

La ausencia de perspectiva de género en la ley de ejecución penal. Su implicancia respecto a las personas sexodisidentes o diversas

Micaela Herrera y Mariano Landry¹

Resumen:

A través de este artículo abordaremos cómo la ausencia de perspectiva de género de la ley n° 27.375 de Ejecución privativa de la libertad, altera de manera especialmente perniciosa la pena judicial impuesta a las personas con identidad sexual diversa o disidente, que se encuentran privadas de su libertad.

Palabras claves:

Perspectiva de género. Diversidad. Sistema penal androcéntrico. Agravamiento de la pena para personas no binarias. Discriminación.

Abstract:

Through this article we will approach how the absence of gender perspective on the law n° 27.375 which refers to execution of a conviction alters in an especially pernicious way the judicial penalty imposed to people which sexual identity is diverse or dissident, who are deprived of their freedom.

Keywords:

Gender perspective. Diversity. Androcentric criminal system. Discrimination. Aggravation of penalty for non binary people.

Consideraciones previas.

Antes de avanzar nos resulta importante señalar que este artículo fue presentado en el marco de la Especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dictado en la sede Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

Por su parte como puede advertirse, para referirnos a las personas con identidad sexual y/o de género por fuera del binomio varón mujer, utilizamos dos conceptos: diversidad y disidencia sexual. Al respecto Diana Maffía sostiene: "...la diversidad, que es irse de esa identidad canónica que se ha marcado -femenina o masculina-, son diversas aquellas sexualidades que no encuadran en este encolumnamiento de las condiciones físicas, cromosómicas y de género. La disidencia consiste en que hay sujetos que no aceptan las normas de la heterosexualidad compulsiva de la identidad hegemónica o del coito vaginal para la procreación como única sexualidad legítima; sujetos que van discutir la norma, sujetos disidentes, aun cuando sean heterosexuales. En México una Buga es una mujer heterosexual disidente que no impone su sexualidad a las demás" (Maffía, 2017).

Cuando hablamos de bloque de constitucionalidad hacemos referencia a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto

¹ Abogada y abogado.

han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución formalmente a partir de la reforma producida en 1994 y en lo que refiere a la normativa internacional.

No será objeto de este trabajo abordar en profundidad aquellos episodios o conductas que constituyan delitos como apremios, lesiones u homicidios y que se presentan en el ámbito penitenciario, pues consideramos que es un tema que afecta a la población carcelaria en general, sin distinción de la identidad sexual, aunque, en ocasiones, sea esa misma identidad la que los motive. Ese aspecto no menor, es abordado por Laurana Malacalza (Malacalza, 2019: 139).

Por último, no es menos importante afirmar que la pretensión de neutralidad del derecho aparece ya como insostenible desde una cosmovisión con pie en la diversidad o disidencia. En este trabajo, tampoco consideramos que la pretensa imparcialidad resulte un valor absoluto en el ámbito normativo. Con claridad lo explica Tamar Pitch al sostener: "...puesto que vivimos en un mundo dominado por lo masculino- o mejor, por lo que es considerado como atributo de lo masculino y asociado a los hombres de carne y hueso- derecho y derechos reflejan, reproducen y legitiman ese dominio, bajo la ficción de la neutralidad e imparcialidad" (Pitch, 2010: 441).

I. ntroducción

Existe una multiplicidad de normas que conforman el subsistema penitenciario (dentro del sistema penal) y regulan tanto situaciones penales, como procesales y administrativas. Esa normativa debe ser armónica entre sí y sobre todo comprender los mismos derechos (respetar/garantizar) que son reconocidos por la Constitución Nacional (y las leyes que en su consecuencia se dicten) y los pactos internacionales vigentes.

Es en ese marco que observamos la ausencia de reconocimiento de aquellas particularidades vinculadas al respeto a la disidencia y diversidad sexual y de género y a la no discriminación, en armonía con el bloque constitucional.

II. Consideraciones normativas

Desde la reforma constitucional de 1994 no es admisible la supremacía constitucional desinteresada de la normativa regional de los derechos humanos incorporada en el artículo 75 inc. 22. Por eso, para analizar la cuestión, es preciso recorrer ese entramado regulatorio superior y sus alcances en el derecho interno.

Organismos y personas experimentadas de la región, en materia de derechos humanos, han desarrollado de manera amplia el concepto de no discriminación con base en la orientación sexual y la identidad de género. A pesar de estos desarrollos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sostiene que según el Derecho Internacional, salvo pocas excepciones, los conceptos "orientación sexual" e "identidad de género" no se encuentran expresamente incluidos en los tratados de derechos humanos como categorías prohibidas de discriminación. En consecuencia, cuando estos derechos empezaron a tener mayor prominencia, analizaron la orientación sexual y la identidad de género bajo dos categorías prohibidas de discriminación, a saber, discriminación en razón del "sexo", y la cláusula abierta de no discriminación en razón de "cualquier otra condición social".

Asimismo, según la CIDH los tratados internacionales de derechos humanos tales como la Convención Americana son “instrumentos vivos” que deben ser interpretados de conformidad con los tiempos actuales y con base en un criterio evolutivo. De tal forma, la Comisión y la Corte Interamericanas han afirmado que la orientación sexual y la identidad de género están protegidas por la frase “otra condición social” del artículo 1.1 de la Convención Americana. Este análisis es análogo a la inclusión de esas categorías bajo el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará (Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 2015: 44/45).

La CIDH señala que ese Tratado es el único instrumento interamericano que incluye una definición de la violencia contra un grupo particular. La Convención de Belém do Pará define “violencia contra la mujer” como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la discriminación contra las mujeres incluye “violencia basada en el género”, definida como violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. También ha señalado que en los patrones de asesinatos de mujeres, la violencia sólo puede ser comprendida en el contexto de una “desigualdad de género socialmente arraigada” influenciada por una “cultura de discriminación contra las mujeres”.

De igual manera, la CIDH considera que las normas sociales tradicionales sobre género y sexualidad y la discriminación generalizada por parte de la sociedad hacia las orientaciones e identidades no normativas, y respecto de personas cuyos cuerpos difieren del estándar socialmente aceptado de los cuerpos masculinos y femeninos, incentiva la violencia contra las personas LGBTI (Comisión Interamericana De Derechos Humanos; Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, 2015: 49/50).

La violencia basada en el prejuicio necesita de un contexto social permisivo. La Argentina ha reconocido, con la sanción de la ley 26.743 el 9 de mayo de 2012, el derecho a la identidad de género, al reconocimiento de la identidad de género y al libre desarrollo de las personas conforme a su identidad, recogiendo los estándares internacionales consignados en 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, del año 2006.

El artículo 2 de la ley define aquello que se entiende por identidad de género como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Por su parte el artículo 13 refiere a la aplicación de la ley y dispone que “Toda 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”.

Ahora bien, observamos que la ley 27.375, modificatoria de la original 24.660 que regula el cumplimiento de la sanción penal, no contempla los estándares previamente indicados habilitando con ello situaciones de desigualdad frente al colectivo de personas que no se reconocen en el binomio de lo masculino-femenino.

Sin perjuicio de su innegable aplicación universal, parece estar destinada sólo a los varones, reflejando una vez más el carácter heteronormativo y androcéntrico que identifica nuestro ordenamiento jurídico, que bajo la premisa de la neutralidad de la ley ignora la asimetría existente entre los géneros y por tanto las consecuencias sociales y personales que ello acarrea.

Si bien en la ley 27.375 se encuentra una distinción, entre varones y mujeres, entendemos que los criterios considerados en tales aspectos reafirman los estereotipos de género.

Por un lado, se distinguen las particularidades vinculadas a la situación de las mujeres en cuanto al lugar de alojamiento, el personal responsable de los establecimientos, el abordaje de situaciones de embarazos y cuidado de los niños pequeños en el ámbito de encierro (arts. 190 y sgtes.), reconociendo sólo en las “mujeres” los deberes/derechos de cuidado.

Nada dice respecto a los varones que quieran cuidar de sus hijos o hijas o de las personas trans que con hijos o hijas a cargo deseen continuar su cuidado en contexto de encierro.

Entonces nos preguntamos si el hecho de que la ley que regula las condiciones de la ejecución de la pena omita considerar las diferencias basadas en la orientación o identidad sexual de las personas condenadas o procesadas privadas de la libertad, no se traduce luego en un agravamiento de la situación de encierro mientras transcurre el régimen de progresividad que caracteriza el modo en que se admite la ejecución de la pena en nuestra legislación.

Tanto la ley 24.660, la modificatoria 27.375 y su reglamentación, adopta el sistema de progresividad con el objetivo de la reinserción social de las personas que atraviesen el sistema carcelario en prisiones preventivas o condenadas.

Tal propósito está expresamente previsto en el artículo 1: “La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada”.

“La base del régimen de progresividad es un ‘programa de tratamiento’ interdisciplinario e individualizado, diseñado por los organismos técnicos del establecimiento, para cuya elaboración debe atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades del interno, debiendo conferirse a este una participación activa” (De La Fuente y Salduna, 2016).

Teniendo en cuenta dichas pretensiones normativas, no parece que estemos frente a una legislación que reconozca a priori las particularidades, por ejemplo, de las personas trans, aunque el objetivo de la reinserción social se extiende a todas las personas que atraviesan una detención.

Por ejemplo, para el colectivo trans no es algo menor el establecimiento en donde ese programa de reinserción social se despliega.

Según la Procuración Penitenciaria de la Nación, en el año 2016 la Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal dispuso el traslado de las personas transgénero al Complejo Penitenciario IV de Ezeiza, destinado a mujeres. El traslado se efectuó de manera intempestiva, sin previa notificación y sin la conformidad de las personas involucradas (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2016).

Si bien esta disposición podría encuadrarse dentro de una buena práctica penitenciaria, de acuerdo a la fuente, constituyó una medida arbitraria que motivó a realizar presentaciones judiciales por parte de las personas que estaban en desacuerdo con ser alojadas en cárceles de mujeres.

La disconformidad con el traslado fue argumentada en función de la identidad de género autopercibida. Algunas personas refirieron no percibirse como mujeres trans, sosteniendo una identidad más amplia y dinámica, fuera del dualismo varón/mujer.

En este sentido, la estereotipación de estas experiencias genera el riesgo de invisibilizar otras posibilidades y expresiones de género.

Por ello, resulta necesario dejar de reproducir el binarismo de género hegemónico, y respetar las diversas identidades, en consonancia con el espíritu de la Ley de Identidad de Género.

Entonces sostenemos que esa diversidad no fue considerada por el legislador generando una situación desventajosa para los colectivos de la diversidad sexual que se encuentran cumpliendo una pena de prisión o, en prisión preventiva.

No está de más incorporar a este trabajo alguna conceptualización que permita graficar la amplitud de criterios compatible con el respeto a la identidad de cada persona en el contexto de encierro.

Existen construcciones teóricas varias que se encargan de analizar las significaciones de las diferentes identidades sexuales. Nos parece atendible recurrir al siguiente esquema conceptual: “LGTBIQ se refiere a Lesbianas (mujeres homosexuales: es decir, orientadas erótico-afectivamente hacia personas de su mismo sexo), Gays (hombres homosexuales), Bisexuales (personas orientadas erótico-afectivamente hacia ambos sexos), Transgénero (personas que trascienden o rompen las definiciones convencionales de hombre y mujer, no sólo en su aspecto físico sino también en sus actitudes, maneras y gestos [género: hace referencia a la forma en que una persona se percibe a sí misma en relación con las concepciones socioculturales de masculinidad y feminidad]). Pueden o no iniciar cambios en su cuerpo), Transexuales (personas que han decidido mediante un proceso quirúrgico cambiar sus órganos sexuales externos), Transvestis (parte del grupo transgénero, que se sienten y se visten de tiempo completo siguiendo los modelos establecidos para el género opuesto) y Transformistas (transvestis ocasionales, para presentaciones o espectáculos), Intersexuales (personas que biológicamente desarrollan las características físicas y genitales de ambos sexos, sobre las cuales recae doblemente discriminación por razones de orientación sexual y expresión de género y son mutiladas al nacer con base en arbitrarias decisiones discriminatorias), Queer (del inglés: raro, extraño) que no se enmarcan en ningún tipo de categoría identitaria sexual o de género y están enmarcados en un movimiento contracultural que desafía la existencia de tales categorías para definir la diversidad sexual (Duque Acosta, 2010: 85).

Resulta interesante abordar el trabajo de la teoría queer pues aparece como aquel que de manera más radical interpela a las conceptualizaciones tradicionales que solamente diferencian el sexo del género.

Judith Butler, apunta a dismantelar tanto la concepción de sujeto/a universalista que sustenta la política liberal actual, como los procesos de esencialización, naturalización e identificación de las teorías de la política de la diferencia con relación al sector LGTBIQ.

Así, para esta teoría, la orientación sexual, la identidad sexual y la expresión de género, son el resultado de una construcción-producción social, histórica y cultural, y por lo tanto no existen papeles sexuales o roles de género, esencial o biológicamente inscriptos en la naturaleza humana. En otras palabras, en términos de lo humano, la única naturaleza es la cultura.

O, para ser más exactos, todo lo natural constituye una naturalización de la construcción cultural. Para esta teoría el/la sujeto/a perteneciente al sector LGTBIQ (sujeto/a innombrable, abyecto, ininteligible, anormal) es el efecto y resultado de la producción de una red de dispositivos de saber/poder que se explicitan en las concepciones esencialistas imperantes actualmente del género y la diferencia sexual.

De esta forma, el género y el sexo son actuaciones, actos performativos que son modalidades del discurso autoritario; tal performatividad alude en el mismo sentido al poder del discurso para realizar (producir) aquello que enuncia, y por lo tanto permite reflexionar acerca de cómo el poder hegemónico heterocentrado actúa como discurso creador de realidades socioculturales.

En este sentido, y en la línea foucaultiana, puede entenderse la performatividad del lenguaje como una tecnología; como un dispositivo de poder social y político.

Una mirada como la propuesta por la teoría queer, no resultaría aplicable de modo aislado o parcializado. Aparece más como una cosmovisión respecto de las identidades u orientaciones sexuales que como posibilidad de su efectiva o inmediata aplicación práctica.

Sería demasiado exigirle al legislador actual la asociación de esa teoría al ámbito penitenciario cuando resulta una teoría general y universalista. Sin perjuicio de ello, no es menos cierto que es un insumo insoslayable al momento de analizar la complejidad que caracteriza la temática.

Y es en medio de esas disputas dogmáticas, jurisprudenciales y analíticas que se presentan al interior del sistema normativo, donde se inserta nuestra postura y pretensión urgente respecto de la consideración de la diversidad sexual y de género al momento de la sustanciación del control de la ejecución de la pena.

III. Consideraciones fácticas.

Los Habeas Corpus individuales y colectivos presentados a lo largo del país respecto a la población trans especialmente, pero también, aunque en menor medida, respecto al colectivo LGBIQ, exponen los contextos de vida de esta población: por ejemplo, en cuanto al régimen de visitas íntimas, de familiares, o allegados; la dificultad de acceder a la salud desde una mirada no sólo clínica, incluyendo la falta de medicación hormonal adecuada; los traslados y las prohibiciones reglamentarias.

No es menor el señalamiento de haber sufrido instancias de estigmatización y discriminación que especialmente padecen intramuros a causa de su identidad sexual no reconocida, el daño psicológico y físico que ello implica y la falta de perspectiva de género y su adecuación normativa.

Una de esas intervenciones recursivas realizadas por el Ministerio Público de la Defensa, promovió la implementación de un Reglamento elaborado por el Servicio Penitenciario Federal que establece especificidades de abordaje para requisar y revisar médicamente a las personas trans.

El antecedente de ese Protocolo fueron las denuncias por el carácter vejatorio de esos procedimientos cuando las personas trans ingresaban a las alcaldías del Palacio de Tribunales y de Comodoro Py, para declarar luego en alguna causa judicial.

El Protocolo fue producto del trabajo articulado entre la Comisión de Cárceles, la Comisión sobre Temáticas de Género (Defensoría General de la Nación), la Coordinadora del Equipo de Género y Diversidad Sexual de la Procuración Penitenciaria de la Nación, del Programa contra la Violencia Institucional (Defensoría General de la Nación), la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN), el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nº 1 y la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción Nº 21. Es decir, resulta el producto del trabajo articulado de distintos estamentos del Estado.

Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires el Servicio Penitenciario Bonaerense elaboró otro proyecto de Protocolo de requisas para personas trans. Si bien se trata de un documento no aprobado oficialmente aún, fue observado por el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires.

Si bien fue considerado como una propuesta enmarcada en los avances normativos incorporados recientemente en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la ampliación de derechos civiles para las personas travestis, transgénero y transexuales en Argentina, aún no se han implementado acciones para reglamentar dichos reconocimientos.

Las principales observaciones realizadas por el organismo se enmarcan en que el proyecto carece de la perspectiva y profundidad necesaria para que esos avances sean considerados tales y concretos en el ámbito que se pretenden aplicar.

Así encuentra objeciones y reparos, por ejemplo, en cuanto al modo de construcción de los registros, pues las personas trans y travestis continúan siendo consideradas y tratadas por el Servicio Penitenciario Bonaerense sin el respeto a su identidad auto percibida.

Tampoco el proyecto canaliza de manera apropiada el mecanismo de los cacheos y requisas dentro del sistema de control en las unidades penitenciarias. Desde ya que no se pretende que ese control necesario no se lleve a cabo, pues aparece como resorte y garantía de la seguridad del establecimiento penitenciario (cuando es adecuadamente utilizado).

El Observatorio señala que el proyecto habilita, en su punto 7, prácticas invasivas en el momento de las requisas y cacheos.

IV. Consideraciones finales

La situación de encierro, en el marco de nuestro sistema normativo, resulta de por sí una pena grave que amerita un riguroso examen a quien tiene la función legal de controlarla. Cuando esa sanción, además, trae aparejada la vivencia de situaciones que agravan esa sanción fundadas exclusivamente en cuestiones de índole personalísimas como son la identidad de género o la orientación sexual de la persona sancionada, nos hallamos ante un claro embate al principio de dignidad propio del entramado normativo.

Los tratos discriminatorios sufridos por el colectivo trans en el ámbito penitenciario, no son más que un reflejo de la situación que padecen en el medio libre. En caso de no advertirlo expresamente corremos el riesgo de naturalizar una práctica que en modo

alguno habilita su aprobación a la luz de los derechos y garantías reconocidos en el bloque constitucional.

Si bien aparecen algunas muestras de avances, nos preguntamos si la cuestión planteada resulta un problema de falta de perspectiva de género, de incumplimiento normativo o es producto del diseño de una política criminal fragmentada que obstaculiza el acceso a la justicia en el marco de la vigencia plena de los derechos humanos, tanto dentro como fuera de prisión, o bien de todos esos puntos.

Posiblemente no encontremos respuestas únicas ni soluciones mágicas, pero sí una necesidad imperiosa de adecuar la normativa existente, contemplar la asimetría existente entre los géneros, avanzar con los programas de formación de la Ley Micaela, y por supuesto multiplicar las instancias interinstitucionales que problematicen, superen los diagnósticos para generar una práctica común humanista.

Bibliografía

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, (2015). Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América.
- DE LA FUENTE, JAVIER y SALDUNA, MARIANA, (2016). Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial: “El régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.
- DUQUE ACOSTA, CARLOS ANDRÉS, (2010). Judith Butler y la teoría de la performatividad de género, Revista de Educación y Pensamiento del Colegio Hispanoamericano, Nro. 17. ISSN virtual 2590-8340, España.
- MAFFÍA, DIANA (2017). Seminario abierto permanente “Género y sociedad”. Universidad de San Andrés. “Sexo, género, diversidades y disidencias sexuales”, Revista digital Narrativa. (Disponible en <https://www.narrativas.com.ar/424-2/>).
- MALACALZA, LAURANA (2019). Feminismos y política criminal. Una agenda feminista para la justicia. “Sobre los procesos de criminalización de mujeres trans y travestis en la provincia de Buenos Aires” Editorial INECIP, Buenos Aires. Disponible en <http://inecip.org/wp-content/uploads/2019/10/Feminismos-y-pol%C3%ADtica-criminal-2019.pdf>.
- PITCH, TAMAR, (2010). Anales de la Cátedra Francisco Suárez n°44. Sexo Género de y en el Derecho: el feminismo jurídico. Disponible en <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/515/605>.
- PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, (2016). La situación de los derechos humanos de las personas LGBTII en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal”, Disponible en <http://www.ppn.gov.ar/?q=Mujeres-en-prision-cuestion-de-genero-y-diversidad-sexual>.