

Condenadas: ceguera de género en la determinación judicial de la pena.

Marcos Cané.

Cita:

Marcos Cané (2018). *Condenadas: ceguera de género en la determinación judicial de la pena*. *La Ley Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, 59-65.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/marcoscane/2>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/peo4/gud>



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons.
Para ver una copia de esta licencia, visite
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

REVISTA DE **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE
GABRIEL IGNACIO ANITUA

EDITOR RESPONSABLE

FRANCISCO J. CROCIONI

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)
CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)
LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)
LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)
DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)
NILO BATISTA (BRASIL)
ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)
JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)
EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)
LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)
JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)
JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)
SERGIO MOCCIA (ITALIA)
FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)
ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)
GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)
NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)
JUAREZ TAVARES (BRASIL)
JOHN VERVAELE (HOLANDA)
JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

THOMSON REUTERS
LA LEY

COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA
FERNANDO ARNEDO
JAVIER BAÑOS
RICARDO BASÍLICO
VERÓNICA BILCZYK
MARÍA LAURA BÖHM
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA
LEONARDO BROND
CARLOS CARAMUTI
ROBERTO MANUEL CARLÉS
CARLOS CHIARA DÍAZ
MELINA DE BAIROS MOURA
JAVIER DE LUCA
HORACIO DIAS
MATÍAS EIDEM
DANIEL ERBETTA
ADRIÁN FERNÁNDEZ
RUBÉN E. FIGARI
MARIANO GUTIÉRREZ

JUAN MANUEL LEZCANO
MANUEL MAROTO CALATAYUD
JULIANA OLIVA
LORENA PADOVAN
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ
MARCELA PAURA
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ
JONATHAN POLANSKY
PABLO QUALINA
RODRIGO M. RASKOVSKY
MARCELO RIQUERT
GUIDO RISSO
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ
MÁXIMO SOZZO
PABLO TELLO
VALERIA VEGH WEIS
MYRNA VILLEGAS DÍAZ
JONATAN WAJSWAJN
VERÓNICA YAMAMOTO
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

CON EL AUSPICIO DE
ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

Criterios uniformes para el envío de colaboraciones

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a laley.redaccionjuridica@thomsonreuters.com
Los mismos deben ir acompañados del currículum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

Nota de la Dirección: las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

Condenadas: ceguera de género en la determinación judicial de la pena

POR MARCOS CANÉ

Sumario: I. Introducción.— II. Mujeres invisibles: perfiles y causas de su encarcelamiento.— III. Desigualdades de género y castigo penal.— IV. El problema de la neutralidad en la regulación de la determinación de la pena.— V. Palabras finales.— VI. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo se propone indagar sobre la incorporación de perspectiva de género en la justicia penal, en particular al momento del dictado de sentencias condenatorias de mujeres, problematizando para ello la regulación vigente en el Código Penal sobre la determinación judicial de la pena, evaluando las posibilidades de extraer de dichas normas respuestas que comprendan las vulnerabilidades en razón del género al momento de la individualización de la pena.

Para ello, se analizarán las causales por las cuales se encuentran encarceladas la mayoría de las mujeres en nuestro país, abordando desde una perspectiva criminológica las características de los delitos cometidos por estas, adentrándonos en las desigualdades estructurales en razón del género que habrían delineado las trayectorias de vida que las acercaron a conductas delictivas. Se intentará además evidenciar la existencia de un perfil sociodemográfico homogéneo de las detenidas, como así también del contexto socioeconómico previo a su prisionización.

Luego se recogerán algunas nociones provenientes de la criminología y los feminismos jurídicos para conceptualizar la aplicación de perspectiva de género a la hora de realizar un abordaje jurídico de la criminalidad de las mujeres (en este trabajo en especial en la determinación de la pena), para luego analizar la potencial

necesidad de modificar para ello los artículos del Código Penal involucrados (arts. 40 y 41, Cód. Penal) que, como veremos, se presentan en términos neutrales respecto de los géneros.

II. Mujeres invisibles: perfiles y causas de su encarcelamiento

Las generalmente penosas condiciones previas de las mujeres encarceladas evidencia claramente la criminalización y persecución de aquellas que provienen de los sectores más vulnerables (1). Estas mujeres presentan una mayor proporción de desempleo que la población carcelaria masculina al momento previo a su detención. En términos globales el 41% de las personas privadas de su libertad se encontraba desocupada (sin empleo ni a tiempo completo ni parcial) al momento previo de su detención, mientras que en el caso particular de las mujeres el porcentaje es del 48% (2), lo que demuestra un notable mayor número de desocupadas en relación con los varones en el medio libre previo a su encarcelamiento.

En cuanto a las condiciones de detención carcelaria, también hablamos de una especial dimensión que caracteriza al encierro de mujeres en tanto grupo en situación especial de riesgo, lo que, en vez de contribuir a reducir sus vulnera-

(1) DE MIGUEL CALVO, E., "Encarcelamiento de mujeres. El castigo penitenciario de la exclusión social y la desigualdad de género", en *Zerbitzuan, Revista de servicios sociales*, 56, Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, País Vasco, 2014, ps. 75-86.

(2) Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena SNEEP (2017).

(¹) Abogado (UBA), docente "Derecho Procesal Penal" y "Seguridad y Política Criminal" (UNPAZ) e integrante de Limando Rejas. Contacto: marcosmcané@gmail.com.

bilidades, por el contrario, acentúa la perpetuación de las relaciones históricas de desigualdad de género.

Pensando el contexto regional, advierte Antony:

“Las características reflejadas en todos los establecimientos penitenciarios de América Latina son sospechosamente similares: regímenes duros, largas condenas, alta proporción de detenidas no condenadas, mal estado de las instalaciones, falta de atención y tratamientos especializados, terapias basadas en trastornos calificados como “nerviosos”, escasa o nula capacitación laboral y pocas actividades educativas y recreativas. Estas características indican que no se está utilizando la perspectiva de género y que, por el contrario, se refuerza la formación —o, mejor dicho, la asignación de sexo— y se consolida la idea androcéntrica de la mujer como un ser subordinado, incapaz de tomar decisiones, sin responsabilidades y sin posibilidad de enfrentar el futuro” (3).

Ello lo confirman informes provenientes tanto de organismos nacionales (4) como internacionales (5), en cuanto describen las afectaciones desproporcionadas a las que se enfrentan las mujeres y las severas consecuencias que genera su encarcelamiento, considerando además que, como sucede en el 85% de los casos de las 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 encarceladas (6).

La ruptura de los lazos que provoca su encarcelamiento hace que incluso el estado de vulne-

rabilidad 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 institucionalización (7). De esta forma podemos entender que se afecta en estos casos el principio de personalidad o de trascendencia mínima de la pena (8), lo que supone que la pena impuesta produce efectos negativos irreversibles en terceras personas, que en general suelen ser las personas dependientes de las personas condenadas, especialmente sus hijos (9).

Además, estas mujeres cuentan con graves dificultades para acceder a medidas alternativas a la prisión como el arresto domiciliario, en muchos casos en función del delito cometido. Veamos, por ejemplo, el caso “T. N. B.” (10) en el cual, frente a la solicitud de arresto domiciliario en favor de la detenida, fundado en la gravedad de su estado de salud y el desamparo de sus cinco hijos menores de edad, le fue negada tal petición principalmente en función de que en su domicilio le habían secuestrado estupefacientes que estaban al alcance de los niños y que por lo tanto restituirla allí constituía un factor de riesgo.

Al adentrarnos en el estudio de las razones por las cuales las mujeres se encuentran privadas de su libertad en Argentina, advertimos rápidamente que en su gran mayoría lo están por delitos contemplados en la ley 23.737 de Estupefacientes. Una mirada a la población carcelaria indica que, al 31 de diciembre de 2017, el 43% de las mujeres se encontraban detenidas por infracciones a dicha ley, índice

(3) ANTONY, C., “Hacia una criminología feminista: violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos”, Ed. UNDAV, Buenos Aires, 2017, p. 227.

(4) Cfr. 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”, Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011; Procuración Penitenciaria de la Nación. “Informe Anual 2016. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina”, 2017.

(5) Cfr. CIDH, “Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas”, 2017. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>.

(6) Cfr. CELS - MPDN - PPN, ob. cit., p. 35.

(7) Cfr. CIDH (2015) Violencia, niñez y crimen organizado, párr. 479. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencianinez2016.pdf>.

(8) Cfr. Art. 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(9) Cfr. SANSONE, V., “Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad”, en BERTOLINO, P. - ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 6, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 831/837.

(10) Cfr. Fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, sala II, Causa 5177 en DGN, “Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario”, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2015, p. 91.

que se agrava en el caso de la población trans, siendo del 69% (11).

A priori podemos explicar este escenario, a grandes rasgos, en virtud de políticas de drogas centradas en el abuso de la herramienta penal que llevó al excesivo encarcelamiento de mujeres, obviando el bajo nivel de participación y el rol históricamente asignado a las mujeres en estas redes delictivas, lo que expone la falta de perspectiva de género para abordar la problemática, desconociendo que dichas mujeres constituyen los eslabones más visibles y por ende con mayores riesgos de detección y aprehensión. Esta realidad no es exclusiva de nuestro país, sino que hablamos de un fenómeno regional, siendo factor común el alto porcentaje de mujeres cumpliendo sentencias por delitos no violentos vinculados principalmente a infracciones a las leyes de drogas correspondientes (12).

Asimismo, el aumento de los delitos vinculados a drogas en el caso de las mujeres puede pensarse relacionado con la llamada feminización de la pobreza (13), comúnmente comprendida como un proceso en el cual se observa la sobrerrepresentación de mujeres entre la población pobre como una tendencia progresiva en aumento. Ello atendiendo al alto número de mujeres encarceladas que son jefas de hogar, de precaria educación y con escaso acceso a empleos formales.

Generalmente los delitos asociados al microtráfico de drogas permiten a las mujeres seguir desempeñando roles de madre, esposa y sostén de familia, ya que para llevarla a cabo en muchos casos no necesitan abandonar el hogar, siendo que “muchas veces es la mujer quien se encarga de la venta de drogas proporcionadas por los varones, ya sea para tapar conductas infractoras por parte de sus parientes hombres o por razo-

nes de sobrevivencia, a que esta actividad ilícita les permite sustentar los gastos de alimentación de su familia” (14). La otra modalidad conocida es la de aquellas que cumplen el rol de transportistas, conocidas como “mulas”, que llevan droga de un país a otro soportando no solo el riesgo de ser detenidas sino también de sufrir un grave deterioro en su salud o de perder la vida.

La situación de precariedad en la que se encuentran estas mujeres conlleva que, según Azaola, “dentro de dichas redes ellas no ocupan una posición jerárquicamente relevante, se las considera prescindibles, por lo que muchas veces son denunciadas por quienes las contratan, cubriendo de esta forma su cuota con las autoridades y contando con que no les será muy difícil encontrar otras mujeres que las reemplacen” (15). Por estas razones, su encarcelamiento en poco o nada aporta al desbaratamiento de los mercados ilegales de drogas y a la seguridad en general.

De esta forma se pretende dar cuenta de cómo el género delinea la participación en los diversos tipos de actividades delictivas en general y en el mercado de drogas en particular. Así, las condiciones de desigualdad y discriminación que se dan en el mercado laboral lícito, que se expresa en diferentes tasas de participación, y calidad de empleo a los que acceden hombres y mujeres, también se reproducen en el mercado ilegal de drogas (16). Además, a la hora de analizar estas conductas, es importante mirar más allá de la identidad de género (tarea que excede los objetivos de este trabajo), examinando “la intersección de género, raza y clase social, a la que algunas veces se hace referencia como desigualdades múltiples” (17).

(14) ANTONY, C., ob. cit., p. 229.

(15) AZAOLA, G., “Las mujeres en el sistema de justicia penal y la antropología a la que adhiero”, en *Cuadernos de Antropología Social*, 22, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, ps. 11/26.

(16) Cfr. ANITUA, G. - PICCO, V., “Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres ‘mulas’”, en *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.

(17) CECIL, D. K., “Ceguera de género. La falta de consideración de las delinquentes femeninas por parte de la Criminología”, en BUENO ARÚS, F. - GUZMÁN DALBORA

(11) SNEEP (2017). Cabe aclarar que esta base no distingue el delito imputado dentro del genérico “ley 23.737”.

(12) CIM/OEA (2014), “Mujeres y drogas en las Américas: un diagnóstico de política en construcción”. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cim/docs/womendrug-samericas-es.pdf>.

(13) AGUILAR, P. L., “La feminización de la pobreza: conceptualizaciones actuales y potencialidades analíticas”, *Revista Katálysis*, 1, v. 14, Florianópolis, 2011, ps. 126-133.

Se trata por lo general de delitos como estrategia de supervivencia, que según Antony “son producto de la marginalidad socioeconómica, del desempleo creciente y angustioso de muchos países que golpea más directamente a la mujer que lleva el peso del hogar en una gran mayoría de ocasiones” (18).

III. Desigualdades de género y castigo penal

Resulta imprescindible analizar los roles que se juegan, el papel absolutamente diferenciado entre el hombre y la mujer tanto en los procesos de victimización como en la comisión de actividades delictivas, que aquí nos interesan particularmente.

Los estudios jurídicos y criminológicos se han volcado mayormente al estudio de la victimización de las mujeres, siendo esta área la que por medio de la incorporación de normas internacionales y locales ha logrado avances en las formas en que se investigan y juzgan los delitos de género (19). Más otra suerte ha corrido la criminalidad femenina que ha sido un campo sobre el cual la criminología históricamente no ha puesto atención, a partir de la escasa centralidad que se le ha otorgado al género en los desarrollos teóricos y en la investigación empírica al respecto (20). Sin embargo, en los últimos años, “la propuesta de algunas feministas radicales es que las estructuras sociales que mantienen subordinadas a las mujeres pueden conformar la vida y las experiencias de las mujeres de una manera que explican su opción por el crimen y la violencia” (21).

Es decir que para comprender el fenómeno de la criminalidad y en especial del encarcela-

miento de mujeres, habrá que pensar no solo en las relaciones sociales desiguales sino también observar aquellas relaciones con un enfoque de género, pensando más allá de la selectividad del sistema penal en términos neutrales. Para poder brindar respuestas que atiendan la especificidad de la prisionización de mujeres, habrá que entender que “más allá de la opresión de clase, hay además una opresión sexista de un derecho patriarcal” (22). Se trata de lograr lo que, según Alda Facio, entendemos como *concientización en género*, es decir “la toma de conciencia de las distintas opresiones de las mujeres de las distintas razas, clases, opciones sexuales, etnias, edades, discapacidades, etc.” (23).

Realizar un abordaje jurídico-penal con perspectiva de género de la conducta de mujeres imputadas por delitos de supervivencia, requiere conocer la situación de cada mujer en particular para superar los límites del recorte de la realidad efectuado en el marco de un expediente judicial y así incorporar al análisis los factores de vulnerabilidad que han favorecido su inmersión en este tipo de hechos para elaborar una respuesta adecuada.

Nos encontraremos que muchas veces lo hacen forzadas por un contexto socioeconómico que las margina, razón por la que se llama delitos de supervivencia los que en su mayoría cometen las mujeres alcanzadas por el sistema penal (24). En muchos casos, como se adelantó, también la participación de estas mujeres en las redes delictivas de drogas suele estar determinada por su pareja o algún hombre de la familia (25) lo que expone la brutalidad “del abuso de su condición de género, y el consiguiente beneficio que obtiene el hombre del trabajo ilegal de la mujer” (26).

Estas mujeres se encuentran en muchos casos bajo contextos de violencia en altos niveles

J. L., - MAÍLLO A., *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 180.

(18) ANTONY, C., ob. cit., p. 101.

(19) P. ej., con la incorporación de la figura del “femicidio” al Código Penal (art. 80, inc. 11).

(20) Cfr. CECIL, D. K., ob. cit., ps. 171-172.

(21) BELTRÁN, M. A., “Criminología feminista. Estado del arte y presencia en Latinoamérica”, ponencia presentada en las VI Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de la Plata. La Plata, Provincia de Buenos Aires, 2010, p. 2.

(22) ANTONY, C., ob. cit., p. 241.

(23) FACIO, A., “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en FACIO, A. - FRÍES, L., *Género y derecho*, Ed. LOM., Santiago de Chile, 1999, p. 185.

(24) Cfr. ANTONY, C., ob. cit., ps. 94-106.

(25) Cfr. GIACOMELLO, C., “Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina”, *International Drug Policy Consortium*, 2013.

(26) ANTONY, C., ob. cit., p. 102.

de indefensión que limitan sus posibilidades de autodeterminación. Vale recordar que el derecho no puede exigirles actos heroicos, sino que “debe señalarse que el hecho de que puedan existir muchas mujeres que opten por sacrificarse al exponerse a un altísimo riesgo con tal de no participar en hechos delictivos, ello no puede tener ninguna relevancia en la valoración jurídica de quienes no siguen ese camino. Aun cuando, desde el punto de vista psicológico, siempre cabe la posibilidad fáctica de actuar conforme a la norma, lo cierto es que el derecho no exige comportamientos heroicos” (27).

La aplicación de perspectiva de género para interpretar y aplicar el derechos supone por lo tanto incorporar al análisis el contexto social, económico y cultural, siendo esta la única manera posible de realizar un abordaje que comprenda “las circunstancias estructurales de desigualdad que originan y perpetúan las violaciones a los derechos humanos en virtud de la identidad sexogenérica de las personas, teniendo en cuenta los efectos diferenciados de las normas, las prácticas y los fenómenos sociales” (28).

IV. El problema de la neutralidad en la regulación de la determinación de la pena

El dispositivo jurídico es el resultado de luchas de poder, y por lo tanto es también un discurso ideológico que casi en su totalidad se presenta como neutral. Esto va a conllevar por lo tanto invisibilizar que “las relaciones entre el hombre y la mujer con instituciones como el Estado, la ley el poder son distintos (...). Al no introducirse la especialidad de género en la creación, aplicación y ejecución de la ley se está perpetuando una gran cantidad de desigualdad” (29).

En este sentido la propuesta es pensar en qué medida impacta la exclusión de los factores de género a la hora de la determinación judicial de la pena en la reproducción de las desigualdades descriptas en los apartados anteriores. Veamos la redacción actual de los artículos de nuestro

Código Penal (ley 11.179) que establecen los parámetros para determinar la pena:

“Art. 40.— En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Art. 41.— A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, 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, la participación que haya tomado en el hecho, 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. 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”.

Como se advierte de la simple lectura, a la hora de establecer un monto específico de pena no se hace referencia a cuestiones de género. Cabe recordar que la especial mención de “la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”, 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 de las personas puede estar condicionada y limitada por las diferencias sociales, circunstancia que no puede ser ignorada por el Estado al momento de imponer una pena (30). Sin embargo, al no hacer referencia alguna respecto a los géneros la actual redacción pareciera ser insuficiente.

(27) ANITUA, G. - PICCO, V., ob. cit., p. 241.

(28) ROSSI, F., “Justicia con perspectiva de género: una mirada desde la epistemología feminista”, en *Observatorio de Género en la Justicia*, Boletín 13, Consejo de la Magistratura CABA, Buenos Aires, 2017, p. 31.

(29) ANTONY, C., ob. cit., p. 95.

(30) Cfr. D'ALESSIO, A. J. - DIVITO M., “Código Penal de la Nación, comentado y anotado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 646.

Casi un siglo después, considerando que el Código Penal sancionado en aquellos años (dictado solo por legisladores hombres), fue cimentado en términos de neutralidad con respecto a los géneros y las consecuentes desigualdades inherentes a nuestra estructura cultural y social, propiciar la incorporación de perspectiva de género en esta materia supone atender la profunda deuda de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la realidad desigual entre los géneros.

Señala Facio que “desde la perspectiva de los dominantes sin conciencia de género, las subordinadas han quedado excluidas, invisibilizadas, ‘neutralizadas’, porque la realidad de los dominantes se ha tomado como la única realidad” (31). Esto podría configurar un supuesto de discriminación indirecta contra las mujeres, en tanto estamos en presencia de una ley que se presenta como “neutral”, pero que, al no contemplar las desigualdades preexistentes entre los géneros, puede exacerbarlas a causa del desconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre (32).

Ahora bien, sabemos que la discriminación en el ámbito del derecho se perpetúa no solo a través de la redacción las leyes, sino también y principalmente a partir de las prácticas e interpretaciones que se realizan desde los tribunales, signadas por la presencia de estereotipos y prejuicios de género en las y los operadores del sistema, lo que representa un obstáculo más en el acceso a la justicia de las mujeres (33).

Si bien la interpretación del derecho con perspectiva de género constituye una obligación (34)

(31) FACIO, A., ob. cit., p. 187.

(32) CEDAW, Recomendación General 28, párr. 16.

(33) Corte IDH, “González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 401.

(34) Emanada principalmente de la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, ratificada el 15/07/1985) incorporada a la Constitución Nacional (75 inc. 22) y su Protocolo Facultativo (ratificado el 20 de marzo de 2007), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (ratificada el 4 de septiembre de 1996) y de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

para ejercer un contrapeso en situaciones asimétricas de poder, las prácticas discriminatorias persisten arraigadas en la administración de justicia muchas veces encubiertas en términos de neutralidad, lo que explicaría, p. ej., la alta proporción de mujeres encarceladas por delitos de supervivencia. El derecho internacional de los derechos humanos prohíbe las políticas y prácticas discriminatorias hacia las mujeres (35), lo que implica que los estados deben evaluar cualquier impacto desigual de las estrategias de justicia penal, más allá de los objetivos que se persigan, como por ejemplo la reducción del tráfico de drogas (36).

Desde ese entendimiento, la regulación del Código Penal en materia de determinación judicial de la pena pareciera presentarse entonces como un obstáculo para la incorporación de perspectiva de género, al no hacer referencias explícitas a ello. Esta situación demanda reformas para que, al momento de condenar a personas en situación de vulnerabilidad por razones de género, tal condición sea valorada como elemento atenuante, atendiendo además a los impactos diferenciados y a las consecuencias desproporcionadas que la privación de la libertad ocasiona en las mujeres.

V. Palabras finales

Más allá de los límites del análisis realizado en este acotado trabajo, podemos decir que existe una deuda pendiente en materia de política legislativa y judicial con estas mujeres criminalizadas, que han sufrido distintas formas de violencia a lo largo de su vida y cuyos padecimientos se profundizan cuando el sistema penal las alcanza.

La incorporación de perspectiva de género en nuestro ordenamiento jurídico penal ha avan-

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

(36) Cfr. CORNELL LAW SCHOOL - AVON GLOBAL CENTER FOR WOMEN AND JUSTICE, DGN (ARGENTINA) - UNIVERSITY OF CHICAGO - LAW SCHOOL - INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC, “Women in Prison in Argentina: Causes, Conditions, and Consequences”, Avon Global Center for Women and Justice and Dorothea S. Clarke Program in Feminist Jurisprudence. 2013. Disponible en: https://scholarship.law.cornell.edu/avon_clarke/4/?utm_source=scholarship.law.cornell.edu%2Favon_clarke%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages.

zado notablemente en la última década, pero mayormente a los fines de aumentar las posibilidades de ejercicio de poder punitivo como respuesta a casos de violencia de género, más poco se ha avanzado respecto de las mujeres sujetas a proceso penales en calidad de imputadas. La violenta respuesta que supone la prisionización de estas mujeres resulta profundamente irracional por excesivamente represiva, no habiendo proporción alguna entre el daño causado y el castigo recibido.

Con todo lo dicho, resulta evidente la necesidad de proveer a las y los jueces de las directrices necesarias para tomar en cuenta a la hora de juzgar y determinar el monto de pena, los factores de vulnerabilidad previa de las mujeres imputadas, además de la flexibilidad para promover medidas alternativas a la pena de prisión.

VI. Bibliografía

AGUILAR, P. L., "La feminización de la pobreza: conceptualizaciones actuales y potencialidades analíticas", *Revista Katálysis*, 1, v. 14, Florianópolis, 2011, ps. 126-133.

ANITUA, G. - PICCO, V., "Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres 'mulas'", en *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012, ps. 217-254.

ANTONY, C., "Hacia una criminología feminista: violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos", Ed. UNDAV, Buenos Aires, 2017.

AZAOLA, G., "Las mujeres en el sistema de justicia penal y la antropología a la que adhiero", en *Cuadernos de Antropología Social*, 22, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2005, ps. 11-26.

BELTRÁN, M. A., "Criminología feminista. Estado del arte y presencia en Latinoamérica", ponencia presentada en las VI Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de la Plata. La Plata, Provincia de Buenos Aires, 2010.

CECIL, D. K., "Ceguera de género. La falta de consideración de las delinquentes femeninas por parte de la Criminología", en BUENO ARÚS,

F. - GUZMÁN DALBORA, J. L. - MAÍLLO, A., *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, ps. 171-183.

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", Ed. Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

D'ALESSIO, A. J. - DIVITO M., "Código Penal de la Nación, comentado y anotado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

DE MIGUEL CALVO, E., "Encarcelamiento de mujeres. El castigo penitenciario de la exclusión social y la desigualdad de género", en *Zerbitzuan, Revista de servicios sociales*, 56, Ed. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, País Vasco, 2014, ps. 75-86.

DGN, "Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario", Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2015.

FACIO, A., "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en FACIO, A. - FRÍES, L., *Género y derecho*, Ed. LOM, Santiago de Chile, 1999.

GIACOMELLO, C., "Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina", *International Drug Policy Consortium*, 2013.

ROSSI, F., "Justicia con perspectiva de género: una mirada desde la epistemología feminista", en *Observatorio de Género en la Justicia*, Boletín 13, Consejo de la Magistratura CABA, Buenos Aires, 2017, ps. 23-34.

UNIVERSITY OF CHICAGO LAW SCHOOL - DGN - CORNELL LAW SCHOOL, "Women in Prison in Argentina: Causes, Conditions, and Consequences", *International Human Rights Clinic*, 2013.

SANSONE, V., "Nueva legislación argentina sobre prisión domiciliaria para madres de hijos menores de edad", en BERTOLINO, P. - ZIFFER, P. (dir.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 6, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, ps. 831-837. ♦

Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por Delitos contra la Administración Pública

¿Un nuevo sujeto en el derecho penal? ¿Fin del principio *societas delinquere non potest*?

POR JOSÉ L. ALVERO

Sumario: I. Introducción.— II. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Evolución.— III. Argentina. Criterio tradicional.— IV. Jurisprudencia de la CS. Postura tradicional.— V. El caso testigo “Fly Machine”.— VI. Criterio actual. Las nuevas leyes penales.— VII. Naturaleza de la consecuencia jurídica.— VIII. El Anteproyecto de Reforma del Código Penal.— IX. Análisis de la nueva ley 27.401 (2017).— X. Responsabilidad sucesiva.— XI. Eximentes de responsabilidad.— XII. Exención de pena.— XIII. Extinción de la acción penal.— XIV. Independencia de las acciones.— XV. Sanciones.— XVI. Acuerdo de colaboración eficaz.— XVII. Programas de integridad.— XVIII. Modificaciones al Código Penal y Código Procesal Penal.— XIX. Anteproyecto del nuevo Código Penal.— XX. Alcance provincial.— XXI. Conclusión.

I. Introducción

Recientemente el Congreso de la Nación sancionó la flamante ley 27.401, que tiene por objeto establecer el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, cuando cometan delitos de corrupción contra la Administración Pública (1), tales como el cohecho y tráfico de influencias, negociaciones incompatibles con la función pública, enriquecimiento ilícito y la realización de balances apócrifos en las empresas.

Adaptándose de esta manera a los estándares internacionales antisobornos y cumplimentando con ello los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional al ratificar la Convención contra el Soborno Transnacional de la OCDE (2).

Esta nueva ley, resulta una legislación novedosa y constituye un cambio de paradigma en nuestro sistema jurídico argentino, ya que hasta el momento, solo estaba legislado y tipificado que las “personas físicas” (humanas) podían ser sujetos activos susceptibles de responsabilidad e imposición de sanción penal por la comisión de delitos de corrupción.

De esta manera, al consagrarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país, se supera la larga discusión relativa a la posibilidad de incriminación penal de los entes colectivos, dejando sin efecto de esta manera el tan mentado principio *societas delinquere non potest*, consagrando un nuevo sujeto activo en el derecho penal, y reformulando con ello la “teoría del delito” que históricamente estuvo estructurado en torno a la conducta humana.

(1) Ley 27.401 sancionada el 08/11/2017 por el Congreso de la Nación y publicada en el BO el 01/12/2017. Entrada en vigencia dentro de los 90 días de su publicación en el BO (cfr. art. 39 ley 24.071).

(2) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Convención sobre la Lucha contra el Cohe-

cho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada el 17 de diciembre de 1997 por el honorable Congreso de la Nación, por ley 25.319 y entró en vigor para la República Argentina a partir del 9 de abril de 2001.