

Establecimientos penitenciarios y personas trans privadas de libertad.

Desafíos tras la nueva Ley de Ejecución Penal en Cuba

Penitentiary establishments and trans people deprived of liberty. Challenges following the new Criminal Execution Law in Cuba

Ivón Calaña Pérez <https://orcid.org/0000-0002-8770-6326/>

Centro Nacional de Educación Sexual (CENESEX), La Habana, Cuba.

Autor/a para la correspondencia: ivon@cenesex.cu.

RESUMEN

Desde 2019, con la constitucionalización de la protección a la identidad de género y el desarrollo libre de la personalidad, se desplegó en escalones progresivos un proceso integral reformativo, en el que se destaca la puesta en vigor de la Ley de Ejecución Penal. La citada ley inserta la categoría *identidad de género* en cuatro momentos de la estructura normativa, en ensamble con los derechos y el principio de igualdad y no discriminación. Desde el método de Derecho comparado, se analizan resoluciones de la región relativas al programa/reglamento de establecimientos penitenciarios que reconocen los derechos de las personas trans e impactan en su salud y en el alojamiento y protección en dichos espacios. El análisis de la norma jurídica cubana en cuanto a los aspectos anteriores, permite identificar como desafíos a regular en disposiciones complementarias: la reorganización interna de los espacios sobre la base de principios y la praxis jurídica internacional; los aportes de las ciencias sociales y las voces de organizaciones de personas con transidentidades; la ampliación de servicios de salud para una atención más integral; la actualización de procedimientos relativos a la protección de los derechos y la capacitación a los recursos humanos de los establecimientos penitenciarios.

Palabras clave: establecimientos penitenciarios, personas trans, derechos, identidad de género, igualdad y no discriminación

ABSTRACT

The presentation is titled "Prison establishments and trans people deprived of liberty. Challenges following the new Criminal Execution Law in Cuba". Since 2019, with the constitutional recognition of gender identity protection and the free development of personality, a comprehensive reform process has been progressively developed, in which the enforcement of the Criminal Execution Law stands out. This Law incorporates the category of gender identity in four moments of the normative structure, in conjunction with

the rights and the principle of equality and non-discrimination. Using a comparative law approach, resolutions from the region concerning programs/regulation in penitentiary establishments that recognize the rights of trans people and impact their health, accommodation and protection within these spaces are analyzed. The analysis of the Cuban legal norm in terms of the above aspects, allows to identify challenges to regulate in complementary provisions: the internal reorganization of spaces based on principles and international legal practices, the insights provided by social sciences and the voices of organizations representing trans people; the expansion of healthcare services to ensure comprehensive care; the updating of procedures concerning the protection of rights and the training of human resources within penitentiary establishments.

Keywords: penitentiary establishments; trans people; rights; gender identity; equality and non-discrimination.

Observaciones iniciales

Pudiera decirse que lo jurídico es la formalidad de un espectro hegemónico que dota de significados a categorías, conceptos e incluso a las propias personas. Entonces se asume una línea que configura qué es mujer y qué es hombre, y el cuerpo se constituye en objeto de control y no siempre sujeto de derechos.

La conquista de los derechos en la historia moderna no ha sido un recorrido lineal y equitativo para las poblaciones al estar condicionado por la convergencia de privilegios en personas por sexo, edad, estatus económico, color de la piel, territorio e identidad de género, por citar algunas categorías.

Manidamente se asume que la dignidad es un valor supremo, que es el pilar de los derechos. Sin embargo, a quienes les corresponde la honrosa misión de aplicar la ley, entenderán como digno aquello que no contraríe el sistema legitimado y, a contrapeso, todo aquello que sí lo haga tendrá que probar fehacientemente que es digno de protección; tendrá que recurrir a interpretaciones teóricas, pues no será suficiente por el mero hecho de ser la expresión del bienestar y desarrollo personal de quien lo alegue.

Asumir una transidentidad, implica asumir los desafíos de las barreras legales, en pos de su reconocimiento identitario. Pareciera que el sexo marca y supedita nuestra existencia jurídica, como si eclipsara el género y blindara lo que la otredad determina. Las legislaciones progresistas respecto a las identidades de género son de reciente data, y aún más aún la despatologización de la transexualidad desde las ciencias médicas, lo que asevera el largo bregar de las personas trans.

En la conquista del reconocimiento de la identidad política y sexual, la persona trans adquiere su estatus como sujeto de derecho; pudiéramos decir su capacidad jurídica de obrar como tal en el espacio jurídico y deja de ser una ficción jurídica para el Derecho.

Personas trans en contextos de establecimientos penitenciarios

Algunas investigaciones cubanas aseveran que en el imaginario social de la población trans existe una naturalización de la prostitución como una fuente de ingresos para su sustento, el de su pareja y familia, como una suerte de destino por su identidad de género (1). Recientemente con la reforma penal se descriminalizó la práctica de la prostitución. Aunque desde el punto de vista técnico jurídico no se encontraba tipificada como delito la prostitución, determinadas políticas penales durante décadas la concebían en la cuestionada bolsa de «conducta antisocial». El cuerpo normativo la asumía como una causal para una respuesta preventiva penal por la asunción de circunstancias asociadas a la peligrosidad social a futuro; es decir, había un actuar sobre la base de presunciones y como parte del catálogo de medidas asegurativas a disponer, con alta recurrencia se disponía el internamiento en determinados espacios, diseñados para controles y disciplinamientos.

El tratamiento penal a mujeres trans practicantes de la prostitución reforzó estigmas, violencias y discriminaciones, y estuvo lejos de satisfacer los fines de toda sanción penal. Los establecimientos de internamiento se constituían así, en espacios de alternancia en el curso de vida de una mujer trans, con distintas expresiones de violencia de género a relieve.

En el contexto cubano aún se requiere de procedimientos quirúrgicos en la genitalidad para el acogimiento de fallos judiciales que autoricen el cambio de sexo y la consecuente modificación registral. Entonces alrededor de treinta y cinco mujeres trans (cantidad estimada de personas trans operadas en el país) cumplen con ese requisito primario y, en consecuencia, la inmensa mayoría debe asumir todas las barreras que implica el no reconocimiento legal de su identidad.

Desterrar la genitalidad como el sello distintivo y comprender que la identidad interna y autopercepción determina la expresión de género y no a la inversa, es hoy un desafío. En ese acto de libertad, de expresarse tal cual se sienten, son sujetas a formas de discriminación y privaciones de derechos humanos en los espacios donde socializan, entre estos los establecimientos penitenciarios.

Actualmente las mujeres trans son recluidas en concomitancia con hombres cis para la extinción de las medidas privativas de su libertad. A pesar de estar en el mismo espacio, se encuentran en circunstancias distintas y hacia ellas también los dispositivos de disciplinamiento ofrecen variadas miradas pero muchas veces silenciadas, incluso desde los abordajes de las ciencias sociales.

Algunas referencias al marco jurídico internacional

Un análisis desde el prisma internacional amerita un acercamiento a los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. El distinguido grupo de especialistas en derechos humanos de veinticinco países en Yogyakarta, Indonesia, adoptaron del 6 al 9 de noviembre de 2006 en forma unánime los Principios de Yogyakarta (2).

Si bien es cierto que dichos Principios carecen del rigor vinculante legal, poseen un incuestionable valor referencial de orientación y guía en todo proceso de diseño e interpretación de las leyes que impacten en la esfera jurídica de personas con sexualidades no heteronormativas. En tal sentido, el Principio 9, relativo al derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente, orienta a los Estados en atención a lo siguiente:

- 1) proveer a las personas detenidas de un acceso adecuado a la atención médica y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información sobre el VIH/sida y la terapia correspondiente, y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de género si ellas los desearan;
- 2) garantizar, en la medida que sea posible, que todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo con su orientación sexual e identidad de género;
- 3) establecer medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que resulten vulnerables a la violencia o los abusos por causa de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, y asegurar que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión, en la medida en que esto pueda llevarse razonablemente a la práctica;

- 4) emprender programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal penitenciario y a todos los otros funcionarios y funcionarias de los sectores público y privado involucrados en los establecimientos de detención sobre las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los referidos a la orientación sexual y la identidad de género.

Posterior a los Principios de Yogyakarta, algunos ordenamientos jurídicos en la región han regulado sobre la base del principio de igualdad y no discriminación por identidad de género, cuestiones esenciales a los contextos de extinción de sanción de privación de libertad.

Para el estudio se han seleccionado dos normas jurídicas latinoamericanas que poseen regulaciones específicas en torno al reconocimiento y protección de los derechos de las personas trans en los mencionados espacios. Se trata de resoluciones dictadas por el Ministerio de Justicia de Argentina y de Colombia en 2016 (3,4). Dichas resoluciones tienen antecedentes normativos distintos, teniendo en cuenta que en el caso de Argentina está promulgada la Ley de Identidad de Género desde 2012 y que Colombia no posee normativa similar.

Mediante la Resolución 004130, dictada por el Ministerio de Justicia el 23 de agosto de 2016, Colombia pone en vigor el «Reglamento general de los establecimientos de reclusión del orden nacional», a cargo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).

Por su parte, mediante la Resolución D.N. N° 1429, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Argentina pone en vigor el 21 de septiembre de 2016 el «Programa específico para mujeres trans en contexto de encierro». Argentina tiene Ley de Identidad de Género N° 26.743 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dictada el 9 de mayo de 2012, y asume por «identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo» (artículo 2). Dicha ley no hace mención al ámbito penitenciario; sin embargo, el artículo 13 dispone como fórmula integral que toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas.

La Resolución argentina número 1429 tiene un alcance limitado, pues se limita a las mujeres trans, definida como todas las personas trans con identidad de género femenina autopercibida, a diferencia de la Resolución colombiana número 004130, que dispone un alcance para todas las personas trans.

En lo relativo al derecho a la salud, la norma jurídica citada de Colombia prevé que cuando se trate de personas privadas de libertad de los sectores LGBTI, si durante la realización del examen se registra que la persona recién ingresada al establecimiento recibe tratamientos hormonales por prescripción médica, se realizará el proceso establecido en el Modelo de Atención Integral en Salud para las personas privadas de la libertad y en el respectivo manual técnico operativo de atención en salud. Además, precisa que las personas privadas de libertad portadoras de VIH serán especialmente protegidas por la dirección del establecimiento en el que se encuentren con el objetivo de evitar su discriminación.

En el caso de Argentina, en cuanto a la asistencia médica y psicológica integral se dispone que el tratamiento hormonal se realice con las mujeres trans que así lo requieren, con lo que se pretende que dicho tratamiento sea idéntico al brindado en el medio libre, requiriendo del consentimiento informado. Se prevé la implementación de programas de asistencia psicofísica integrales, que por sobre todo atiendan la promoción de salud, el bienestar...

Sin duda, el alojamiento de las personas trans en espacios de internamiento, como los establecimientos penitenciarios, es una de las cuestiones que requiere una mirada. La norma jurídica colombiana establece que cuando la persona privada de la libertad se identifique como trans, con independencia de la aplicación del trámite de corrección del componente sexo en el registro del estado civil, conforme a las normas que regulan esta materia, las autoridades penitenciarias la ubicarán según su identidad de género y no según el sexo asignado en el documento de nacimiento. Lo anterior implica que las mujeres trans y cisgénero compartirán establecimiento penitenciario y los hombres trans y cis en igual medida.

En Argentina la disposición jurídica dispone que en una primera instancia el programa se aplicará en el Complejo Penitenciario Federal IV de Mujeres de Ezeiza y posteriormente, acorde con las necesidades de alojamiento, en todos los complejos, unidades y establecimientos pertenecientes al Servicio Penitenciario Federal que alojen mujeres, por lo que las mujeres trans se ubicarán en establecimientos para mujeres cis.

Como lo abordan los Principios de Yogyakarta, garantizar la protección de las personas para evitar todo tipo de violencia o discriminación por identidad de género, es crucial y proporcional a la dignidad como valor y bien jurídico a salvaguardar. La resolución colombiana destaca la pertinencia de concebir planes de seguridad que deben incluir una

evaluación sobre los riesgos especiales a los que se encuentran sometidas las personas privadas de la libertad por razón de su género e identidad de género.

De manera similar, en Argentina se regula la implementación del Sistema de Seguridad Dinámica, consistente en una plena interacción entre las internas trans y los funcionarios penitenciarios, fortaleciendo así la prevención de amenazas a la seguridad y beneficiando a la población penal. Paralelamente se estructuran comités de convivencia, competentes para abordar temas concernientes al trato, régimen penitenciario y otras cuestiones que se consideren pertinentes.

Análisis de la legislación cubana vigente

Desde 2019 con la constitucionalización de la protección a la identidad de género y el desarrollo libre de la personalidad, se desplegó en escalones progresivos un proceso integral reformativo, coadyuvante a la transformación del binarismo propio del patriarcado históricamente heredado. Con sólidos pasos en ese proceso legislativo, se vislumbra la voluntad política para la actualización de las normas y procedimientos penitenciarios desde un enfoque de derechos humanos y de género. Sin embargo, un somero análisis pudiera advertir que si se prohíbe discriminar por las causales de sexo, género e identidad de género por mandato expreso de la Constitución (5), que posee una vocación de aplicabilidad directa, ¿por qué se interpreta a cuatro años de la vigencia constitucional el término *mujer* con los límites de la cisnormatividad?

En el contexto jurídico cubano, la Ley de Ejecución Penal 152/22 aborda que el Estado favorece en su política penitenciaria la reinserción social de las personas privadas de libertad, garantiza el respeto de sus derechos y el cumplimiento de las normas establecidas para su tratamiento en los establecimientos penitenciarios, y se ocupa de la atención y reinserción social de las personas que extinguen sanciones penales no detentivas o cumplen otros tipos de medidas impuestas por los tribunales.

Resulta meritorio destacar que la ley inserta la categoría *identidad de género* en cuatro momentos de la estructura normativa, en ensamble con los derechos y el principio de igualdad.

Las personas trans son consideradas poblaciones clave en el abordaje del VIH/sida. A los efectos del internamiento para el cumplimiento de la sanción penal, el VIH/sida es tenido en cuenta para ofrecer una asistencia médica especializada, así como garantizar un grupo de condiciones y garantías en pos de la salud. En casos extremos, el artículo 152 de la Ley de Ejecución Penal (6) prevé la posibilidad de conceder una licencia extrapenal; es decir,

un permiso de excarcelación que puede conceder el tribunal a los sancionados a privación temporal de libertad, por padecimientos de salud u otros motivos justificados que impiden u obstaculizan el cumplimiento de la sanción.

La propia ley cubana regula en su artículo 102 que la persona que extingue sanción en condiciones de internamiento tiene, como parte del catálogo de los derechos penitenciarios, que recibir asistencia médica y ser atendida en consideración a su identidad de género. Sin embargo, la propia norma no esclarece en cuanto al tratamiento hormonal u otro que demande la persona trans; en tal caso, se requiere de un pronunciamiento en una norma complementaria que, en atención al principio constitucional de progresividad y no regresividad, así lo disponga.

A propósito del alojamiento para el cumplimiento de la sanción privativa de libertad, el artículo 17.4 dispone que el Ministerio del Interior determina el establecimiento penitenciario donde los reclusos deben cumplir la sanción, la medida cautelar de prisión provisional, y realiza su ubicación y traslado a los lugares que procedan. De forma complementaria el artículo 26.2 pauta que la ubicación de sancionados se realiza de la forma siguiente: las mujeres se ubican en establecimientos penitenciarios independientes a los destinados para los hombres; de no ser posible, se hará en áreas completamente separadas. En tal sentido, el artículo 11 dispone que la ubicación se hará de acuerdo con la identidad de género; y el artículo 26.2, que el alojamiento será a razón de ser mujer u hombre. Cabría entonces la interrogante: ¿las mujeres cis y trans serán ubicadas en la misma área?, ¿se reconocerá solo la identidad de género de las personas trans que legalmente hayan modificado este particular en el registro civil?, ¿el Ministerio del Interior asumirá la identidad de género con la que se autoperciba la persona, aunque no exista modificación del asiento registral civil?

El Anexo a la ley regula respecto a la igualdad que, durante el cumplimiento de la sanción, está proscrita la discriminación por razones de sexo, género, orientación sexual e identidad de género, entre otras condiciones o circunstancias personales que impliquen distinción lesiva a la dignidad humana, y suscribe: «...no se considera discriminatoria la clasificación que se realiza en los lugares de reclusión a los efectos del tratamiento penitenciario». En consecuencia, las respuestas a las interrogantes formuladas deben ser aportadas por las normas reglamentarias que se emitan a corto plazo por mandato de la propia ley en sus disposiciones finales primera, segunda y tercera.

Como parte de las disposiciones relativas a la protección, el artículo 118.1 considera en su inciso b) como indisciplina grave ejecutar actos intimidatorios o de violencia contra otro

recluso por motivos discriminatorios o de género. El artículo 197.1 es explícito en que los tribunales y la Fiscalía General de la República, en lo que corresponde a sus funciones, ejercen el control de la legalidad durante el cumplimiento de las sanciones penales. Entre las facultades comunes del tribunal y del fiscal que dispone el artículo 198.1, el inciso a) dispone personarse en los lugares de internamiento o detención para comprobar el cumplimiento de la legalidad, y el respeto de los derechos y garantías de las personas privadas de libertad y aseguradas. El fiscal tiene además como una de las facultades específicas exigir el restablecimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y las demás normas jurídicas que sean vulnerados (6).

Conclusiones

Desde la articulación de los principios de supremacía constitucional y de igualdad y no discriminación, corresponde que la identidad de género sea una categoría que se tenga en cuenta en la elaboración e implementación de normas y procedimientos relativos a los establecimientos penitenciarios. El valor de la dignidad humana debe fortalecer la interdependencia de los derechos humanos; en atención a ello no basta con reconocerlos, sino que es preciso garantizar su ejercicio pleno con mecanismos que intervengan de manera eficiente ante una vulneración y la consecuente reparación de daños.

Desafíos actuales son:

- la reorganización interna de los espacios sobre la base de principios y la praxis jurídica internacional;
- los aportes de las ciencias sociales y las voces de organizaciones de personas con transidentidades;
- la ampliación de servicios de salud para una atención más integral;
- la actualización de procedimientos relativos a la protección de los derechos;
- la capacitación de los recursos humanos de los establecimientos penitenciarios.

Referencias bibliográficas

1. Aquino A. La relación prostitución-empleo: imaginario social de las personas trans en La Habana. En: Castro Espín M, Alfonso Rodríguez AC, compiladoras. *Violencia de género, prostitución y trata de personas*. La Habana: Ed. Cenesex; 2017. p. 198.
2. Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. 2006 [citada 3 Feb 2023]. Disponible en: <https://yogyakartaprinciples.org/principle-9-sp//>

3. República de Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Resolución D.N. Nº 1429. [Citado 2 May 2022]. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2_programa_especifico_para_mujeres_trans_en_contexto_de_encierro_alojadas_bajo_la_orbita_del_servicio_penitenciario_federal.pdf/
4. República de Colombia. Ministerio de Justicia. Resolución 004130. [Citado 2 May 2022]. Disponible en: https://fecospec.org/Docs/2016/AGOSTO/28_08_2016R004130_23082016.PDF/
5. República de Cuba. Constitución de la República de Cuba emitida por la Asamblea Nacional del Poder Popular [citada 3 Feb 2023]. Disponible en: <https://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/constitucion-de-la-republica-de-cuba/>
6. Asamblea Nacional del Poder Popular, República de Cuba. Ley 152/2022, Ley de Ejecución Penal (GOC-2022-862-094) [citada 3 Ene 2023]. Disponible en: <https://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/documentos/ley%20de%20ejecucion.pdf/>

Declaración de conflictos de intereses:

La autora declara que no existieron conflictos de intereses.

Fecha de recepción de original: 10 de mayo de 2023

Fecha de aprobación para su publicación: 1 de junio de 2023