



H. Cámara de Diputados de la Nación

El Senado y Cámara de Diputados...

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.- Sustitúyase el artículo 41 del Código Penal de la Nación, que quedará redactado de la siguiente manera:

“Artículo 41.- A los efectos del artículo anterior, el juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso, debiendo valorar:

a) La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

b) La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto.

c) La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos. Deberá atenuarse la pena en casos de especial situación de vulnerabilidad en razón del género, de la orientación sexual, de la identidad de género o de su expresión.

d) La participación que haya tomado en el hecho.

e) Las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”

Artículo 2.- De forma, comuníquese.

Firmante: Dip. Vanesa Siley

Cofirmantes: Dip. Mónica Macha, Dip. Gabriela Estevez, Dip. Maria Rosa Martínez, Dip. Claudia Beatriz Ormachea y Cristina Alvarez Rodriguez.



H. Cámara de Diputados de la Nación

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El presente proyecto es reproducción del Expte. 7340-D-2018.

La reforma del artículo 41 del Código Penal viene a atender la especial dimensión que caracteriza a la ejecución de penas impuestas a mujeres y personas LGBTIQ y en especial a su encarcelamiento, en tanto grupo en situación especial de riesgo, a los fines de paliar la acentuación y perpetuación de las relaciones históricas de desigualdad de género que se produce a partir de la aplicación del poder penal del estado, atendiendo a esta forma a las recomendaciones elaboradas por organismos internacionales de derechos humanos.

Ello a la luz de las obligaciones asumidas por el Estado argentino al ratificar los distintos tratados internacionales de protección de derechos humanos en general y sobre prevención de la violencia contra las mujeres y colectivo trans, en particular.¹

En este sentido, para cumplir adecuadamente con dichas obligaciones internacionales, en el ámbito local se sancionó la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres² y otras leyes específicas que representaron un avance en el reconocimiento de derechos de personas integrantes del colectivo LGBTIQ, como la ley de matrimonio igualitario y la Ley de identidad de género.³

Precisamente, conforme a la CEDAW y los Principios de Yogyakarta los Estados deben adecuar su legislación, inclusive el derecho penal, con el propósito de garantizar el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales a las mujeres, así como

¹Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belén Do Pará), Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género (Principios de Yogyakarta).

² Ley 26.485.

³ Ley 26.618 y Ley 26.743.



H. Cámara de Diputados de la Nación

compatibilizarla con el mayor disfrute de todos los derechos humanos al colectivo LGBTIQ (Art. 3; Principio 1).

En esa línea, se puede mencionar la modificación del art. 80 del Código Penal que a partir del año 2012 incorporó entre sus agravantes los homicidios cometidos “*Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. (inciso sustituido por art. 1° de la [Ley N° 26.791](#) B.O. 14/12/2012)*” (inciso 4) y “*A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. (inciso incorporado por art. 2° de la [Ley N° 26.791](#) B.O. 14/12/2012)*” (inciso 11).

La incorporación de la situación de vulnerabilidad por razones de género, de orientación sexual, de identidad de género o su expresión, como atenuante de la pena supone el reconocimiento jurídico de la realidad social señalada tanto por organismos nacionales⁴ e internacionales⁵, en cuanto advierten de las afectaciones desproporcionadas a las que se enfrentan las mujeres y personas LGBTIQ y las severas consecuencias que genera su encarcelamiento, aún más cuando, como sucede en el 85% de los casos de las mujeres privadas de su libertad en el ámbito federal, son madres y además de sus hijos cuentan con otras personas a su cargo dependientes de su cuidado antes de ser encarceladas⁶.

Si observamos las causas por las cuales las mujeres y el colectivo trans se encuentran privadas de su libertad en Argentina, en su gran mayoría lo están por infracciones a la ley

⁴ CELS, MPDN. PPN (Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, and Procuración Penitenciaria de la Nación). *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, 2011; Procuración Penitenciaria de la Nación. Informe Anual 2016. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina, 2017.

⁵ La Regla de Bangkok N° 61 establece que al condenar a las mujeres “los tribunales tendrán la facultad de examinar atenuantes, como la ausencia de historial penal y la levedad relativa y el carácter de su comportamiento delictivo, teniendo en cuenta las responsabilidades de cuidado de otras personas de las interesadas y su situación particular. Ver además el Informe “Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas” (Preparado por la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>).

⁶ CELS, MPDN. PPN (Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, and Procuración Penitenciaria de la Nación). *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, 2011. P. 35.



H. Cámara de Diputados de la Nación

23.737 de estupefacientes bajo las modalidades de micro-tráfico o transporte de drogas.⁷ Ello se debe a políticas de drogas centradas en el abuso de la herramienta penal que llevó al excesivo encarcelamiento debido a la falta de perspectiva de género para abordar la problemática, obviando el bajo nivel de participación y el lugar que ocupan las mujeres y personas de diversas orientaciones sexuales e identidades diversas en estas redes delictivas, siendo los eslabones más visibles y por ende con mayores riesgos de detección y aprehensión.

Es importante resaltar que el derecho internacional de los derechos humanos prohíbe las políticas y prácticas discriminatorias hacia las mujeres⁸ y colectivo LGBTIQ⁹, lo que implica que los Estados deben evaluar cualquier impacto desigual de las estrategias de justicia penal en las mujeres y personas de diversas orientaciones sexuales e identidades diversas, más allá de los objetivos que se persigan, como por ejemplo la reducción del tráfico de drogas¹⁰.

Así, vemos cómo las condiciones de desigualdad y discriminación que se dan en el mercado laboral lícito, que se expresa en diferentes tasas de participación, desocupación y calidad de empleo a los que acceden hombres y mujeres, también se reproducen en el mercado ilegal de drogas¹¹. Por estas razones, su encarcelamiento en poco o nada aporta al desbaratamiento de los mercados ilegales de drogas y a la seguridad en general¹².

Además, la ausencia de enfoque de género conlleva la invisibilización de una característica insoslayable consistente en la ausencia de violencia en la comisión de las actividades delictivas por las que mayormente están encarceladas las mujeres y colectivo

⁷Procuración Penitenciaria de la Nación, *La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina Informe Anual 2017*, y Colectivo de Estudios Drogas y Derechos (CEDD), *Mujeres y encarcelamiento por delitos de drogas*, 2015 (http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Luciana_v08.pdf).

⁸ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU -CEDAW (1979).

⁹ Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia: frente a los retos del siglo XXI (2001).

¹⁰ Kalantry, Sital. "Women in Prison in Argentina: Causes." *Conditions, and Consequences* (2013).

¹¹ ANITUA, Gabriel; PICCO, Valeria. Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres 'mulas'. *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires*, 2012, p. 226.

¹² Las políticas de drogas prohibicionistas afectan desproporcionadamente a las mujeres. Según los datos del Institute for Criminal Policy Research, la población carcelaria femenina total en América Latina ha aumentado en 53,3 por ciento entre el 2000 y el 2017, en comparación con un 19.6 por ciento para el caso de los hombres superando, junto a Asia, al de cualquier otra región del mundo.



H. Cámara de Diputados de la Nación

LGBTIQ, frente a lo cual, la violenta respuesta que supone la prisionización resulta profundamente irracional¹³.

En el caso de las mujeres cis responden, en general, a un mismo perfil socio-demográfico, son jóvenes, pobres, madres solteras y jefas de hogar, con baja escolaridad, responsables del cuidado de sus hijos y de otros miembros de su familia. La ruptura de los lazos que provoca su encarcelamiento hace que incluso el estado de vulnerabilidad de las personas a su cargo se agrave, con especiales consecuencias negativas para niños y niñas respecto de quienes en muchos casos se requiere la intervención de servicios sociales o inclusive su institucionalización¹⁴.

De esta forma se afecta el principio de personalidad o de trascendencia mínima de la pena¹⁵, lo que supone que la pena impuesta no debe producir efectos negativos irreversibles en terceras personas, que en general suelen ser las personas dependientes de las personas condenadas, especialmente sus hijos¹⁶.

La normativa constitucional, consagra el derecho a mantener vínculos familiares y no sufrir injerencias arbitrarias en la vida familiar, obliga a los Estados a proteger a la familia y

¹³ “Las severas condenas impuestas a las ‘mulas’ –por lo general, mujeres que se encuentran en niveles bajos de la cadena del tráfico de drogas, y cuya actividad consiste en transportar pequeñas cantidades de drogas a través de las fronteras– también han llevado a un aumento en el número de mujeres en prisión y en la duración de la prisión preventiva. Además de las recomendaciones que se ofrecen a continuación, instamos a los Estados Unidos a continuar en el camino hacia la reducción o eliminación de los castigos severos para los delitos relacionados con drogas y, en la misma dirección, para que efectúe cambios en su política exterior respecto de la Argentina y otros países de la región. Asimismo, cada vez hay más mujeres que se desempeñan como ‘jefas de hogar’. Las malas condiciones económicas también son una razón por la cual las mujeres cometen ciertos delitos como el robo y delitos vinculados con las drogas, y los crímenes violentos suelen estar (aunque no siempre) relacionados con antecedentes de abusos”. (cfr. Cornell Law School’s Avon Global Center for Women and Justice and International Human Rights Clinic, Defensoría General de la Nación y The University of Chicago Law School International Human Rights Clinic, “Mujeres en prisión en Argentina: causas, condiciones y consecuencias”, mayo de 2013, p.41)

¹⁴ CIDH, “Violencia, niñez y crimen organizado”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15, 11 noviembre 2015, párr. 479.

¹⁵ Art. 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁶ SANSONE, Viviana. “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad.” *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal* 6, 2010, p. 831-837.



H. Cámara de Diputados de la Nación

establece una protección especial a la maternidad, debiendo para ello incluir las medidas judiciales necesarias, como ser la concesión de los arrestos domiciliarios¹⁷.

En relación con la cuestión del sustento familiar, los datos del Censo Nacional argentino del año 2001 indican que las mujeres estaban a cargo del 81,75% de los hogares monoparentales y la mayoría de estos hogares eran pobres. De acuerdo con la investigación llevada a cabo por DGN, Cornell University y Chicago Law School ya citada, más del 85% de las mujeres consultadas fueron condenadas por delitos motivados por razones económicas, los que incluyen delitos relacionados con drogas y robos. De aquellas mujeres que cometieron delitos por motivos económicos, más del 75% representaban la fuente primaria de ingresos en sus hogares. De esta información, se extrae que "(...) gran parte de las mujeres que cometen delitos por motivos económicos son jefas de hogares pobres y suelen involucrarse en actividades delictivas para mantener a sus familias"¹⁸.

A su vez, la misma investigación -en línea con estudios del campo criminológico que dan cuenta del mismo fenómeno¹⁹ - para algunas mujeres, la violencia de género sufrida en forma de abuso parece haber contribuido directamente con su participación en la actividad delictiva: 22 de las mujeres encuestadas indicaron que habían sido procesadas o condenadas por un delito cometido contra sus cónyuges o parejas. De estas mujeres, el 31,82% informó que habían sido abusadas por su cónyuge o pareja, incluyendo 5 que estaban en prisión por homicidio, 1 estaba en prisión por lesiones y 1 estaba acusada de robo²⁰.

En el caso del colectivo trans, las estadísticas revelan que el mercado laboral al que pueden acceder es limitado ante la discriminación que padecen por parte de la sociedad. Por esa razón, el mercado ilegal de drogas y los delitos cometidos por razones económicas se

¹⁷ Es en particular difícil para las mujeres pobres aprovechar las ventajas del arresto domiciliario, porque carecen de los recursos necesarios para sostener una vivienda y a sus hijos sin trabajar fuera de la casa. De este modo, la ley de arresto domiciliario no ha alcanzado su potencial de proporcionar una alternativa para los niños y sus madres. (cfr. Cornell, DGN y Chicago Law School, *ob.cit.*, p.40)

¹⁸ Cornell, DGN y Chicago Law School, "Mujeres en prisión en Argentina", p. 20.

¹⁹ DI CORLETO, Julieta, "Responsabilidad penal de las mujeres víctimas de violencia de género.

Lineamientos para una defensa técnica eficaz" disponible en <http://www.dpu.def.br/internacional/publicacoes/revista-redpo>

²⁰ Ídem, p. 40.



H. Cámara de Diputados de la Nación

convierten en una de las pocas alternativas (quizás la única si no es el trabajo sexual) como medio de subsistencia.²¹

Esta realidad demanda reformas como la que aquí se promueve, para poder hacer frente con perspectiva de género a los impactos diferenciados y a las consecuencias desproporcionadas que la privación de la libertad ocasiona en las mujeres y como consecuencia necesaria en las personas que se encuentran bajo su cuidado.

Recientemente, el Estado de Costa Rica ha sancionado una reforma al artículo 71 y 72 del Código Penal Ley Nro. 4573 en la que se contempla un supuesto similar. El art. 71 inc. g quedó redactado de la siguiente forma: *“Que la persona sentenciada sea una mujer que se encuentre en estado de vulnerabilidad, por pobreza, por tener bajo su responsabilidad el cuidado y manutención de familiares dependientes, por discapacidad o por ser víctima de violencia de género, cuando ese estado haya influido en al comisión del hecho punible”*.

Cabe recordar con respecto a nuestro Código Penal argentino que la especial mención de *“la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”*, de la actual redacción del artículo que pretende modificar, fue la forma por la cual el código de 1921 introdujo la cuestión social en el análisis de la determinación de la pena, reconociendo que la capacidad de autodeterminación puede estar condicionada y limitada por las diferencias

²¹ En este sentido, mediante la Resolución 331/2013 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (actual Ministerio de Producción y Trabajo) se sostuvo: *“Que la prueba piloto para la Primera Encuesta sobre Población Trans, realizada los días 18 y 19 de junio de 2012 en el Municipio de LA MATANZA, Provincia de BUENOS AIRES, por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS (INDEC) y el INSTITUTO NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN, LA XENOFOBIA Y EL RACISMO (INADI), permitió constatar que las personas del colectivo travesti, transexual y transgénero conforman una de las poblaciones más vulneradas de nuestra sociedad, así como también observar que la mayoría vive en extrema pobreza, posee un bajo nivel de instrucción educativa y de formación para el empleo, y tiene un escaso acceso a las instituciones de salud, todo ello producto del peso de la discriminación y el estigma social que también obliga a una inmensa mayoría al ejercicio de la prostitución como principal medio de subsistencia”*.

Asimismo, en la actualidad se presentó en la Cámara de Diputados el proyecto *“Cupo laboral para personas travestis, transexuales y transgénero”* (4360-D-2018) con el objeto de acabar con la marginalidad y exclusión que sufre el colectivo trans.



H. Cámara de Diputados de la Nación

sociales, circunstancia que no puede ser ignorada por el Estado al momento de imponer una pena²².

Casi un siglo después, sabiendo que el Código Penal sancionado en aquellos años fue cimentado en términos de neutralidad con respecto a los géneros y las desigualdades inherentes a nuestra estructura cultural y social, la reforma que se promueve implica atender la profunda deuda de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la realidad desigual entre varones y mujeres (en detrimento de estas), evidenciada, por ejemplo, a la hora de acceder al mercado laboral y la brecha salarial.

Esa realidad no puede ser desoída a la hora de establecer el monto punitivo a aplicar. Además, el señalamiento de tales circunstancias como un atenuante de la pena, es una forma de reducir la discrecionalidad de los jueces, lo que ha sido señalado por la doctrina como un problema en el campo de la dogmática penal, advirtiendo que la determinación de la pena es “...un campo de la ley hasta ahora controlado por la discrecionalidad y la arbitrariedad del juez...” en el que “...la gran discrecionalidad de que goza el juez para la mensuración de la pena (por la carencia de precisión dogmática) condujo a una sobrevaloración de la imprecisión que le causó el hecho, inmediatamente después de celebrado el juicio oral y bajo condiciones psicológicas anormales que priman...”²³. De esta forma se pretenden racionalizar las valoraciones de las autoridades judiciales a la hora de determinar una pena, reduciendo las posibilidades de que se inmiscuyan las valoraciones morales de quien dicta sentencia.

Resta señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) mediante recomendación N° 66/20 de fecha 30/07/20, sugirió a los Estados enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad en la región y a adoptar medidas urgentes para garantizar la salud y la integridad de esta población y de sus familias, frente a los efectos de la pandemia del COVID-19, así como asegurar las condiciones dignas y adecuadas de detención en los centros de privación de la libertad, de conformidad con los estándares interamericanos de derechos humanos.

²² D' ALESSIO, Andrés José y DIVITO, Mauro. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. Versión actualizada y ampliada 2 (2009) p. 646.

²³ Schünemann, Bernd, “Prólogo”, en Tatjana Hörnle, *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena*, Bs. As., Fabian Di Plácido, 2003, p. 17.



H. Cámara de Diputados de la Nación

En particular, instó a los estados parte a evaluar de manera prioritaria la posibilidad de otorgar medidas alternativas a la prisión entendiendo que las unidades penitenciarias no cuentan con la infraestructura ni con los recursos para garantizar la no propagación del virus del COVID 19.

En cumplimiento a dicha recomendación resulta imperioso abordar temáticas como las consideradas por el presente proyecto de ley y en consecuencia con ello se incorpora su reproducción en estas excepcionales circunstancias, dado que el objeto del mismo encuadra puntualmente en las indicaciones vertidas por la comisión.

Con todo lo dicho, resulta evidente la necesidad de proveer a las y los jueces de la flexibilidad para tomar en cuenta a la hora de juzgar y determinar el monto de pena, los factores de vulnerabilidad previa de las mujeres y si estas tienen personas a su cargo, hacia quienes necesariamente se extiende el impacto de la sanción, además de promover medidas alternativas a la pena de prisión.

Por todo lo expuesto, solicito a las señoras y señores diputadas y diputados nacionales el acompañamiento en el presente proyecto.

Firmante: Dip. Vanesa Siley

Cofirmantes: Dip. Mónica Macha, Dip. Gabriela Estevez, Dip. Maria Rosa Martínez, Dip. Claudia Beatriz Ormachea y Cristina Alvarez Rodriguez.