinar el hecho de la siguiente manera: "... el día 29 de abril de 2021 a las 00:00 hs aproximadamente, en la calle M. n° 2827 de esta Ciudad, la imputada tuvo en su poder -específicamente escondidos en su boca- ocho envoltorios de cocaína por un peso total de 3,9 gramos, el cual fue exhibido al personal policial luego de que L.C. fuera demorada tras ser observado en una situación sospechosa. Asimismo, se le incautó a la nombrada la suma de \$2.500 de dinero en efectivo y un teléfono celular".

Por lo demás, en el convenio se enumeraron las pruebas con las que la fiscalía sostiene la hipótesis acusatoria más arriba detallada, a cuyo tenor literal, y por la decisión que aquí se adoptará, a ellas me remito.

Las partes formularon como solicitud de pena la aplicación de dos (2) años y seis (6) meses de prisión de cumplimiento en suspenso, el pago de multa del mínimo previsto por el art. 14, 1°, Ley 23.737 y las costas del proceso (arts. 5, 21,

23 y 26, CP y 14, 1° párr., Ley 23.737). Además, se acordó el decomiso tanto del dinero secuestrado, consistente en la suma de cinco mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos argentinos (\$5.485), como de la droga secuestrada, esto es, treinta y nueve (39) envoltorios con cocaína con un peso total de 8,1 gramos, cuarenta y un (41) envoltorios con cocaína con un peso total de 10,4 gramos, veintitrés (23) envoltorios con cocaína con un peso total de 7,1 gramos y nueve (9) envoltorios con 4,1 gramos de cocaína. A la vez, el acusador público solicitó que se pusiera a disposición del Ministerio Público Fiscal el dinero decomisado y la suma del pago de la pena de multa para que esos montos fueran destinados a la prevención e investigación de la comercialización de estupefacientes y a la rehabilitación de los afectados por su consumo (conf. art. 39, en función del art. 30, Ley 23.737).

En relación con la condicionalidad de la pena, se convino que, por el término de dos (2) años y seis (6) meses, L.C. cumpliera con las siguientes reglas de conducta: 1) Fijar residencia e informar a la fiscalía y al juzgado cualquier cambio de ésta; 2) Comparecer ante cualquier citación realizada por la fiscalía o por el juzgado; 3) Realizar noventa (90) horas de tareas de utilidad pública en el lugar que la Oficina de Control determine y 4) Realizar el curso dictado por el Instituto Casa Flores para consumidores de estupefacientes, con una duración de veinte (20) horas y de modalidad online (cf. arts. 26 , 27, y 27 bis, CP). Por último, acordaron que, tras la firmeza de la sentencia, se devolviera el teléfono celular secuestrado a la imputada en el marco de su detención.

II. En la audiencia de conocimiento personal, prevista en el art. 278, CPP, estuvieron presentes la imputada y el defensor oficial.

En esa oportunidad le hice saber a la encausada los alcances de lo convenido con la fiscalía. En concreto, le expliqué que tenía derecho de arribar a un juicio oral y público y que el acuerdo significaba la renuncia a esa instancia. También le hice saber de manera llana que esta alternativa implicaba la aceptación

de la acusación y la pena consensuada. Ante mis preguntas, L.C. dijo comprender los alcances del acuerdo y que había prestado su consentimiento de manera voluntaria.

Asimismo, luego de leerle los hechos tal como fueron determinados por la fiscalía, los reconoció. En idéntico sentido, le expliqué la calificación legal otorgada y su significado, destacándose la diferencia entre las figuras de tenencia simple de estupefaciente, aquella que se considera para consumo y la que tiene fines de comercialización. Así, la imputada dijo haber entendido en qué consistía el delito que se le acusaba haber cometido y ratificó en un todo el contenido del avenimiento.

Al advertir que entre las reglas a las que se sujetó la condicionalidad estaba la realización de un curso en el instituto Casa Flores vinculado a adicciones, le consulté si ella era consumidora de estupefacientes y me respondió que sí. Puntualmente, manifestó que consumía desde los diecisiete años y me aclaró que, actualmente, había mejorado su situación de consumo desde que comenzó a cumplir con el arresto domiciliario. Además, me dijo que consideraba que ese curso podía servirle y que había dejado de consumir por voluntad propia.

Por último, le hice saber que debía analizar los términos del avenimiento, porque al margen de su voluntad y su reconocimiento expreso, era necesario que las pruebas arrojadas por la fiscalía fueran suficientes para sostener la materialidad de los hechos. Al respecto, le indiqué que existían cuestiones técnicas en los delitos de droga, relativas a los peritajes de las sustancias que se presumen estupefacientes. Le informé que ese día había llegado un informe aparentemente pericial de los estupefacientes, no obstante en virtud del escaso tiempo desde que fue enviado y la celebración de la audiencia, le hice saber, tanto a L.C. , como a su defensor, la necesidad de valorar ese elemento probatorio.

Antes de que finalizara el acto, la imputada me consultó si ya "*quedaría libre*" en alusión a la medida de arresto domiciliario que pesa en su contra. Le puse de resalto que el

acuerdo no estaba homologado todavía y que, según el acuerdo arribado, la medida se levantaría automáticamente. El defensor solicitó se resolviera lo más rápido posible atendiendo a esta circunstancia.

FUNDAMENTOS:

El acuerdo no será homologado por diversas cuestiones vinculadas al modo en que fue aceptado el avenimiento por parte de L.C. y la necesidad de tomar una decisión de maximización de sus derechos en tanto la nombrada pertenece a un grupo en especial condición de vulnerabilidad.

Asimismo, advierto una causal independiente que impediría la homologación del avenimiento, concretamente la falta de peritaje químico y por ello la de una prueba relevante vinculada a la tipicidad de la conducta atribuida.

I. Las facultades jurisdiccionales en el marco del procedimiento previsto en el art. 278, CPP

El marco de actuación que la ley me confiere dentro de nuestro sistema constitucional ha sido delineado en diversos precedentes dictados por el máximo tribunal porteño (TSJ, expte. n° 10356/13, "Rodríguez de Sosa, Carlos Alberto s/ infr. art. 189 bis", rta. 23/12/14; expte. n° 12673/15 "Rinaldelli, Ariel Martin s/ art. 2 bis, Ley n° 13.944", rta. 19/08/2016).

En primer lugar, es preciso destacar que el instituto del avenimiento es una vía alternativa de resolución de conflictos consistente en un acuerdo entre la fiscalía, el imputado y su defensa, que tiene como propósito evitar el juicio. Es una forma de renuncia al derecho de acceder a un juicio oral y público, escenario donde se resiste la acusación y la situación procesal de una persona queda definida luego de producirse la prueba.

Por las implicancias de esa renuncia, es importante que, ante todo, el/la juez/a cuando esté frente a un/a imputado/a dispuesto/a a reconocer los hechos, la calificación legal y la pena, se asegure de que esa renuncia haya sido realizada de forma libre y con conocimiento tanto de las consecuencias directas y colaterales, como de las legales del proceso.

El primer control se dirige a establecer si del contacto personal mantenido con el/la acusado/a en audiencia permite sostener que las partes tuvieron la posibilidad de acordar en igualdad de condiciones, sin coacciones de ningún tipo y en absoluta libertad, sobre todo en lo que respecta a la persona acusada. Si así no fuere, debe tenerse por inválido lo convenido por existir un vicio en la voluntad del imputado.

Luego de ello, también podría resultar inválido el acuerdo en caso de falta de precisión del hecho o de alguna prueba muy relevante a los fines de acreditar el delito atribuido y que se vincule con la tipicidad.

Fuera de estos supuestos, el/la juez/a tiene que homologar el acuerdo, pudiendo: 1) condenar por la calificación legal y pena solicitada; 2) condenar por una pena más beneficiosa (cfr. último párrafo del art. 278, CPP); y 3) absolver por ser atípica la conducta, tal como lo establece el último párrafo del art. 278, CPP (TSJ, expte. n° 10356/13, "Rodríguez de Sosa, Carlos Alberto s/ infr. art. 189 bis", rta. 23/12/2014, entre otros).

En definitiva frente a un acuerdo –que funciona como techo de decisión– el/la juez/a puede: 1) condenar si la acción es típica, 2) absolver si la acción es atípica, o 3) no homologar el acuerdo si no se puede decidir lo uno o lo otro. En este último caso, las partes pueden completar la descripción del hecho, o la prueba y reeditar el planteo.

El hecho aceptado como cometido debe también surgir de las pruebas incorporadas al caso. El estándar de certeza que toda sentencia condenatoria exige no puede bajarse por el acuerdo, lo que naturalmente sucede es que las pruebas no son controvertidas, entonces deberían llevar, sin mayores problemas, a tenerse válidamente por probada la conducta.

II. La situación de L.C. como integrante de un grupo en condición de vulnerabilidad y su incidencia en el acuerdo presentado

En la audiencia de conocimiento personal tuve la oportunidad de tomar contacto con L.C., ocasión en la que no sólo

le expliqué en qué consistía el avenimiento, sino que también pude preguntarle sobre sus condiciones personales.

A partir de la intermediación y la impresión que me causó la imputada pude advertir que, pese a haber manifestado que reconocía los hechos que le fueron atribuidos, la calificación y pena, su decisión de optar por este camino no podía entenderse enmarcada en un plano de absoluta libertad y desvincularse de la forma en que ha sido llevado adelante este proceso en el cual se ha afectado su derecho a un trato digno y a su identidad.

He de mencionar que en esa oportunidad, como primera medida, dispuse la recaratulación del expediente en reconocimiento a su derecho a ser identificada de acuerdo a su identidad de género. Ello, en tanto advertí que la carátula no correspondía a su género autopercebido, sino al sexo asignado al nacer, replicando el nombre del DNI, en clara vulneración a sus derechos.

Al respecto, corresponde señalar que la ley n° 26.743 (B.O. 23/5/2012) reconoce que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género (art. 1.a) y a "*ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo*" (art. 1.c). Asimismo, se establece que: "*Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales*" (art. 2). Lo cual se encuentra presente en el caso de la acusada, quien ha efectuado, conforme tuvo oportunidad de observar en la audiencia, modificaciones que evidencian sin lugar a dudas un cambio de apariencia respecto del sexo asignado al nacer y el género autopercebido.

Asimismo se exige que: "*Deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas [...] que utilicen un nombre*

de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados” “Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a” “En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada” (art. 12).

El reconocimiento legal del derecho al trato digno y no discriminación previstos en los artículos 12 y 13 de la Ley n° 26.743 debe entenderse como una derivación de los compromisos internacionales asumidos conforme los artículos 7, 11.3 y 18 en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Según la Corte IDH dicha normativa contempla el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad, el reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho al nombre (Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 19: Derechos de las personas LGBTI: párr. 106).

Además, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, afirmó que “[e]n relación con la identidad de género y sexual, esta Corte reitera que la misma también se encuentra ligada **al concepto de libertad** y a la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias convicciones, así como al derecho a la protección de la vida privada” (cf. párrafo 93).

Asimismo, sostuvo que “... la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su **reconocimiento por parte del Estado**

resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero" (cf. párrafo 98) y que "... el reconocimiento de la afirmación de la identidad sexual y de género como una manifestación de la autonomía personal es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas se encuentra protegido por la Convención Americana en sus artículos" (cf. párrafo 101, OC-24/17).

En definitiva, resulta obligatorio para todos los órganos estatales cumplir con la norma y brindar un trato digno, sin discriminación en razón de la identidad de género, y ese derecho se encuentra vinculado a la libertad de toda persona. Por ese motivo, aparece especialmente grave que el legajo y el acuerdo de avenimiento contengan la mención del nombre masculino que no se corresponde con la identidad de L.C., desconociendo el contenido de una ley próxima a cumplir una década de vigencia.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que L.C. se presentó para manifestar que aceptaba su condena, y renunciaba a su derecho de ir a juicio, en un proceso penal que no tuvo hacia ella un trato digno, pese a que lleva aproximadamente un año y medio de duración. Frente a esta situación resulta cuestionable que se encuentre en una posición de igualdad y libertad para ejercer sus derechos o decir cuanto quisiera o pensara.

La situación de las personas travestis trans en conflicto con la ley penal, viene teniendo en los últimos años una especial atención por parte de organismos internacionales, también por la doctrina y jurisprudencia, poniendo foco en la necesidad de atender a su condición de grupo desventajado y vulnerado.

Asimismo, recientemente la Dirección General de Políticas de Género (DGPG) de la Procuración General de la Nación presentó los resultados de la investigación "Personas travestis y trans en conflicto con la ley penal: impacto de la ley de identidad de género. Estudio de casos del período 2013-2019". Dicha Dirección, que pertenece institucionalmente a un órgano acusador, tiene entre sus competencias el desarrollo de estudios y/o investigaciones para contribuir con aportes y lineamientos que

impacten en la lucha contra la discriminación y todas las formas de violencia contra la mujer y las personas con identidades y expresiones de género diversas para facilitar su acceso a la justicia. La investigación, que parte de un relevamiento de procesos judiciales, visibiliza las dificultades que estos colectivos enfrentan en el acceso a la justicia, tal como le ha ocurrido a L.C. en relación a su derecho a la identidad. Se concluye que *"las fuerzas de seguridad y el sistema de administración de justicia son consideradas por estas personas como las instancias que mayor violencia han ejercido en su contra. En un 52 % las mujeres travestis y trans dijeron no denunciar las situaciones de violencia por **la escasa confianza que les genera el sistema de administración de justicia penal**"* (página 68).

Encuentro acorde con esto la postura de L.C. en la audiencia que llevé a cabo. Allí pude advertir que todas mis preguntas e información no la llevaban a una mínima instancia de reflexión para dar respuesta, sino que a todo respondía rápidamente que sí sabía, sí conocía, si quería.

El rechazo de este avenimiento se vincula con la postura de maximización de derechos que debo adoptar como jueza en este tipo de casos, teniendo un trato diferenciado para generar equidad y justicia, por ser L.C. parte de un grupo que fue reconocido constitucionalmente como vulnerable.

La noción de grupos en condición de vulnerabilidad, bajo la que se inscribe la situación de las personas travestis y trans, ha sido conceptualizado en la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en abril de 2018, Quito-Ecuador¹, oportunidad en la cual se efectuó una actualización de las "Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad".

En concreto, allí se conceptualizó que una persona o grupo de personas se encuentra en condición de vulnerabilidad "...

¹ Cumbre Judicial Iberoamericana (2018). Cien Reglas de Brasilia, XIX Cumbre Judicial Asamblea Plenaria San Francisco de Quito.

cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, **para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico...**". Asimismo, que "... se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas **encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico**".²

En lo atinente a la realización de actos judiciales, establece que "[s]e velará para que en todas las actuaciones judiciales, en las que participe una persona en condición de vulnerabilidad, **se respete su dignidad, otorgándole un trato diferenciado adecuado a las circunstancias propias de su situación**"³.

A la vez, en el informe "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, la CIDH destacó su preocupación en cuanto a la existencia de "... información de manera consistente sobre serias deficiencias en la investigación de casos de violencia por prejuicio contra personas con orientaciones sexuales e identidades de género no normativas. Al examinar con más detenimiento lo que está generando esta impunidad, la CIDH concluye en este informe que, en general, en la región **existen deficiencias en la investigación y procesamiento penal de estos casos de violencia, tales como el prejuicio contra las orientaciones sexuales e identidades de género no normativas que influye en la forma en la que se conducen las investigaciones,**

² Capítulo I, Sección 2°, Beneficiarios de las Reglas, 1.- Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad, (3).

³ Capítulo III, "Celebración de actos judiciales", (50).

así como la ausencia de un enfoque diferenciado"[CIDH (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*, p. 17, párr. 23].

La existencia de un enfoque diferenciado para ciertos grupos sociales obedece a que el principio de igualdad fue inicialmente conceptualizado para quienes se encontraban en situación o circunstancias similares, ante lo cual resulta necesario otorgar un trato diferenciado a personas que se encuentran en una situación particular.

Un ejemplo de ello, por parte de otro poder del Estado, ha ocurrido recientemente con la sanción de la ley 27636 "Ley de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán - Lohana Berkins". Dicha ley en su art. 1 prescribe que su objeto es establecer **medidas de acción positiva** orientadas a lograr la efectiva inclusión laboral de las personas travestis, transexuales y transgénero, con el fin de promover la igualdad real de oportunidades en todo el territorio de la República Argentina (el resaltado es propio).

Particularmente, en relación a este colectivo, es justo señalar que la Constitución local resulta ser una de las más amplias en materia de derechos. Así, la *"... primera Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires derogó los edictos y sancionó (...) un Código de Convivencia que eliminaba cualquier criminalización de quienes ejercían la prostitución (...). No escapa que se trataba de una medida garantista que amparaba no sólo a las personas en condición de prostitución, en el marco de relaciones heterosexuales, sino a las travestis que se veían forzadas a la venta de sexo en condiciones aún más vulnerables"*⁴.

Esta ciudad también fue pionera en comparación con el resto de las provincias al seguir la legislación nacional en esta materia, pues en el año 2009 se sancionó la Ley 3062 que

⁴ Barrancos, Dora, "Géneros y Sexualidades disidentes en la Argentina: de la agencia por derechos a la legislación positiva" en cuadernos intercambio sobre Centroamérica y el Caribe, Vol, 11, N° 2, julio-diciembre, p. 33).

establecía la obligación en todo el ámbito administrativo de respetar no sólo la identidad de género de travestis y transexuales, sino también en garantizar a estas personas la utilización de un nombre distinto al consignado en su documento de identidad.

En este orden de ideas, con el dictado de la Ley n° 26.743 (Ley Nacional de Identidad de Género) se comenzó a abandonar la arraigada patologización de las identidades o expresiones de género no hegemónicas. Resulta llamativo que, a pesar de este desarrollo legislativo de avanzada, las prácticas no hayan seguido este mismo recorrido.

A la luz de estos conceptos, y con base en un informe presentado por la CIDH⁵, es posible afirmar que las personas LGBTIQ+ configuran un grupo en situación de vulnerabilidad estructural e históricamente discriminado que, a su vez, sufre violencia en razón de prejuicios basados en la orientación sexual, identidad de género y/o su expresión.

En sintonía con lo expuesto, del diálogo que mantuve con la encartada pude inferir que su interés en llegar a esta salida alternativa se basó, fundamentalmente, en el deseo de recuperar su libertad y con la convicción de que el ejercicio de sus derechos la conducía a esa salida, pese a que la suspensión del proceso a prueba no ha sido solicitada, y el acuerdo sobre la medida de arresto mantenido.

Luego, en lo que atañe a su vida personal, me explicó que era trabajadora sexual y que atravesó una etapa de consumo problemático de sustancias, que inició a los diecisiete años, hoy tiene veintinueve años, y había disminuido durante este último tiempo, por su encierro domiciliario. Además, me enfatizó su interés en arribar a una salida alternativa al juicio. En esta línea, me informó que participaba de la asociación AMMAR y que

⁵ CIDH (2015). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, "Características de la violencia contra las personas LGBTI." párrs. 25/30.

ofrecía cumplir allí las tareas de utilidad pública acordadas porque le interesaba poder dar asistencia a otras compañeras que pudieran estar en la misma situación que ella.

No puedo soslayar la influencia que genera en el caso la circunstancia de que la imputada sea trabajadora sexual, nótese que incluso los hechos de esta causa se habrían dado en ese contexto. Estos aspectos cobran relevancia al entender que la situación de L.C. se inscribe en la amplia problemática que involucra la vulneración de derechos de las personas trans, quienes, merced a un pasado signado por la patologización y criminalización y un presente caracterizado por la exclusión, configuran un colectivo estigmatizado.

En este contexto, considero que, más allá del reconocimiento del hecho por parte de L.C. , su capacidad de negociación pudo haberse visto limitada o constreñida por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra ubicada, sobre todo si se piensa que, en su situación concreta, aceptar la condena implica recuperar su libertad ambulatoria, y con ello la posibilidad de poder trabajar.

El análisis efectuado no implica que una persona que pertenezca a ese colectivo no puede renunciar libremente a su derecho de ir a juicio para resistir la acusación, y aceptar directamente una condena, incluso podría ser completamente válido que la circunstancia de obtener la libertad motive la decisión de renunciar al debate; sin embargo en el caso de L.C., la postura que debo tomar de maximización de derechos y a la luz de un proceso que se llevó adelante en clara vulneración a su trato digno, me impide avanzar hacia una condena cuando tiene derecho a obtener una pronta finalización de este proceso, asumiendo obligaciones similares a las pretendidas por el Ministerio Público Fiscal, en consonancia con la no pretensión Fiscal de dilucidar este hecho en debate, pero con una respuesta menos lesiva.

En relación con este punto, del legajo se advierte que ni siquiera se analizó la posibilidad de optar por una salida que no resulte estigmatizante como lo es obtener una condena, y a la

vez no profundice la brecha generada por la criminalización del colectivo trans. En este sentido, es necesario hacer notar que la imputada no cuenta con antecedentes penales a informar por el Registro Nacional de Reincidencia, y las partes, ni el Fiscal ni el Defensor, han opuesto alguna razón sobre la inconveniencia de suspender el proceso a prueba, pese a ser un derecho reconocido por la Corte Suprema incluso en este tipo de casos conforme la doctrina que emana de los precedentes "Acosta"⁶ y "Norverto"⁷, que además de la cuestión vinculada a la suspensión del proceso a prueba, reconocen la vigencia en materia penal del principio de última ratio, de intervención penal mínima y de interpretación *pro homine* (o *pro persona*), según el cual cualquier duda sobre el alcance de una ley debe aplicarse una interpretación a favor del individuo.

En definitiva, la respuesta que se ha pensado desde el sistema penal es resolver el caso mediante un arreglo de avenimiento, con la consecuente imposición de una sentencia condenatoria cuando L.C. tiene la posibilidad legal y el derecho de solicitar una suspensión del proceso a prueba. Ello, de por sí me hace sospechar de que haya estado en condiciones de ejercitar con plenitud ante este sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico en los términos señalados previamente al citar las "Reglas de Brasilia".

Las condiciones a las cuales se sujetaría la condicionalidad de la pena según ha sido acordado por las partes fue: 1) Fijar residencia e informar a la fiscalía y al juzgado cualquier cambio de ésta; 2) Comparecer ante cualquier citación realizada por la fiscalía o por el juzgado; 3) Realizar noventa (90) horas de tareas de utilidad pública en el lugar que la Oficina de Control determine y 4) Realizar el curso dictado por el

⁶ CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa oficial de A.E.,A. en la causa A.E.A. s/ infracción art.. 14, 1° párrafo ley 23.737", causa 28/05, del 23 de abril de 2008

⁷ CSJN, "Norverto, Jorge Braulio s/Recurso de Hecho", Sentencia del 23 de abril de 2008, N. 326. XLI.

Instituto Casa Flores para consumidores de estupefacientes, con una duración de veinte (20) horas y de modalidad online.

Nótese que objetivamente las obligaciones que pesarían en la encartada pueden ser las mismas que las acordadas con el Ministerio Público Fiscal teniendo en miras el fin preventivo especial pretendido, con la diferencia de que se evita la respuesta más gravosa que el Estado puede tener frente a un primer conflicto con la ley penal, aplicar condena.

En ese sentido el artículo 18 de las **"Directrices sobre la función de los fiscales"**⁸ dispone lo siguiente: "De conformidad con la legislación nacional, los fiscales considerarán debidamente la posibilidad de renunciar al enjuiciamiento, interrumpirlo condicional o incondicionalmente o procurar que el caso penal no sea considerado por el sistema judicial, respetando plenamente los derechos del sospechoso y de la víctima. A estos efectos, **los Estados deben explorar plenamente la posibilidad de adoptar sistemas para reducir el número de casos que pasan la vía judicial no solamente para aliviar la carga excesiva de los tribunales, sino también para evitar el estigma que significan la prisión preventiva, la acusación y la condena, así como los posibles efectos adversos de la prisión**" (el resaltado es propio).

Al mismo tiempo, las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad" (Reglas de Tokio), establecen que: "*1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y, de esa manera, reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente*".

⁸ Directrices sobre la función de los fiscales, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990)

Sobre ello se ha dicho que "Como se puede apreciar, las citadas Reglas de Naciones Unidas mandan a "racionalizar las políticas de justicia penal... teniendo en cuenta las exigencias de la justicia social", lo que significa que la selectividad irracional con que opera todo sistema de persecución penal necesita de herramientas que reduzcan los efectos perniciosos de su inescindible carácter desigualitario y discriminatorio, sobre todo respecto de las personas de menor poder (más que nada político y económico). Esta reducción de la violencia punitiva, que implica menos penas carcelarias y otras opciones para racionalizar las políticas de la justicia penal (con justicia social y sin discriminación) se aplicará, por igual, "a todas las personas sometidas a acusación (o) juicio" y "en todas las fases de la administración de la justicia penal".⁹

Hay otro motivo en el caso de L.C. que impone la necesidad de abordar este conflicto que no sea con la automática condena. Sobre ello, traigo a colación nuevamente las consideraciones de la CIDH en el informe citado. Concretamente, en expresa referencia a las opiniones del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, el organismo señaló que el relevamiento de información vinculada a los recurrentes actos de violencia que enfrentan las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (LGBT), o aquellas que son percibidas como tales, que se encuentran privadas de libertad en América, dan cuenta de que "las personas LGBT se encuentran en el último escalafón de la jerarquía informal que se genera en los centros de detención, lo que da a lugar a una discriminación doble o triple, y se encuentran sometidas de manera desproporcionada a actos de torturas y otras formas de malos tratos"¹⁰.

⁹ Juliano, Mario Alberto y Vitale Gustavo L. "Retroscesos de una Corte que avanza (El fallo Góngora y los nuevos enemigos del sistema penal)", publicado el 3/10/13 en Revista Pensamiento Penal <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/10/doctrina37388.pdf>

¹⁰ Ob. cit. CIDH (2015). pp. 107, párr. 145.

En definitiva, ha sido señalado el daño que el encierro carcelario genera en estas personas, por la específica vulneración a sus derechos humanos. Este también es un argumento a tener en cuenta cuando se analiza la directa aplicación de una condena aun cuando no sea, esta vez, de efectivo cumplimiento.

En consonancia, la CSJN sostuvo que *"... los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional"* (CJSN, "S., M. G. y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", rta. 20/05/2014).

Lo señalado no resulta menor, pues este Juzgado recientemente tuvo casos donde se suspendió el proceso a prueba a hombres cisgenero sin antecedentes penales con conformidad del Ministerio Público Fiscal por hechos vinculados con la ley 23737 (ver, por ejemplo, la causa n° 17907/2020-0, "Zalazar, Joel Ezequiel y otro s/infr. art. 14, 1° parr., ley 23.737", rta.: 4/05/2021 y la causa n° 85323/2021-0, "Álvarez Rengifo, Jesús Antonio y otro s/infr. art. 14, 1° parr., ley 23.737", rta.: 13/07/2021).

Estos precedentes demuestran que avanzar hacia la suspensión del proceso a prueba en el caso de L.C. ni siquiera implicaría un trato diferenciado hacia ella, y echan por tierra que hubiera alguna cuestión de política criminal institucional, la cual debería de todos modos ser llevada al caso concreto, que impida tener que analizar con más detalle, el derecho que le asiste de acceder a una suspensión del proceso a prueba y poder resolver este conflicto sin una condena como primer respuesta del Poder Judicial ante su primer conflicto con la ley penal. Ello, en claro apartamiento de la propia normativa internacional que reclama la sustitución de las penas privativas de la libertad, por mecanismos menos lesivos.

Por todo los fundamentos, y para el caso de que los operadores judiciales intervinientes estén de acuerdo y este resolutorio adquiriera firmeza, entiendo que corresponde convocar a audiencia en los términos del art. 217 CPP, máxime cuando en el

caso, la falta de peritaje químico impediría de todas maneras la homologación de este acuerdo.

III. La falta de peritaje químico

Por último, corresponde que me explaye sobre esta falta de prueba relevante a la luz de la tipicidad. De las pruebas reunidas y analizadas, advierto la existencia de un problema insuperable en el encuadre legal escogido por la fiscalía respecto de los hechos atribuidos a L.C. .

Sobre el particular, traigo a colación lo que recientemente sostuve al momento de prorrogar la investigación penal preparatoria en la causa n° IPP 13926/2020-0, caratulada "Romero, Agustín Alejandro y otros s/infr. art. 5, inc. c, Ley 23.737", resuelta el 10 junio de 2021.

En ese precedente, la fiscal del caso solicitaba una prórroga judicial de la investigación para poder llevar adelante el peritaje químico de la sustancia que se presumía estupefaciente. Allí, dejé en claro mi postura acerca de que ese pedido era más que razonable porque contar con el peritaje del material secuestrado tenía relevancia con la adecuación típica de los hechos, en los términos del art. 77, CP, cuando define el concepto de estupefaciente, y también con la ponderación de la afectación al bien jurídico tutelado por la Ley 23.737.

En definitiva, advertí como un aspecto fundamental la necesidad de contar con el resultado pericial de la sustancia secuestrada. Ello, en virtud de que los *test* orientativos –como su nombre lo indica– solo sirven para inferir que el material incautado es estupefaciente y a modo de estándar mínimo para avanzar en el proceso o en la detención en casos de flagrancia. El peritaje químico lo confirma y, además, sirve para determinar el tipo de estupefaciente, su calidad, la cantidad, peso y el número de dosis umbrales.

La importancia de esa medida está dada porque, en rigor, la hipótesis acusatoria debería formularse sobre la base de la cantidad de material estupefaciente puro y no, como suele ocurrir, sobre la totalidad de la sustancia incautada.

Se considera dosis umbral a la mínima cantidad de sustancia estupefaciente para producir el efecto narcótico en un individuo adulto promedio, lo que dependerá del tipo de estupefaciente.

En la resolución aludida, por encontrarse la causa en etapa de investigación, consideré que se trataba de una medida probatoria fundamental que justificaba la prórroga temporal de la investigación. En concreto, sostuve que *"... el motivo dilatorio que expresa la Fiscal debe ser atendido, de lo contrario estaría frente a la disyuntiva de perder el caso o intentar avanzar sin elementos de prueba suficientes. Ello no significa que la demora en el peritaje podrá justificar el sometimiento largamente prolongado a proceso de toda persona imputada por un hecho que encuadra en la ley 23737, pero ello debe evaluarse en cada caso en concreto, y aquí no ha ocurrido. Se trata de una investigación que aún no alcanzó el año desde su inicio, y la Fiscalía ha efectuado debidas diligencias para obtener un adelanto en la fecha asignada"*.

Aquí, por estar frente a la posible imposición de una condena, debo analizar la cuestión a la luz de la tipicidad, y sobre ello también me he expedido en el precedente causa n° 14175/2020-7, "Díaz Pimentel, Jaime Antonio s/infr. art. 14, 1° párr., Ley 23.737", resuelta el 2 de julio de 2021.

En dicho precedente sostuve que el tipo objetivo de la figura analizada –art. 14, primer párrafo de la ley 23.737– requiere que el material estupefaciente esté dentro de la esfera de custodia del encausado, aun cuando no se encuentre físicamente junto a éste al momento de constatarse el hecho. La tenencia debe ser actual y debe tenerse certeza respecto de que el material efectivamente es estupefaciente.

El peritaje químico encuentra su importancia en tanto permite determinar la cantidad de componentes psicoactivos (en este caso, cocaína) para acreditar si el material que se presume estupefaciente tenía la capacidad cierta de producir un daño a la salud pública, bien jurídico protegido por la Ley 23.737. Como

contrapartida de esto, considero que la ausencia del peritaje químico ni siquiera permitiría sustentar los elementos típicos de la figura en estudio, máxime si se pretende la aplicación de una sentencia condenatoria.

Alejandro Osvaldo Tazza explica que *"... se considera droga o estupefaciente, (como) toda sustancia natural o sintética que altera la actividad cerebral, las sensaciones o la conducta, y que produce una dependencia física o psíquica como necesidad imperiosa de seguir consumiendo dicha sustancia para obtener nuevamente la misma sensación..."* (Tazza, A., "El comercio de estupefacientes", Nova Tesis, Santa Fe, 2000, pág. 39/40).

Entonces, para un correcto análisis de la tipicidad objetiva del delito en estudio, se torna imprescindible corroborar que la sustancia reputada estupefaciente haya tenido la capacidad de lograr una influencia sobre el cuerpo o la mente de entidad suficiente para que tal tenencia sea considerada alcanzada por las previsiones de la Ley 23.737.

En el aspecto subjetivo se requiere que la persona acusada conozca la naturaleza de la sustancia que tiene en su poder. En cambio, no se necesita corroborar finalidad alguna; es más, se debe excluir otra finalidad, ya que si no se trataría de un hecho de comercialización o consumo personal.

En este caso, el acto ilícito se resume en la tenencia, en distintos días, de envoltorios de nylon que contenían una sustancia similar a la cocaína.

En un supuesto con aspectos parecidos a esta causa, por fuera de la calificación legal adoptada, en lo que respecta a la sustancia presuntamente estupefaciente y la calificación legal, se sostuvo que *"... el acto ilícito se resume en la entrega, el suministro de dos envoltorios en particular y no en la reiteración de una conducta similar. De ahí que la trascendencia de esos envoltorios adquiera otra dimensión. En este caso, la imposibilidad de cuantificar resulta relevante pues no es indicio de otro obrar, sino que resume todo el reproche en esta materia"* (CCCF, Sala I, CFP 12740/2017/3/CA2, rta. el 12 de abril de 2018).

Ahora bien, en este caso la fiscalía remitió el informe n° 393-394/2021, elaborado por el Departamento Laboratorio Químico de la Policía de la Ciudad, concretamente por el Inspector Miguel Ángel Silvero (Técnico Superior en Criminalística y Scopometría) y el Auxiliar Fernando Peñalba (Licenciado en Química).

De ese documento se desprende que el objeto de la medida era la realización de un "test orientativo/análisis presuntivo y pesaje" e "identificación de sustancias (en marihuana y cocaína)". Para llevar a cabo este examen, los peritos se valieron de tres tipos de ensayos, a saber: Scott (modificado), espectroscopía Raman y cromatografía gaseosa acoplada a espectrometría de masas. Estos procedimientos químicos dieron como resultado "positivo", en el caso del ensayo de Scott y la cromatografía, y "clorhidrato de cocaína", según la espectroscopía Raman.

Se advierte que no obstante la utilización de un instrumental de mayor complejidad que una mera prueba reactiva de campo, las conclusiones del informe acercado por la fiscalía solo indican que la sustancia dio positivo de clorhidrato de cocaína, sin determinar la existencia de sustancias de corte, el grado de pureza del material secuestrado, el peso total (solo se indicaron los pesajes de las muestras) ni la cantidad de dosis umbrales. En definitiva no es un peritaje químico.

Teniendo en cuenta lo dicho sobre la necesidad de contar con un peritaje químico cuantitativo y cualitativo respecto del material secuestrado, entiendo que aunque el estudio provisorio efectuado sobre el material secuestrado a L.C. estableció como resultado positivo para clorhidrato de cocaína, lo cierto es que no se determinó la pureza del alcaloide en razón de que, más allá de la utilización de pruebas más complejas, lo alcanzado por la fiscalía no deja de ser un examen orientativo y no un peritaje químico.

De ahí que, la imposibilidad de cuantificar y establecer la calidad del estupefaciente incautado impide

considerar que la citada tenencia configure el supuesto delictivo alcanzado por la norma.

En virtud de lo expuesto, entiendo que tampoco está corroborado con el grado de certeza necesaria para el dictado de una sentencia condenatoria la existencia de uno de los elementos del tipo objetivo, esto es, que la sustancia supuestamente tenida poseyera el carácter de estupefaciente.

En definitiva, esta carencia probatoria también me hubiese llevado a la no homologación del acuerdo por no tenerse certeza de que la conducta llevada a cabo por L.C. resulte típica y que, en consecuencia, se haya afectado la salud pública, bien jurídico tutelado por la Ley 23.737.

Al margen de lo argumentado en lo atinente a que el material resulte idóneo para producir efectos sobre la salud, también es necesario destacar que no puede subsanarse la falta de peritaje químico con el acuerdo de partes aquí suscrito ni, por ende, con el reconocimiento del hecho por parte de la imputada.

Por los argumentos enunciados, **RESUELVO:**

I. RECHAZAR el acuerdo de avenimiento celebrado entre la fiscalía y L.C. junto a su defensa (ART. 278 CPP, en sentido contrario).

II. CONVOCAR A AUDIENCIA PREVISTA EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 217, CPP una vez que el presente resolutorio adquiera firmeza.

Regístrese, notifíquese a la Unidad Fiscal Especializada en la Investigación de Delitos Vinculados con Estupefacientes, a la Defensoría n°4 electrónicamente y a la encartada por teletipograma.