

## **Una salida a un dilema inadmisibile: *arresto domiciliario y población trans***

*Mariano Fernández Valle\**

### **I. Introducción**

En tiempos recientes, ha aumentado la preocupación de la comunidad internacional y local alrededor de las afectaciones de derechos humanos que sufren las personas LGBT en general y las personas trans en particular.<sup>1</sup> Comúnmente, las identidades y expresiones de género que se perciben como no normativas son objeto de prácticas violentas e intrusivas, dirigidas a encuadrarlas con aquello que se considera “normal”, cuando no a subordinarlas o a eliminarlas.

Esta violencia se despliega a nivel social, pero también, y con particular énfasis, a nivel institucional. En lo que se refiere a la situación de la población trans (travesti, transexual, transgénero)<sup>2</sup> está acreditado que la relación con las instituciones es sumamente problemática, lo que explica su deficitario acceso al catálogo completo de derechos y, en especial, a aquellos de carácter económico y social.<sup>3</sup>

Entre las distintas dimensiones de este panorama, se ubica aquella referida a la criminalización y encierro carcelario de este colectivo. Distintos organismos internacionales se han hecho eco de las denuncias de organizaciones LGBT respecto de la incidencia que el poder punitivo tiene sobre este grupo de personas. Tal es así que se

---

\* Abogado y Máster en Derecho (Universidad de Palermo). Docente de las materias “Derechos Humanos y Garantías” y “Género y Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> En el ámbito regional, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36, 12 de noviembre de 2015. En el ámbito universal, véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/19/41, *Informe sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011 y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/29/23, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 4 de mayo de 2015, entre otros.

<sup>2</sup> La enunciación no pretende ser exhaustiva ni excluir otras identidades que de manera usual también se agrupan bajo esta denominación.

<sup>3</sup> De acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “[s]egún estudios realizados en varios países, las tasas de pobreza, la falta de un hogar y la inseguridad alimentaria son más elevadas entre las personas LGBT que en el resto de la comunidad”. Véase A/HRC/29/23, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, cit., párr. 36.

ha dado mayor visibilidad a las normas y prácticas estatales que impactan desproporcionadamente sobre ellas y que permiten explicar el crecimiento de las tasas de enjuiciamiento y encierro. Por otra parte, se ha puesto también el foco en la violencia que enfrentan en el ámbito carcelario, y en las múltiples dificultades allí existentes para la libre expresión y el desarrollo de la identidad de género.

En el país, esta preocupación también atravesó el trabajo de distintos actores. Por una parte, movimientos sociales, organizaciones específicas, académicos y activistas han seguido de cerca la situación en procura de abordajes más respetuosos de los derechos humanos involucrados.<sup>4</sup> Por otra parte, la Procuración Penitenciaria de la Nación, mediante su Equipo de Género y Diversidad Sexual, ha monitoreado las condiciones de detención de la población LGBT alojada en el Servicio Penitenciario Federal e intervino en numerosas acciones a ese respecto.<sup>5</sup> Lo mismo puede indicarse de la Defensoría General de la Nación, a través de áreas especializadas como la Comisión sobre Temáticas de Género.<sup>6</sup> Siempre a nivel federal, la Procuraduría contra la Violencia Institucional del Ministerio Público Fiscal también registra un trabajo asociado con la temática.

La sentencia judicial<sup>7</sup> que aquí se comenta se inscribe en este marco de intervenciones. A fin de abordarla, se iniciará con una muy breve reseña de contexto sobre la situación de las personas trans en el encierro carcelario federal. Luego, se sintetizará el contenido

---

<sup>4</sup> Entre otros, puede señalarse el trabajo de las organizaciones nucleadas en la iniciativa “Orgullo Incluyente”, que realizó algunos de los primeros relevamientos e intervenciones sobre población trans en el ámbito penitenciario federal, así como el trabajo de OTRANS respecto del tema y dirigido a erradicar prejuicios y estereotipos de género contra mujeres trans y travestis en el sistema de justicia y penitenciario. También pueden destacarse otras acciones de organizaciones de derechos humanos, dirigidas principalmente a dar visibilidad a la cuestión en el ámbito internacional. Respecto de esto último, véase Informe Alternativo presentado al Comité CEDAW, *Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina*, octubre de 2016. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT\\_CEDAW\\_NGO\\_ARG\\_25486\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ARG/INT_CEDAW_NGO_ARG_25486_S.pdf)

<sup>5</sup> Véase Procuración Penitenciaria de la Nación, *La situación de los derechos humanos de las personas LGBTI en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal*. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/La%20situación%20de%20los%20derechos%20humanos%20de%20las%20personas%20LGBTI%20en%20las%20cárceles%20del%20Servicio%20Penitenciario%20Federal.pdf>

<sup>6</sup> La mencionada Comisión, junto con otras áreas de la Defensoría General de la Nación como la Comisión de Cárceles y el Programa contra la Violencia Institucional, ha participado en acciones judiciales específicas y en apoyo de la Defensa Pública en intervenciones vinculadas con la criminalización de población LGBT, con el trato que se le dispensa en el ámbito carcelario federal, y con las políticas de alojamiento penitenciario existentes para este colectivo.

<sup>7</sup> Cámara Nacional en lo Penal Económico, Sala A, CPE 1168/2018/3/CA1, Reg. Interno N° 964/2018, de fecha 7 de noviembre de 2018.

del fallo y se trazarán algunas líneas de análisis sobre los argumentos que fundaron la decisión mayoritaria y su disidencia. Finalmente, se enumerarán una serie de conclusiones, que apuntan a fortalecer los procesos de participación y consulta de la población trans en el diseño penitenciario y en el de sus alternativas.

## II. Contexto

Los estándares internacionales de derechos humanos respecto de los colectivos LGBT en general y de las personas trans en particular tienen un desarrollo incipiente. En lo que atañe al ámbito penitenciario, los informes disponibles identifican altos grados de violencia contra estas personas, incluida aquella de carácter sexual. También revelan políticas de alojamiento inadecuadas, que no sólo afectan el libre desarrollo de aspectos centrales de la personalidad, sino que también exponen en mayor medida a las formas de violencia referidas. Este panorama ha sido denunciado por organismos de Naciones Unidas como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Relatoría contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos y Degradantes,<sup>8</sup> y por organismos regionales de protección como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.<sup>9</sup>

En el país, no existen estudios significativos sobre la situación de encierro que experimentan las personas trans, con excepción del trabajo que vienen realizando las personas, organizaciones e instituciones mencionadas con anterioridad. En relación con su alojamiento, en los últimos años han tomado estado público algunos pedidos de mujeres trans y travestis de ser alojadas en cárceles de mujeres o en pabellones especiales, y se ha generado jurisprudencia al respecto con base en la ley N° 26.743 (Ley de Identidad de Género). De manera más reciente, se ha visibilizado la

---

<sup>8</sup> El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha recordado que “[l]os Estados tienen la obligación de proteger a todas las personas, incluidas las personas LGBT e intersexuales, contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes cuando se encuentren bajo custodia”. Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/29/23, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, cit., párr. 13. Por su parte, el Comité contra la Tortura de la ONU y la Relatoría Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU han expresado su preocupación por la violencia infligida a personas LGBT que se encuentran en reclusión por funcionarios del Estado o con su consentimiento. De hecho, la Relatoría en cuestión ha indicado 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. Véase CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas*, cit., párr. 145.

<sup>9</sup> CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas*, cit., párr. 145-164.

problemática que en este sentido también enfrentan los varones trans, usualmente desdibujada tanto hacia el interior del acrónimo LGBT como en las políticas penitenciarias referidas específicamente a la población trans.<sup>10</sup>

El esquema de alojamiento de las personas LGBT en el Servicio Penitenciario Federal sufrió distintas variaciones a lo largo del tiempo. Sólo por tomar los últimos años, hasta octubre de 2015 gays, travestis y mujeres trans compartían pabellones dentro del Complejo Penitenciario de Varones I de Ezeiza, mientras que luego de esa fecha se reorganizó el complejo y se “sectorizó” a gays por una parte, y a travestis y mujeres trans por otra parte, en pabellones específicos y separados entre sí. Meses después, en abril de 2016, se trasladó a la población clasificada como travesti/trans desde el Complejo Penitenciario I al Complejo Penitenciario IV, destinado hasta ese entonces exclusivamente al alojamiento de mujeres cis. Actualmente, las travestis y mujeres trans –hayan rectificado o no su documento- se encuentran por lo general alojadas en el Complejo Penitenciario IV, en pabellones especiales o junto con las mujeres cis. Por su parte, la población gay se encuentra alojada en el Complejo Penitenciario I, si les fue concedido el pase hacia allí. Caso contrario, se encuentran junto con la población común o sujetos a sistemas de resguardo. En este panorama, muy poco se ha indagado respecto de los varones trans, y del lugar que hoy ocupan en el sistema penitenciario.

### **III. El fallo**

Con fecha 7 de noviembre de 2018, por mayoría, la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico revocó una decisión del Juez de Primera Instancia e hizo lugar a la solicitud de arresto domiciliario oportunamente efectuada por un varón trans alojado en el Complejo Federal IV de Ezeiza. Entre sus fundamentos, la mayoría consideró los siguientes.

Por una parte, realizó una interpretación extensiva del supuesto de arresto domiciliario estipulado para las personas con discapacidad en el art. 10 del Código Penal y en el art.

---

<sup>10</sup> La CIDH ha tenido oportunidad de constatar que hay ciertos grupos de personas dentro del acrónimo LGBTI que experimentan la violencia de manera más visible que otras, y que los hombres trans tienden a estar más invisibilizados dentro de esa población. CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas*, cit., párr. 104.

32 de la ley 24.660<sup>11</sup>, de modo tal que abarque la situación del solicitante. Si bien el tribunal aclaró específicamente que el caso no trataba de una persona con discapacidad, señaló que *“el someterlo a una condición en la cual no se respete su identidad de género puede implicarle un trato indigno, inhumano o cruel (conf. artículo 1, de la ley 26.743)”* y que *“[e]sta interpretación es acorde a los principios resguardados en nuestra Constitución Nacional, los tratados internacionales y la Ley de Identidad de Género (ley 26.743)”*.

En segundo orden, la Cámara trazó una distinción atento al carácter de procesado y no condenado del involucrado, y consideró que *“los rigores que pueden imponerse a quienes han sido condenados a una pena no pueden trasladarse automáticamente a quienes no han sido todavía juzgados”*.

Luego, señaló que el alojamiento en el Complejo Federal IV de Mujeres de Ezeiza si bien *“fue solicitado por él mismo al momento de su detención por temor a ser enviado a una cárcel de hombres, [...] no resguarda sus necesidades como persona transexual”*. A modo de complemento de esta línea de argumentación, detalló algunas especificidades del proceso vivencial de su identidad –modificación del DNI, expresión de género, intervenciones hormonales y quirúrgicas-, *“a fin de entender por qué no es apropiado disponer el alojamiento del imputado en un establecimiento para mujeres, aunque eso sea una mejor opción que la cárcel de hombres”*. A ello añadió que el Servicio Penitenciario Federal no se encuentra preparado para alojar a un varón trans, que el programa específico que posee la institución *“es un programa exclusivo para mujeres trans alojadas en el complejo, por lo que en ninguno de los puntos contempla las necesidades y las particularidades de los varones trans”*, y que *“el imputado tuvo dificultades para integrarse y adaptarse a las condiciones carcelarias”* en su lugar de alojamiento actual. En este último sentido, señaló que *“el escrito presentado por el defensor oficial [...] dio cuenta de que, a raíz de ciertos inconvenientes que tuvo con sus compañeras de pabellón y con parte del personal penitenciario abocado a su cuidado, quienes lo llamaban con términos claramente discriminatorios, el nombrado debió ser trasladado a un sector de aislamiento”*.

---

<sup>11</sup> Según modificaciones introducidas por la ley N° 26.472. Los artículos referidos estipulan que el juez competente podrá disponer la detención domiciliaria para *“c) El interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel”*.

Finalmente, y en otro orden de argumentos, la mayoría del tribunal indicó que el imputado *“colaboró con la justicia a fin de identificar a las personas involucradas en el hecho”* y *“que tiene un domicilio donde establecerse junto con su madre”*. Sobre la base de todas las razones expuestas, concedió el requerimiento de arresto domiciliario, supeditado *“a la obtención del dispositivo de vigilancia electrónica correspondiente, además de las otras medidas que permitan suplir las necesidades de cautela y que el juez considere apropiadas”*.

Por su lado, la decisión minoritaria efectuada en disidencia se inclinó por confirmar la resolución de primera instancia que denegaba la petición de arresto domiciliario. En apretada síntesis, consideró (1) que las leyes vigentes no contemplan un supuesto de arresto domiciliario de esta naturaleza y que los jueces, como regla general, no pueden crear supuestos allí donde el legislador no los incluyó; (2) que la ley N° 26.743 es posterior a esa normativa y no la modificó en el sentido sugerido por la mayoría; y (3) que el encierro dispuesto por juez competente no resulta violatorio del derecho a la identidad de género, por cuanto el ejercicio de ese derecho adquiere significación a través de un trato igualitario y no diferente con las restantes identidades de género. Agregó a ello que el régimen de aislamiento podría tener un carácter cautelar y no perjudicial para la persona en el marco de la detención. Finalmente, solicitó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de quien depende el Servicio Penitenciario Federal, que *“contemple, en el ámbito del mismo, establecer a la brevedad posible un programa específico para hombres transexuales en contexto de encierro”*.

#### **IV. Algunos puntos de análisis**

##### *IV.1. El razonamiento de la mayoría*

Decisiones como la adoptada por la mayoría no abundan y ello, por sí solo, es digno de celebración. El voto mayoritario recoge la línea de argumentación de la defensa, reconoce que el derecho a la identidad de género proscribía un alojamiento penitenciario como aquél que experimentaba el peticionario, y ante la falta de opciones respetuosas de dicho derecho de una forma compatible con su integridad personal, identifica la

alternativa de la prisión domiciliaria como la única vía a disposición compatible con los compromisos constitucionales e internacionales.

Ese razonamiento, a su vez, se acompaña de referencias a la ley de identidad de género, a informes de organismos internacionales y a precedentes vinculados con la materia, por lo que el activo del fallo no sólo se circunscribe al remedio que adoptó sino también remite a la importancia que otorgó a este material normativo y jurisprudencial.<sup>12</sup> Sentado lo anterior, corresponde analizar con algún detalle aspectos específicos de la decisión.

En primer término, la base normativa utilizada para hacer lugar a la petición de arresto domiciliario. En ese sentido, como se indicó, la mayoría del tribunal realizó una aplicación extensiva del artículo 32 inciso c) de la ley 24.660 -según ley N° 26.472-, que indica: “[e]l Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: ...Al interno discapitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel”.

La vía adoptada podría ser objeto de cuestionamiento, toda vez que es claro que la identidad de género no constituye ni debe ser equiparada a una discapacidad.<sup>13</sup> Por otra parte, ha sido larga la lucha de las sexualidades no normativas contra la patologización de sus experiencias<sup>14</sup> y la línea argumental por la que se optó podría enfrentarse en algún sentido a ese proyecto.<sup>15</sup> En tercer orden, como luego se desarrollará, en mi opinión existían alternativas más provechosas.

---

<sup>12</sup> No obstante, existen numerosos informes de organismos internacionales relacionados con la materia que también podrían haber sido utilizados en apoyo de la decisión. Esos informes pueden verse citados a lo largo del presente trabajo.

<sup>13</sup> La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala en su artículo 1 que “[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, mientras que la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad indica que “[e]l término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

<sup>14</sup> Véase, a modo de ejemplo, la Campaña Internacional “Stop Trans Pathologization”.

<sup>15</sup> La apreciación realizada sólo pretende indicar una posible tensión y, desde ya, no pretende desconocer que también las personas con discapacidad libran una importante lucha contra la soberanía médica respecto de sus experiencias y contra la patologización de aquellas.

Sin embargo, para un justo entendimiento, debe resaltarse que la decisión mayoritaria se encuentra más enfocada en trazar una analogía con la parte final del supuesto contemplado, que con la inicial. En este sentido, señala específicamente que el requirente “no es una persona con discapacidad”, pero ve en la relación entre su identidad de género y el contexto de desarrollo una posibilidad concreta de experimentar un trato cruel, inhumano y degradante. Es decir, el razonamiento se muestra más interesado en trazar una relación entre las consecuencias que ciertas características o condiciones personales pueden acarrear en el contexto –institucional, interpersonal, social- que se ofrece para su desarrollo, que en asimilar u homologar esas distintas características personales o condiciones.

Precisada mi interpretación sobre el razonamiento mayoritario de la Cámara, entiendo que existía una salida alternativa más provechosa, vinculada con la creación pretoriana de un supuesto específico que contemple la situación del requirente y del colectivo al que pertenece. En este sentido, la propia ley vigente contempla distintos supuestos de otorgamiento del arresto domiciliario, que fueron aquellos previstos por el legislador en un tiempo determinado, con la información en ese entonces disponible y con base en las experiencias que allí se consideraron. Esos supuestos responden a situaciones sumamente atendibles, en las que el encierro carcelario coloca en especial vulnerabilidad y genera un *plus* de sufrimiento y de castigo que el que se verifica en general frente a la población privada de su libertad.

Esas situaciones, sin embargo, no pueden ser concebidas en términos taxativos. La propia jurisprudencia así lo ha entendido y en numerosos casos dio operatividad directa a compromisos internacionales, independientemente de su reconocimiento en la ley inferior. Por otra parte, no puede desconocerse que las experiencias de personas LGBT no fueron tenidas en cuenta en la elaboración normativa, por lo que el Poder Judicial está en una inmejorable posición –en el análisis de casos concretos- para completar las omisiones del Congreso e incorporar al listado de supuestos otros que sean compatibles con la base común que los existentes ya poseen, a saber: la especial vulnerabilidad de las personas involucradas, y el *plus* de sufrimiento y de castigo que el encierro implica para ellas. Desde esa perspectiva, así como se eligió realizar una aplicación extensiva de un supuesto específico para abordar la situación del requirente, también podría haberse

optado por construir un nuevo supuesto, considerando las razones particulares que en este caso lo fundan, relacionadas con las condiciones desfavorables que posee el encierro penitenciario para la población trans, que exceden aquellas vinculadas con los sectores específicos de alojamiento.<sup>16</sup>

En segundo término, la decisión mayoritaria gravita alrededor de otros aspectos que se presentan más periféricos, pero que merecen alguna atención para desalentar interpretaciones restrictivas. Por una parte, indica que no cabe trasladar automáticamente a quien no ha sido todavía juzgado “*los rigores que pueden imponerse a quienes han sido condenados*”. Es claro que debe dispensarse un tratamiento distinto a quien es señalado como responsable de un delito pero no ha sido condenado y goza de un estatus jurídico de inocencia, respecto de aquél que cabe otorgar a quien es condenado. También es claro que de manera frecuente esa diferencia fundamental se oscurece dentro de un paradigma inconstitucional que utiliza la prisión preventiva como regla, en lugar de como excepción. Sin embargo, la referencia permite el interrogante respecto de si se hubiese adoptado la misma determinación en el caso de que la persona estuviese condenada o si, por el contrario, una política de encierro penitenciario irrespetuosa del derecho la identidad de género se hubiese considerado dentro de los cánones de “*rigor*” que deben ser tolerados por las personas condenadas. En este sentido, considero que es importante recordar y detenerse en las consecuencias que suponen para los varones trans las políticas de alojamiento actuales del Servicio Penitenciario Federal. Si ellas implican, como la mayoría de la Cámara adecuadamente entendió, una violación de derechos humanos, éstas no deberían ser toleradas siquiera en el caso en el que efectivamente haya recaído una condena, en especial si se atiende a que el fin constitucional y convencional de la pena *no es* el castigo.<sup>17</sup>

Finalmente, el voto mayoritario ponderó en su razonamiento que la persona “*colaboró con la justicia a fin de identificar a las personas involucradas en el hecho*” y “*que tiene un domicilio donde establecerse junto con su madre*”. Si bien parece presentarse como

---

<sup>16</sup> Véase CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas*, cit.

<sup>17</sup> De hecho, en términos específicos relativos a esta población, la CIDH ha señalado que “[l]os Estados tienen el deber de asegurar que la manera y el método de privación de la libertad no excedan el nivel de sufrimiento inherente a la reclusión”. Véase CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas*, cit., párr. 146.

un argumento en el orden del “mayor abundamiento”, la primera de las afirmaciones también habilita la pregunta respecto de si la ausencia de esa colaboración hubiese variado la suerte del imputado.

Por su parte, la segunda afirmación hace a uno de los requerimientos elementales del arresto domiciliario, no obstante lo cual habilita un comentario especial. Si bien en el presente caso no se verifica que la cuestión del domicilio haya sido un problema, de cara a casos futuros es importante no perder de vista las dificultades que por lo general posee la población trans para el acceso a la vivienda. Se encuentra muy bien documentada la dramática relación entre este colectivo y el acceso a derechos económicos, sociales y culturales, a la que también se suman situaciones no siempre virtuosas en el ámbito de las familias, cuando no violentas y expulsivas.<sup>18</sup> De tal modo, debería tomarse en cuenta este contexto en los requerimientos de arresto domiciliario, de modo tal de agotar las posibilidades a disposición antes de privar a la persona requirente del goce de su derecho, por la falta de una opción inmueble para ofrecer, o por la falta de una que resulte compatible con el arquetipo de alternativas que el Poder Judicial corrientemente encuentra satisfactorias.<sup>19</sup>

#### *IV.2. El razonamiento de la disidencia*

Menos auspicioso resulta el razonamiento del voto en disidencia. En primer término, parece fundarse en una concepción general más restringida respecto del arresto domiciliario, toda vez que entiende que en principio el juzgador se ve limitado por los supuestos específicos que la ley contempla, sin que pueda abordar otros de carácter distinto. Este criterio no sólo contrasta con la decisión mayoritaria, sino con una sostenida línea de jurisprudencia que ha progresivamente ampliado los supuestos

---

<sup>18</sup> De acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “[m]uchos adolescentes y adultos jóvenes que se identifican como LGBT son expulsados de sus hogares debido a la desaprobación de sus padres y acaban en la calle, lo que hace que la cantidad de personas sin hogar en este grupo sea desproporcionadamente alta”. Véase *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, cit., párr. 59. Véanse también los párrafos 22 y 66.

<sup>19</sup> Sobre los arquetipos judiciales en este punto, véase, *mutatis mutandi*, Defensoría General de la Nación, *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario*, 2015, pp. 109-120. Dicha obra afirma que “si la judicatura rechaza una solicitud de arresto domiciliario porque la persona no dispone de una vivienda adecuada, se produce una aplicación desigual del instituto del arresto domiciliario que deriva en un resultado discriminatorio, dado que no podrán acceder a él quienes no alcancen cierto piso de recursos económicos. Ese trato diferenciado basado en la utilización de criterios de diferenciación específicamente prohibidos (también denominados “categorías sospechosas”) se considera, a priori, ilegítimo” (p. 112).

contemplados legalmente, cuando la letra de la ley no se ha visto compatible con las exigencias de la Constitución o de compromisos internacionales.<sup>20</sup> Esa mirada restringida también se verifica en el lenguaje utilizado, toda vez que incluso frente a los supuestos en los que se encuentra específicamente contemplado, el juez disidente refiere al arresto domiciliario como un beneficio y no como un derecho.

En segundo lugar, el voto minoritario indica que el encierro dispuesto por juez competente *“no configura ni puede asimilarse a un desconocimiento del derecho humano a la identidad de género de las personas”* y que este derecho *“adquiere toda su significación cuando media un trato igualitario y no diferente del que alcanza a personas de otras identidades de género, con las limitaciones que acarrea una privación de la libertad y los matices que ésta pueda aparejar para cada persona”*.

Entiendo que este razonamiento implica dos tipos de problemas, relacionados entre sí. Por una parte, desconoce que el encierro penitenciario no impacta simétricamente en los distintos grupos poblacionales y que, frente a este colectivo en particular, implica un *plus* de castigo y sufrimiento, así como la violación del derecho a la identidad y la afectación de la integridad física. En esos términos, no es una cuestión de “matices”. Por otra parte, el razonamiento abraza una perimida idea de igualdad formal según la cual –para satisfacer ese trascendente principio– lo que se requiere es un trato idéntico y no, según las circunstancias, uno diferente. En sentido contrario, entiendo que el desafío que exige el principio de igualdad no es el de otorgar un trato idéntico en toda circunstancia, sino el de identificar qué elementos o condiciones, en un contexto y tiempo determinados, habilitan trazar distinciones razonables que permitan efectivizar derechos que de otra manera no serían más que fórmulas vacías.

En tercer orden, el voto disidente agrega que la ley N° 26.743 es posterior a la reforma en materia de arresto domiciliario experimentada por el Código Penal y por la ley 24.660, y que en tanto no incorporó ninguna modificación a esas normas debe entenderse que no las altera. Por una parte, ese razonamiento puede cuestionarse a la luz

---

<sup>20</sup> Véase al respecto, Defensoría General de la Nación, *Punición y maternidad: acceso al arresto domiciliario*, 2015, pp. 163-210.

de lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 26.743.<sup>21</sup> Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, es un razonamiento formalista, que no sólo desconoce la importante labor que el Poder Judicial puede cumplir para completar posibles omisiones del legislador, sino que también desconoce que muchas normas se expresan en términos generales, correspondiendo a los distintos actores públicos dotar de significados a esos conceptos de acuerdo con las características del caso. En particular, la ley de identidad de género implica una transformación radical respecto del paradigma registral y clasificatorio dicotómico, por lo que no es esperable –ni posible- que regule expresamente todas y cada una de las manifestaciones de dicho paradigma en la vida social e institucional. Precisamente, la ejecución de la ley 26.743 se ha visto caracterizada por su aplicación evolutiva a supuestos que exceden la modificación del DNI y el acceso a las intervenciones quirúrgicas y hormonales que explícitamente reconoce su letra.

En cuarto orden, el voto en disidencia también cuestiona la posición expresada por la Procuración Penitenciaria de la Nación en su intervención en la causa, acompañada de las apreciaciones de especialistas en la materia,<sup>22</sup> en cuanto indicó el dilema que enfrentó el peticionario, en tanto sus opciones de privación de la libertad se limitaron a (1) permanecer en un complejo de mujeres en violación de su identidad de género, (2) ser trasladado a un complejo de varones arriesgando su integridad física, o (3) ser incorporado a un régimen de aislamiento con fines de resguardo. Al respecto, el voto en disidencia indicó que la posibilidad de un régimen de aislamiento podría tener un carácter tutelar y no perjudicial, por lo que no debía ser objeto de agravio.

No obstante, desde mi perspectiva ese razonamiento desconoce que no se trata aquí sólo de analizar la motivación de una determinación sino también –y, principalmente- sus efectos; por lo que lo central en todo caso no son los fines perseguidos a través del aislamiento sino los impactos desproporcionados que acarrea en el caso.<sup>23</sup> A su vez,

---

<sup>21</sup> El artículo 13 de la ley 26.743, adecuadamente referido por el voto mayoritario, dispone que: “[t]oda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo”.

<sup>22</sup> El escrito de la Procuración Penitenciaria de la Nación presentado a modo de *amicus curiae* incluyó la posición de Kalym Adrián Soria, presidente de la *Red de Intersexuales, Transgéneros y Transexuales de Argentina*, y de Blas Radi, profesor de filosofía por la Universidad de Buenos Aires y representante argentino de la Unión Latinoamericana de Hombres trans (ULTRANS).

<sup>23</sup> Al respecto, cabe señalar que la CIDH específicamente ha señalado que “[a]ún cuando la intención sea proteger a las personas LGBT privadas de libertad de otros internos, no debe someterse a las personas

entiendo que ese razonamiento también desatiende que aquí el aislamiento no parecería proyectarse como una opción transitoria, sino como el modo mismo de atravesar el encierro carcelario. Como el propio voto reconoce en su considerando final, no existe actualmente en el Servicio Penitenciario Federal un programa destinado a varones trans, y tampoco es dable creer que la solicitud realizada por el juez disidente en ese sentido – aunque loable- pueda tener efectos en un futuro inmediato, máxime cuando se dejó a la discrecionalidad del destinatario.

## V. Conclusiones

El fallo analizado se inscribe en un contexto más amplio de discusión, relacionado con diferentes dimensiones de la criminalización y el encierro de colectivos LGBT. Por otra parte, revela un aspecto poco visibilizado incluso hacia el interior de esa discusión, que atañe centralmente a la situación de los varones trans. Es poco lo que se sabe sobre el tipo de conflictos con la ley penal que experimentan, sobre su situación particular en los contextos de encierro, y sobre las estrategias de supervivencia que ensayan para atravesarlo.

En este contexto, la decisión mayoritaria de la Cámara Nacional en lo Penal Económico es una excelente noticia, por cuanto encontró en la disposición del arresto domiciliario la única alternativa útil y respetuosa de los derechos del requirente, tanto a su identidad de género como a su integridad física. Si bien no debe desconocerse que el arresto domiciliario no deja de ser una forma de privación de la libertad, representa una forma morigerada que por lo menos permite sortear los avatares que el encierro carcelario conlleva para el involucrado y para sus allegados.

Sin perjuicio de lo indicado, el presente trabajo no pretende circunscribirse al elogio del mérito, sino también ofrecer alguna mirada crítica sobre los razonamientos utilizados,

---

LGBT a aislamiento solitario indebidamente prolongado”. Asimismo, expresó su preocupación por las distintas restricciones que experimentan quienes son sometidos a este tipo de medidas, que incluyen condiciones de vida inferiores, mayor estigmatización, acceso limitado a programas y beneficios, etc.; e hizo un llamamiento a los Estados a limitar el uso indiscriminado y prolongado del aislamiento solitario de personas LGBT en los centros de detención. Véase CIDH, *Informe sobre violencia contra personas LGBTI en las Américas*, cit., párr. 159, 160, 163, entre otros.

tanto por la mayoría como, principalmente, por la disidencia. Parece claro que estos casos pueden repetirse, y que posiblemente deban resolverse en el mismo contexto de orfandad en materia de políticas de abordaje penitenciario aquí verificada. Con eso en mira, es urgente ampliar y mejorar la discusión sobre el tema. En especial, garantizando la intervención de personas y organizaciones trans en el diseño penitenciario y en el de sus alternativas, así como el derecho a la consulta y a la participación de la propia población privada de su libertad.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> En este sentido, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que “[l]os Estados deben proteger el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación, y velar por que las personas LGBT e intersexuales y las organizaciones que defienden sus derechos sean consultadas con respecto a la legislación y las políticas que afecten a sus derechos”. Véase A/HRC/29/23, *Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género*, cit., párr. 19.