

**Observaciones de la Defensa Pública de Costa Rica
Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la
Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad

**Defensa Pública, Poder Judicial Costa Rica
M.Sc. Juan Carlos Pérez Murillo
Director**

Tabla de Contenidos:

- I. Introducción y objeto de la solicitud de Opinión Consultiva
- II. Consideraciones generales en relación con las personas privadas de la libertad
 - a) Datos Estadísticos de la Población Privada de Libertad en Costa Rica
 - b) Política Penitenciaria de Costa Rica
 - c) Informes del Mecanismo Nacional para la Prevención de la TorturaRespuestas a las preguntas formuladas: Enfoques diferenciados:
- III. Sobre las mujeres privadas de la libertad embarazadas, en postparto y lactantes
- IV. Sobre las personas LGBT
- V. Sobre las personas indígenas
- VI. Sobre las personas adultas mayores
- VII. Sobre niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres
- VIII. Conclusiones

I. Introducción y Objeto de la solicitud de Opinión Consultiva

El 25 de noviembre de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) presentó ante esta Honorable Corte una solicitud de opinión consultiva sobre los enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad.

La Defensa Pública de Costa Rica saluda la iniciativa de la CIDH de solicitar a esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) una Opinión Consultiva que permita establecer estándares mínimos sobre los enfoques diferenciados para personas privadas de la libertad, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de poblaciones que enfrentan distintos factores de discriminación aunados a su condición común de privación de libertad, y que conforme a ello, deben gozar de una protección estatal que atienda cada una de sus necesidades específicas.

El SIDH fundamenta su quehacer en el respeto, tutela y garantía de las personas sin distinción de ninguna naturaleza, ello con fundamento en los artículos 1.1 y 24 de la CADH. Con relación a las mujeres privadas de la libertad, tanto la Convención Belém do Pará, como las Reglas de Bangkok y las Cien Reglas de Brasilia determinan las especiales condiciones de vulnerabilidad que pueden presentar las mujeres privadas de libertad, en especial durante el embarazo, post parto y lactancia.

Relativo a las personas LGTBI, los Principios de Yogyakarta, afirman las normas legales vinculantes que los Estados deben cumplir en tutela de las personas sexualmente diversas en razón de su identidad u orientación.

En materia de población originaria, el Convenio 169 de la OIT, determina la obligación de los Estados de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, respeto,

inclusión y progreso de las personas indígena, así como su cosmovisión e identidad histórica y cultural.

Finalmente, con relación a las personas adultas mayores, la Convención para protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores destaca los derechos y tutela de necesidades específicas que deben procurarse en esta etapa de la vida.

Todas estas obligaciones se intersecan en el marco del enfoque diferenciado para las personas PPL, de conformidad con el artículo 5 de la CADH, Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, remozadas por las Reglas Mandela en el año 2015 y Cien Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia para las poblaciones en condiciones de vulnerabilidad. Al efecto, las Reglas Mandela, disponen que la privación de libertad no tiene más objetivo que separar de manera temporal una persona del mundo exterior, manteniendo incólumes los restantes derechos, de conformidad con el enfoque de dignidad y respeto. Además de la obligación del Estado de garantizar durante el cumplimiento de la pena, la satisfacción de todas las necesidades materiales y emocionales de las PPL, al amparo del Principio de Normalidad, el encierro tiene como objeto la Inserción Social de manera oportuna y la construcción de un proyecto de vida para la persona PPL. Las Reglas Mandela abogan por un enfoque diferenciado en el tratamiento de las PPL, de conformidad con su identidad personal, sexo, edad, antecedentes o motivo de la detención (al efecto, ver las Reglas 5, 7 y 11) En igual sentido, garantizan la tutela del derecho a la salud (Regla 24) que en el caso de mujeres tiene un enfoque específico, en tanto proscrib el uso de mecanismos de coerción física (tanto durante el embarazo, por dar a luz, parto e inmediatamente posterior)Regla 28.

Por su parte, las Cien Reglas de Brasilia, delimitan las poblaciones en condición de vulnerabilidad, dentro de las que, la condición de mujer madre, indígenas, persona adulta mayor, persona perteneciente al colectivo LGTBI y menores con madres en prisión, engloban múltiples vulnerabilidades susceptibles de ser analizadas.

Sirven de fundamento para el análisis esbozado por la Defensa Pública de Costa Rica, los siguientes Instrumentos del Sistema Universal e Interamericano de Derechos Humanos, a saber:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos

Conforme lo disponen los numerales 3, 5, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal, los derechos a la vida, la libertad, dignidad y seguridad de las personas, la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, son garantías inherentes a la condición de ser humano.

Bajo esta mirada, ante la detención, el Estado debe rendir cuentas, explicar las decisiones que toma o las Políticas que promueve, de modo que no deje espacios a la negligencia, omisión o intención de causar daños a las personas privadas de libertad.

b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En sus numerales 11, 12, 13 y 15, disponen la obligación de los Estados de garantizar el derecho de las personas a mantener un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda adecuados, derechos que trascienden a la situación jurídica, siendo incluso una obligación estatal garantizar las mejores condiciones posibles, tomando en cuenta la relación de sujeción especial existente entre la persona privada de libertad y el Estado.

c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En sus numerales 7, 8, 9, 10 y 11 dispone expresamente la prohibición de la tortura, la relación de sujeción especial de la persona privada de libertad frente al Estado y la dignidad de la persona humana como ejes del quehacer de las Autoridades Estatales.

d) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo

Tanto la Convención como su Protocolo Facultativo, garantizan la vigilancia, el examen y la verificación de todos los procedimientos de detención o encierro de personas, con el propósito de evitar todo tipo de torturas y malos tratos.

e) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Define la tortura como un delito de lesa humanidad, estableciendo la obligación de los Estados de investigar sin incurrir en conductas que configuren tortura, tratos inhumanos, crueles y degradantes.

f) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Establece la obligación Estatal de tratar sin discriminación a las personas por motivos de raza, color, origen nacional o étnico. Destaca para los efectos de población privada de libertad, la garantía de acceder a la administración de justicia y autoridades administrativas en condiciones de igualdad.

g) Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo

Promueve la eliminación de prácticas socio culturales, económicas y sociales que de alguna manera promuevan o faciliten, por acción u omisión distinciones estructurales odiosas, basadas en el sexo, debiendo las autoridades Estatales atender en el encierro, las

especificidades propias de las mujeres, que han fomentado mayor vulnerabilidad de la experimentada históricamente por los varones.

h) Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer

Reconoce la violencia contra la mujer como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombre y mujer, debiendo los Estados aplicar Políticas encaminadas a la eliminación de la violencia para lo cual deberán, según lo indicado en el artículo 4:

- a) Abstenerse de practicar la violencia contra la mujer.
- b) Prevenir, investigar, castigar todo acto de violencia ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares.
- c) Establecer en la legislación nacional sanciones penales, civiles, laborales y administrativas para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres.
- d) Elaborar planes de acción nacionales de tipo preventivo, que fomenten la protección de la mujer, asistencia especializada, consignar presupuestos para desarrollar actividades para eliminar la violencia contra la mujer.
- e) Garantizar a las mujeres víctimas de violencia y sus hijos protección.
- f) Sensibilizar a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley respecto de las necesidades de la mujer.
- g) Modificar pautas sociales y culturales de comportamiento del hombre y la mujer y eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias basadas en la idea de la inferioridad o la superioridad en razón del sexo.

i) Declaración y Plataforma de Acción de Beijing

Hace hincapié en los actos considerados como violentos contra las mujeres, dispone la obligación Estatal de implementar medidas para promover la protección a favor de las

mujeres, la importancia del acceso a sistemas judiciales, soluciones justas y eficaces, políticas de protección, entre otras.

j) Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok)

Parten de la premisa que en privación de libertad, hombres y mujeres no deben ser tratados de igual manera, sino por el contrario deben promoverse el trato diferenciado, políticas sensibles de género, protegiendo a las mujeres: privadas de libertad que esperan sentencia o juicio, las que cuentan con medidas de protección, las que cumplen penas alternativas o no privativas de libertad, mujeres con hijos, así como la protección específica a las personas menores de edad con padres encarcelados.

k) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)

Contienen los principios básicos para promover las medidas no privativas de libertad, fomentar la participación de la comunidad en el cumplimiento de las sanciones, determinando el tratamiento que debe darse previo a la etapa de debate oral y público, el uso de la prisión preventiva como último recurso, la necesidad de recabar informes de investigación social a efecto de conocer las condiciones específicas de la persona investigada, la duración de las medidas ajustada a la conducta atribuida y la posibilidad de revisar y examinar las medidas aún ante incumplimiento, pues el fracaso de la medida no implica la imposición de sanciones privativas de libertad de manera preferente, pudiendo ajustarse los planes de cumplimiento siempre que se justifique esta necesidad.

l) Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de oficiales encargados de hacer cumplir la ley

Mediante los Principios 4, 5, 6, 7, 9, 10, 15, 16, 17, disponen en la medida de lo posible el uso de medios de contención no violentos, antes de recurrir a la fuerza o a las armas de fuego. Los funcionarios públicos que tengan a su cargo población privada de libertad se limitarán a ejercer la fuerza en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga; reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana; procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas y procurarán notificar lo sucedido, con la mayor brevedad, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

Los Estados investigarán los casos en que se provoquen lesiones o muertes con ocasión del uso de armas de fuego. Asimismo, investigarán penalmente el empleo arbitrario o uso abusivo de la fuerza por parte de funcionarios públicos.

m) Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos

Proponen en las Reglas 30, 31, 32, 33, 34 la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, prohíben cualquier tipo de castigo corporal, sanciones de aislamiento, restricción de alimentos, cualquier sanción que implique perjuicio físico o mental, la obligación Estatal de brindar abordaje médico a las personas detenidas y la prohibición de utilizar medios de coerción tales como esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza, salvo en los siguientes supuestos:

- a) Como medida de precaución en caso de una evasión, siempre que sean removidos al presentar a la persona detenida ante una autoridad judicial o administrativa.
- b) Por razones médicas e indicación expresa.
- c) Si han fracasado otros medios para evitar que la persona resulte peligrosa para sí o para terceros.

n) Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión

Los Principios 1, 3, 6, 8 y 21 disponen que cualquier persona sometida a detención deberá ser tratada humanamente y con el respeto inherente a su dignidad, sin ningún tipo de restricción a los derechos de la persona privada de libertad, en razón de su situación jurídica, con prohibición expresa para torturar, tratar de manera cruel y degradante o abusar física o mentalmente de la persona sometida a detención.

o) Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Reconoce en su preámbulo como la trata de personas tiene sus raíces en las condiciones sociales y económicas de los países de origen de las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias e impulsado por la cruel indiferencia del sufrimiento humano, asumiendo los Estados la obligación de prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas especialmente mujeres y niños (artículo 3) y proteger y ayudar a las víctimas respetando de manera plena sus derechos humanos.

p) Convenio para la represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena

Este instrumento internacional en su artículo 6 prohíbe el control o identificación de personas prostituidas en tanto que el artículo 16 establece que los Estados parte deben adoptar medidas para prevenir la prostitución y para la rehabilitación de las personas sobrevivientes de prostitución implantando servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y prevención para las personas migrantes dirigidas a combatir el tráfico de personas para fines de prostitución.

q) Reglas Mandela

Actualizan el contenido de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, garantizando la protección de las personas privadas de libertad por ser uno de los grupos más vulnerables de sufrir abusos y malos tratos.

Si bien no describen una privación de libertad “modelo” definen como los fines del encierro, la tutela de la dignidad humana, la prohibición de la tortura y la búsqueda de la reinserción social como el fin de la privación de libertad.

Determina la forma en que deben gestionarse los expedientes de las personas privadas de libertad, el derecho a acceder a servicios de salud, la prevención del conflicto mediante el uso de medidas de mediación y solución alternativa de controversias de frente al uso de la fuerza, el derecho de información y queja de las personas detenidas y el contacto con el mundo exterior en aplicación del principio de normalización.

r) Convención sobre los Derechos del Niño

Define las garantías especiales que deben tener las personas menores de edad, por resultar personas en desarrollo y que aún no han completado su proceso de formación, clasificándoles en tres categorías:

De protección: como el derecho a la vida, la convivencia familiar, o contra todo tipo de abusos, violencia o explotación.

De provisión: cuidados sanitarios, educación, medio ambiente saludable, adecuado desarrollo físico, moral o espiritual.

De participación: identidad, nacionalidad, recibir información.

Transversaliza la garantía de protección no solamente a la persona menor de edad privada de libertad, sino además a los niños y niñas con familiares en esa condición, cuyos derechos deben ser efectivamente garantizados.

En el caso de menores de edad, lactantes y de primera infancia, deberá facilitarse el acceso a sus padres privados de libertad, en las mismas condiciones que si sus padres se encontraran en libertad, en protección del Interés Superior del Menor.

s) Convención Internacional sobre la Protección Internacional de los Trabajadores Migrantes y de todas sus familias

En los numerales 17 y siguientes dispone el derecho de los trabajadores privados de libertad o sus familiares de ser tratados humanamente, respetando su diversidad cultural. Las personas privadas de libertad migrantes tienen derecho a un análisis integral de su condición en aras de procurar un trato ajustado a sus necesidades y especificidades.

t) Principios de Ética Médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, disponen en su Principio I, la obligación del personal médico, encargados de atención en salud que atiendan a personas detenidas de su deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas, tratar sus enfermedades en el mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas.

u) Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Observación General No. 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes Establece que la finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado, la garantía incluye no solamente la lesión física sino además moral que se pueda provocar a la población privada de libertad.

Observación General No. 21: Trato humano de las personas privadas de libertad Dispone la obligación de los Estados de proveer a las personas detenidas o encarceladas acceso a la información y recursos jurídicos eficaces que les permitan hacer respetar las reglas que disponen la obligación de evitar los tratos inhumanos, crueles y degradantes así como la posibilidad de denunciar su incumplimiento y obtener la restitución de sus derechos fundamentales. Igualmente establece la necesidad de la individualización y clasificación de los condenados, la necesidad de contar con expreso régimen disciplinario, prohibición del confinamiento solitario y la detención en régimen de alta seguridad, así como las condiciones de comunicación de los condenados con el mundo exterior (familiares, abogados, servicios médicos y sociales, ONG) y la compensación adecuada en casos de violación.

v) Resolución 21/23 Derechos Humanos de las Personas de Edad

Exhorta a los Estados a garantizar el pleno disfrute de los derechos de este grupo social, adoptar medidas contra la discriminación por edad, negligencia, violencia, integración social y asistencia sanitaria adecuada.

w) Convenio número 169 del Organización Internacional del Trabajo

El convenio se fundamenta en el respeto a las culturas y las formas de vida de los pueblos indígenas y reconoce sus derechos sobre las tierras y los recursos naturales, así como el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.

El objetivo del Convenio 169 es superar las prácticas discriminatorias que afectan a estos pueblos y hacer posible que participen en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas, por lo que los principios fundamentales de consulta previa y participación constituyen su piedra angular.

x) Principios de Yogyakarta

Los Principios de Yogyakarta son una serie de principios sobre la forma en que se debe aplicar la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Los Principios, ratifican estándares legales internacionales vinculantes que los Estados deben cumplir. Prometen un futuro diferente, donde todas las personas, habiendo nacido libres e iguales en dignidad y derechos, podrán ejercer ese precioso derecho adquirido al momento de nacer. Se refieren a una amplia gama de derechos humanos y cómo se aplican en cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Entre otros, se incluyen: ejecuciones extralegales, violencia y tortura, acceso a la justicia, privacidad, no discriminación, los derechos de libertad de expresión y reunión, empleo, salud, educación, cuestiones de migración y refugiados, participación pública y una variedad de otros derechos.

y) Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención recoge los derechos de las personas con discapacidad y tiene como fin promover, proteger y asegurar esos derechos, evitar la discriminación de esta población así como garantizar el reconocimiento pleno del respeto a la diversidad, la necesidad de ajustes razonables, diseño universal. En la Convención se establecen también dos mecanismos de aplicación: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargado de supervisar la aplicación de la Convención y la Conferencia de los Estados Partes, encargada de examinar cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención y la tutela de los siguientes derechos:

- a) Igualdad ante la ley sin discriminación;
- b) Derecho a la vida, la libertad y la seguridad de la persona;
- c) Igual reconocimiento ante la ley y capacidad jurídica;
- d) Protección contra la tortura;
- e) Protección contra la explotación, la violencia y el abuso;
- f) Derecho al respeto de la integridad física y mental;
- g) Libertad de desplazamiento y nacionalidad;

- h) Derecho a vivir en la comunidad;
- i) Libertad de expresión y de opinión;
- j) Respeto de la privacidad;
- k) Respeto del hogar y de la familia;
- l) Derecho a la educación;
- m) Derecho a la salud;
- n) Derecho al trabajo;
- o) Derecho a un nivel de vida adecuado;
- p) Derecho a participar en la vida Política y pública;
- q) Derecho a participar en la vida cultural

z) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Este instrumento del sistema interamericano garantiza en su numeral 1 el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de las personas.

A partir del numeral 25 consagra la protección contra detenciones arbitrarias y el derecho a un tratamiento humano durante el período de detención.

aa) Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José

Consagra la protección a la integridad personal en su artículo 5, misma que incluye no solamente la integridad física y psíquica, sino además la moral. Dispone que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, garantizado que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, los principios de separación por categoría y la finalidad de las penas privativas de libertad que no puede ser otra que la reforma o readaptación, hoy entendida como la inserción social de la persona sentenciada al amparo del principio de normalización.

bb) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Dispone expresamente en su artículo 3 que serán responsables del delito de tortura: a) los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. b) las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices, sin que puedan justificarse tratos crueles, inhumanos o degradantes en la peligrosidad del sujeto o la inseguridad del establecimiento en donde se encuentra albergado.

Los numerales 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de manera expresa disponen el compromiso estatal de prevenir y sancionar la tortura, los tratos inhumanos, crueles o degradantes, e investigar de manera eficiente este tipo de conductas.

cc) OEA. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas

Conforme con los demás instrumentos jurídicos referidos, consagra en el Principio I el trato humano como una obligación de cada uno de los cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos para con las personas, con irrestricto respeto a la dignidad, derechos y garantías fundamentales.

dd) Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad

La Cumbre Judicial Iberoamericana, consideró la elaboración de Reglas Básicas relativas al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, de manera que se definen mediante éstas, las bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, recoge recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial,

promueve Políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia sin discriminación alguna, siendo de carácter obligatorio para el Poder Judicial, el Ministerio Público, las Defensorías Públicas u Oficiales y en general todas las personas que en ejercicio de sus funciones tengan contacto con los grupos en condición de vulnerabilidad.

ee) Principios de Ética Médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, disponen en su Principio I, la obligación del personal médico, encargados de atención en salud que atiendan a personas detenidas de su deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas, tratar sus enfermedades en el mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas.

ff) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Belem do Pará)

Establece por violencia contra la mujer, cualquier conducta, acción, basada en el género que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual, psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como privado, reconociendo el derecho de gozar y disfrutar de la protección de todos los derechos humanos y las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales de derechos humanos (artículos 2, 4, 6, 7, 8).

gg) Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Principios y Buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas

Considerando la dignidad humana y los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad de ser tratadas humanamente, destaca la obligación de garantizar:

- a) respeto al debido proceso penal.
- b) la protección de los principios y garantías fundamentales.
- c) el incremento en la vulnerabilidad de la persona cuando se encuentra privada de libertad.
- d) distingue en su principio II la posibilidad de proteger los derechos de las mujeres embarazadas y madres lactantes.
- e) la proscripción de todo trato cruel, inhumano o degradante así como el uso de la fuerza.
- f) el derecho a la salud.
- g) a la atención médica especializada.
- h) Protección frente al tratamiento coercitivo.
- i) La utilización de mecanismos alternativos a los registros intrusivos vaginales y anales los que deben ser prohibidos por ley.
- j) Sometimiento a los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad.
- k) Prohibición del aislamiento o limitación al menor tiempo posible.
- l) Garantía del debido proceso en caso de sanciones administrativas.
- m) Prohibición del transporte en males condiciones de ventilación o luz o por cualquier medio que impongan sufrimiento físico.
- n) Acceso a ventilación, iluminación, agua potable y servicios básicos.
- o) Acceso a asistencia jurídica y a plantear recursos ante autoridades independientes e imparciales, incluyendo el recurso ante autoridad judicial (recurso sencillo, rápido y eficaz).
- p) Derecho a la salud, alimentación, alerta temprana en caso de emergencias.
- q) Prohibición de discriminación y respeto a dietas especiales, respeto a los preceptos religiosos y culturales.
- r) Tutela de personas adultas mayores y menores de edad.
- s) Derecho a comunicarse, recibir valores y efectos desde el exterior.
- t) Contacto con familiares, sedes consulares.
- u) Atención específica para personas con discapacidad psicosocial.

hh) Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia

Reconoce la discriminación como un flagelo, la discriminación directa e indirecta así como la discriminación agravada, consagrando el derecho a la igualdad, al reconocimiento de los

derechos humanos y la protección y la promoción de acciones afirmativas para prevenir y erradicar la discriminación.

ii) Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de intolerancia

Reconoce el flagelo de la discriminación por razón de las características fenotípicas o genotípicas de la persona y sus rasgos físicos, culturales, intelectuales, culturales y de personalidad. Garantizando el derecho a la igualdad (artículo 2) al reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos fundamentales (artículo 3) mecanismos de protección y seguimiento (capítulo IV)

jj) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las personas con Discapacidad

Dispone en sus artículos 2 y 3 la obligación Estatal de prevenir y sancionar la discriminación y promover la integración social de las personas con discapacidad. Define los mecanismos legales a partir de los cuales, el Estado garantiza el acceso efectivo de la población con discapacidad psicosocial a todos los servicios que requiera y asegurar el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales.

kk) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas Adultas Mayores

Promueve, protege y asegura el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores, con el fin de contribuir a su inclusión, integración y participación en sociedad.

Establece el derecho a servicios de salud integrados, envejecimiento digno, cuidados a corto y largo plazo, así como la obligación estatal de tutelar los siguientes principios:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.
- d) La igualdad y no discriminación.
- e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- f) El bienestar y cuidado.
- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.
- n) La protección judicial efectiva.
- o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

II) Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)

Consagra el derecho a la auto identificación, el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, la plena vigencia de los derechos humanos y los derechos colectivos, de especial interés y trascendencia para los pueblos originarios, el derecho a la igualdad de género, a mantener su identidad cultural, la salud, el autogobierno y la jurisdicción indígena.

mm) Declaración Conjunta de los miembros fundadores del grupo de apoyo LGTBI y la OEA, 15 de junio de 2016

Promueve en los estados americanos la protección a la diversidad sexual, con la finalidad de que las personas vivan libres de violencia y discriminación con base en la orientación sexual y expresión de género, reconociendo la importancia de abordar las formas de discriminación por esta razón.

nn) Asamblea General de la OEA AG/RES.2435 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2600 (XL-O/10), AG/RES. 2653 (XLI-O/11), AG/RES.2721 (XLII-O/12), AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), y AG/RES. 2863 (XLIVO/14), “Derechos Humanos, orientación sexual, identidad y expresión de género”

Disponen la necesidad de luchar contra la homofobia, transfobia, lesbofobia y todas las formas de discriminación y situaciones de violencia que limitan el ejercicio de los derechos humanos de la población LGTBI.

II. Consideraciones generales en relación con las personas privadas de la libertad

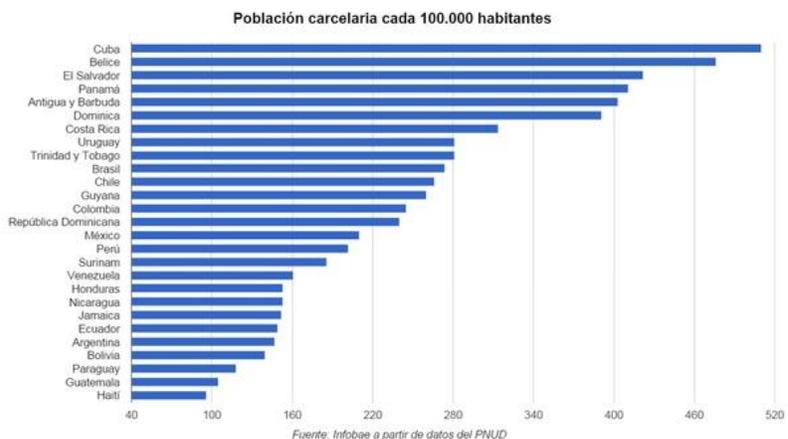
En su solicitud de Opinión Consultiva, la CIDH formula una primera pregunta de carácter general:

En lo atinente a la protección de personas en especial situación de vulnerabilidad como mujeres embarazadas, en posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas adultas; y niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres ¿es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas o enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias específicas no afecten en lo referente a sus condiciones de detención como en relación con los recursos que sean interpuestos para proteger sus derechos en el contexto de la privación de la libertad? De ser así, ¿qué implicaciones concretas tiene el contenido de los derechos involucrados en tales artículos en el alcance de las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia?

Al respecto, resulta necesario hacer las siguientes consideraciones:

Se estima que en el mundo hay alrededor de 11 millones de personas privadas de libertad. La tasa de encierro en América Central es en promedio de 315 personas por cada cien mil habitantes, siendo El Salvador el país que más personas encierra, con 609 personas por cada cien mil habitantes y Guatemala el país con la menor tasa de encierro, con un total de 136 personas detenidas por cada cien mil habitantes¹.

Costa Rica, mantenía para el mes de octubre del año 2020, un total de 21 138 personas en el Nivel Institucional o Cerrado y Semi Institucional (incluida la población penal juvenil), con una tasa de encarcelamiento de 395 personas por cada cien mil habitantes, ocupando el quinto lugar a nivel de América Latina, el tercero a nivel de América Central y el puesto número diecinueve a nivel mundial² lo que nos permite considerar que el Estado Costarricense ha optado por el encierro, como la primera medida para resolver el conflicto



social provocado por el delito.

Gráfico 1. Población carcelaria por cada cien mil habitantes. Fuente PNUD.

La población privada de libertad en Costa Rica, según el Informe del Estado de la Nación del año 2019, tiene las siguientes características socio demográficas:

- a) El grueso de la población penitenciaria está en un rango entre los 26 y los 45 años (el 64%).

¹ Así referido por el World Prison Brief, 2017 del Institute for Criminal Policy Research, ubicable en <http://www.prisonstudies.org/> consultado por última vez el 28 de octubre 1 de 2020.

² <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44047889> consultado por última vez el 28 de octubre de 2020. En este sitio web se cita el estudio realizado por el Centro de Investigaciones Sociodemográficas Pew Research Center.

- b) La población de 18 a los 25 años corresponde al 14.4%.
- c) La población privada de libertad costarricense representa un 87% en tanto la extranjera un 13%.
- d) La mitad de la población privada de libertad se define soltera o en unión de hecho y el 49% en relación de pareja (matrimonio o unión de hecho).
- e) En cuanto a la ocupación, las tres principales reportadas corresponden a: comercio, construcción y peones agrícolas, actividades tradicionalmente desempeñadas por varones. Las mujeres reportan actividades no remuneradas en su mayoría y dedicadas a labores del hogar o de cuidado.
- f) Las actividades remuneradas reportadas por las mujeres, son en su mayoría en actividades informales o servicios domésticos para terceras personas.
- g) La escolaridad de la población privada de libertad se concentra en primaria completa y secundaria incompleta, con alrededor de un 4% de personas sin alfabetizar.
- h) El 73% de los hombres privados de libertad reportó no tener hijos, el 9% un hijo y el 7.2% dos hijos. En el caso de las mujeres, el 76% refirió ser madre.³

En este contexto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado de manera sistemática, que en América Latina los problemas más graves y extendidos de la población privada de libertad son:

- a) El hacinamiento y la sobrepoblación.
- b) Las deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas como relativas a la falta de provisión de servicios básicos.
- c) Los altos índices de violencia carcelaria y la falta de control efectivo de las autoridades.
- d) El empleo de tortura, tratos crueles y degradantes.
- e) El uso excesivo de la fuerza por parte de las autoridades policiales.
- f) El uso excesivo de la prisión preventiva, lo cual repercute en la sobrepoblación carcelaria.

³ <https://www.estadonacion.or.cr/justicia2017/assets/londono%2C-m.-2019.pdf> consultado por última vez el 28 de octubre de 2020.

g) La ausencia de medidas efectivas para la protección de poblaciones vulnerables⁴.

La discriminación estructural manifestada en esas cifras y condiciones de permanencia, aunado al hecho de que las personas privadas de libertad pueden sufrir múltiples formas de discriminación por causas conexas, tales como edad, género, idioma, religión, origen social, discapacidad, orientación sexual e identidad de género, hacen manifiesta la necesidad de contar con enfoques diferenciados de poblaciones privadas de libertad en condición de vulnerabilidad.

La Cumbre Judicial Iberoamericana, dentro del marco de los trabajos de su XIV Edición, consideró necesaria la elaboración de unas Reglas Básicas relativas al acceso a la Justicia para las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, actualizadas y remozadas durante el año 2019. Esta es una instancia que une a los Poderes Judiciales de veintitrés países de Iberoamérica con el propósito de definir y desarrollar acciones comunes para el mejoramiento de la administración de justicia.

a) Datos Estadísticos de la Población Privada de Libertad en Costa Rica

Al finalizar el año 2019, el Ministerio de Justicia y Paz, atendió 36 173 personas que ingresaron a los distintos niveles o programas de atención a cargo de la Dirección General de Adaptación Social.

Desagregando los datos en los diferentes niveles de atención, determinamos que la carga en volumen parece ser el Nivel de Atención en Comunidad con el 46%, continuado por el 38% del Nivel de Atención Institucional. No obstante, pese a las cantidades de personas atendidas, el Programa Institucional lo hizo con 19 instalaciones o Centros de Atención, en tanto el Programa de Atención en Comunidad lo hizo con 14 respectivamente. El resto de Programas,

⁴ CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011 en <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf> consultado por última vez 28 de octubre de 2020 .

igualmente importantes, lo agrupan el Nivel o Programa Semi Institucional, el Programa Penal Juvenil y la Unidad Especializada de Vigilancia Electrónica con el 13%, 2% y 1% en ese orden. Es fundamental denotar que la Unidad Especializada de Vigilancia o Monitoreo Electrónico, ha venido presentando un incremento importante en su población y actualmente mantiene un total de 1799 personas.

Con respecto a la situación jurídica de la población, el Ministerio de Justicia y Paz registró que 15 701 personas correspondían a personas privadas de libertad, de las cuales 12 225 son condenadas, 3083 personas ubicadas en el Nivel Semi Institucional, 208 personas en el nivel penal juvenil, 555 personas sometidas a sanciones alternativas, 67 personas ubicadas en CAPEMCOL.

En total, en el nivel cerrado, el Ministerio de Justicia y Paz determinó que un 93% de la población albergada o sometida a algún tipo de control corresponde a hombres y un 7% a mujeres. La población ubicada en el CAI Vilma Curling Rivera era de 567 mujeres y en el CAI Liberia, 15 mujeres. En el Programa de Vigilancia Electrónica varían estos datos estadísticos, registrándose un 14% de población femenina, frente a un 86% de población masculina.

La relación entre la población total administrada por Adaptación Social y población penitenciaria (nivel cerrado) propiamente durante el año el 2019-2020 fue de un valor alcanzado del 54%, con una tasa de encierro de 395 personas por cada cien mil habitantes⁷, variando en 21 personas por cada cien mil habitantes, del dato referenciado por el Informe World Prison Brief, 2017 del Institute for Criminal Policy Research.

Mención aparte, el Centro de Atención para Población con Enfermedad Mental en Conflicto con la ley penal que alberga a la población con discapacidad psicosocial que cumple medida de seguridad o medida cautelar de internamiento por observación. Para el mes de octubre de 2020, CAPEMCOL, con una capacidad real de 75 camas, mantenía en sus instalaciones 67 personas- todos varones- además de 6 mujeres que cumplían medida cautelar o de seguridad en el Hospital Nacional Psiquiátrico. Con respecto a esta población en condición de vulnerabilidad, su situación se agrava por cuanto a la fecha no existe un Centro Especializado que cuente con la estructura física adecuada para brindar la atención médica y

técnica que requiere, a pesar del contenido de la resolución de la Sala Constitucional número 2009- 4555 del 20 de marzo de 2009.

En el caso de los centros penales, de los 19 existentes, 17 cuentan con Medidas Correctivas dictadas por los Juzgados de Ejecución de la Pena del país, en virtud de no ajustarse a las condiciones mínimas de habitabilidad establecidas por el marco jurídico nacional y los Instrumentos Internacionales.

La población privada de libertad que cumple prisión preventiva representa un 19.7% del total de las personas sometidas a algún tipo de restricción ambulatoria, un 78.32% corresponde a población sentenciada con sentencia firme y un 1.96% a población con apremio corporal por pensión alimentaria.

Las cifras son reveladoras: De un análisis retrospectivo del último quinquenio, encontramos que para el año 2015 el sistema penitenciario costarricense albergaba 13 988 personas detenidas. Durante los años 2016 y 2017 se reubicó a programas de menor contención un total de 5 410 personas, no obstante, para el año 2017 el nivel cerrado albergaba 13 832 personas, es decir, 156 personas menos que en el año 2015. Al primer semestre del año 2018 se reporta una ocupación real de 15 016 personas y a la fecha mantienen 15 701 personas con una importante disminución en la reubicación de la población privada de libertad en espacios de menor contención.

Según lo detalla el Informe del Estado de la Justicia, para el año 2017, algunos elementos que inciden en el aumento de la población privada de libertad son:

- a) El aumento de las sentencias condenatorias.
- b) La entrada en funcionamiento de los tribunales de flagrancia en el año 2008.
- c) La frecuencia y duración de la prisión preventiva.

Lo anterior ha provocado que la población privada de libertad sea mayoritariamente joven, (el 55.5% tiene 35 años o menos) personas con formación académica baja, acceso a empleos informales y mal remunerados, 9 de cada 10 personas detenidas son costarricenses,

desmitificando la idea de que la migración aumenta la inseguridad ciudadana. Un 60% cuenta con primaria incompleta, lo que evidencia una población estructuralmente vulnerable.

b) Política Penitenciaria de Costa Rica

En el mes de febrero del año 2018, el Ministerio de Justicia y Paz presentó la Política Penitenciaria: Científica y Humanista. Un esfuerzo institucional dirigido a generar una propuesta estratégica y de coordinación en el tratamiento de la cuestión carcelaria, mediante la sistematización de líneas estratégicas en el nivel operativo y visibilizando una población históricamente olvidada. A través de la Política Penitenciaria se promueve el abordaje de tres ejes de atención específicos:

Eje de desarrollo humano: promoviendo el desarrollo de habilidades específicas para la inserción social integral tanto laboral como educativo, promoviendo la pertenencia a la comunidad en un esfuerzo por combatir la estigmatización del encierro (involucra el derecho al trabajo, a la educación, inclusión cultural e inserción social, así como la atención de poblaciones vulnerables)

Eje de condiciones ambientales y físico estructurales: dirigido al enfoque de respeto a los derechos humanos en los espacios físicos (infraestructura penitenciaria) posibilitando además de la privación de libertad, la práctica de actividades educativas, laborales, culturales desde la perspectiva de desarrollo humano (supone la mejora de la infraestructura, mobiliario y condiciones ambientales del sistema penitenciario).

Eje de prevención del riesgo y la violencia: promoviendo la ubicación de la población por características personales, creación de una policía humanista, aplicación de técnicas de resolución de conflictos alternativa y la promoción de la paz (mediante la agrupación diferenciada, la promoción de la cultura de paz y la salud integral y la mejora de las condiciones de seguridad).

Estos ejes pueden ser atendidos en el tanto se logre una articulación con los responsables de la Política criminal, la creación de espacios de diálogo y trabajo conjunto con los órganos judiciales, como el Ministerio Público, Jueces de Ejecución de la Pena, Defensa Pública, Organismo de Investigación Judicial y Jueces de la Etapa Preparatoria, Intermedia y de Debate.

La Política Penitenciaria aprobada está definida por los siguientes enfoques orientadores:

Enfoque de atención a la diversidad de personas involucradas en el sistema (identidad de género, orientación sexual, menores de edad, adultos mayores, hombres, mujeres, etnias y cualquier otra) potenciando la inclusión pero manteniendo como premisa las específicas necesidades de las personas que son sometidas a encierro.

Equidad e igualdad de género, reconociendo las especificidades de la delincuencia femenina, las necesidades de abordajes técnico y atención profesional específicos, considerando que la mayoría de las mujeres privadas de libertad son responsables de sus familiares (hijos e hijas, adultos mayores, personas con discapacidad psicosocial) jefas de hogar, con trabajo informal o labores domésticas remuneradas, en condición de pobreza y estadísticamente, en aumento.

c) Informes del Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura

El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura es un órgano creado por el derecho convencional, con la aprobación por parte del Estado costarricense del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Su mandato está contenido en el artículo 19 del Protocolo y en el artículo 5 de la Ley de creación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura así como el numeral 4 del Reglamento de la Ley de creación.

Con fundamento en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se dispuso la importancia de la labor de monitoreo de espacios de detención. Algunos aspectos subrayados de manera sistemática por este órgano son:

a) Importancia de una infraestructura en buenas condiciones: Ha señalado el Mecanismo la importancia de contar con espacios de detención que si bien garanticen que las personas no se evadan, sean seguros para la integridad física de la persona detenida, se respete la dignidad humana, con espacio suficiente, exposición diaria a luz natural, ventilación, calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas de la zona, con cama individual, ropa de cama apropiada y condiciones para el descanso nocturno. La dimensión de estos espacios debe ser de entre 3.4 y 5.4 metros cuadrados (como mínimo) según lo establecido por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

b) Separación por categorías: Es imprescindible que en los lugares de detención se separen los hombres de las mujeres, los menores de edad de los adultos, las personas LGTBI, las personas adultas mayores, las personas apremiadas de las personas con delitos comunes y las personas con discapacidad psicosocial.

c) Tiempo de permanencia de las personas en celdas de tránsito: Conforme lo preceptuado por la Sala Constitucional de Costa Rica, las personas no permanecerán más de 72 horas en celdas de tránsito una vez definida su situación jurídica.

d) Condiciones laborales del personal: Con la finalidad de disminuir los factores de riesgo de tortura, malos tratos, abuso y la negligencia en los lugares de detención, es importante garantizar a los agentes estatales condiciones idóneas de trabajo que impacten significativamente el desempeño de sus funciones.

e) Importancia de salud, control y orden: además de los factores de seguridad propios de la función de custodia de personas privadas de libertad (que supone las labores de supervisión de los espacios de aprehensión y de potenciales riesgos de autoagresión o intentos de autoeliminación) debe procurarse garantizar la salud de las personas detenidas, la existencia de registros y aplicación de salvaguardias, señalando la identidad de la persona detenida, día , hora y lugar donde la persona fue privada de libertad, autoridad que ordenó esta privación, motivos, autoridad que controla la privación de libertad, elementos relativos a la integridad física de la persona privada de libertad, circunstancias y causas del

fallecimiento y el destino de los restos de la persona fallecida, día y hora de la liberación o del traslado a otro lugar de detención, el destino y autoridad a cargo del traslado.

Otros ejes temáticos de reiterado análisis por parte del Mecanismo, son:

- a) Definición de lineamientos, directrices y circulares que regulan la permanencia en los espacios de detención.
- b) Reglamentación de la acción policial durante la aprehensión, custodia, traslado de la persona privada de libertad.
- c) Personal capacitado en el eje de derechos humanos.

Sobre las preguntas planteadas: Enfoques diferenciados:

III. Mujeres privadas de libertad embarazadas, en postparto y lactantes

a) ¿Cómo se refleja la vulnerabilidad de las mujeres dentro del sistema penitenciario en Costa Rica?

La información disponible advierte que una inmensa mayoría de las mujeres que enfrentan el encarcelamiento en nuestro país, son las responsables directas de sus familiares, especialmente de sus hijos e hijas. En el 2015, en el “Diagnóstico de necesidades de mujeres privadas de libertad en el Centro de Atención Institucional (CAI) Buen Pastor” (hoy llamado Vilma Curling Rivera), se entrevistó a una muestra de 100 mujeres, con el siguiente resultado: El 85 % de las mujeres entrevistadas reportó tener hijos e hijas, con un promedio de tres que en su mayoría dependían de ellas antes del ingreso a la cárcel, el 60 % de los familiares que dependen de ellas son sus hijos menores, seguido por un 18 % que corresponde a padres y, atrás, un 11 % que tienen a cargo a sus nietos. Esta información fue confirmada al año siguiente con la investigación desarrollada por la Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano. Muchas mujeres, sobre todo las que tienen la jefatura del hogar, dadas las dificultades que enfrentan para conseguir un trabajo remunerado, optan por la incorporación al sector informal.

Esta realidad, queda retratada en el análisis de las condiciones de vida de las mujeres que se encuentran privadas de libertad. Solo el 15 % de las mujeres reclusas trabajaban en comercio formal, en cambio, un 85 % se desempeñaba en actividades informales como ventas ambulantes, labores domésticas remuneradas y servicios. De acuerdo a este trabajo, el 44 % de las entrevistadas tenían ingresos mensuales menores a 100 mil colones. Por otro lado, no puede dejar de mencionarse que cerca de un 70 % de las mujeres privadas de libertad, lo están por delitos patrimoniales o de tráfico de drogas, ilícitos que suelen vincularse a la pobreza. En el caso de la infracción a la Ley de psicotrópicos vigente (8204) los delitos cometidos por las mujeres corresponden a ventas al menudeo. En el mismo sentido, un 71 % de las mujeres entrevistadas expresaron haber tenido dificultades para encontrar trabajo antes de ingresar al centro, el 75 % refirió vivir en situación de pobreza. Apenas un 32 % era reincidente, lo que demuestra que el quehacer delictivo está vinculado a condiciones de vulnerabilidad y no a una habitualidad.

Un elemento de importancia que se debe tomar en cuenta al abordar los procesos penales contra las mujeres se relaciona con su mayor vulnerabilidad en relación con la violencia. Esto se confirma con el “Diagnóstico realizado en el CAI Buen Pastor en 2015” ya referido: Casi la mitad de las entrevistadas señaló haber sido víctima de violencia de género: (violencia emocional un 35 % y de violencia física el 32 %). Esto es, 6 de cada 10 mujeres presas fueron víctimas de violencia. Finalmente, de acuerdo con la información aportada por las mujeres, el ingreso a prisión tuvo un impacto directo sobre la situación familiar: un 26 % afrontó pobreza extrema, un 49 % sufrió algún tipo de afectación emocional, un 13 % cayó en exclusión escolar y un 17 % manifestó que la reclusión de la mujer generó la separación de las personas que integraban el grupo familiar.

Como corolario de lo señalado, se puede definir el perfil criminológico de las mujeres privadas de libertad: un 11 % se encuentra allí como consecuencia de haber cometido delitos contra la vida, un 26 % descuenta condenas por delitos contra la propiedad y un 54 % de las mujeres presas están encerradas por delitos relacionados con la ley de psicotrópicos. Las demás categorías delictivas combinadas aportan el restante 9 %

(Dirección General de Adaptación Social, 2018). Dicho de otro modo, los patrones delictivos parecen desaconsejar la necesidad de que a las mujeres se les albergue, como ocurre hoy día, en módulos cuyo diseño apunta a reclusos de alta peligrosidad, con un diseño andrógino, sin una arquitectura con perspectiva de género. En definitiva, puede decirse que las mujeres que delinquen reflejan una estructura social desigual, lo cual queda evidenciado en las condiciones de vida previas a la comisión de un ilícito, por lo que la respuesta estatal debería ser conteste con identificar y atender esa desigualdad.

b) Mujeres privadas de libertad, mujeres embarazadas y madres con niños a su cargo

La privación de libertad de las mujeres madres, implica un impacto gravísimo a la relación materno filial, así como al desarrollo de las personas menores de edad, dependientes de éstas. Así lo refiere el Informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias⁵.

La situación de las mujeres embarazadas genera una preocupación particular, ya que las cárceles son per se un lugar inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y atención especializada que ellas requieren, mientras que el alumbramiento en el encierro – por los niveles de ansiedad y estrés que genera– tiene directa incidencia en la salud física y emocional de los niños y niñas.

Los efectos de la detención (aún la preventiva) también suele impactar en las posibilidades de reinserción de las mujeres cuando recuperan la libertad, pues se reducen sus posibilidades para encontrar trabajo y vivienda y se profundizan los problemas económicos. La Representación Cuáquera ante Naciones Unidas ha señalado: “Los efectos de incluso un período relativamente corto en prisión son por lo común devastadores para una mujer que no ha sido todavía juzgada, particularmente si es única cuidadora de sus hijos/as. Una mujer que habite en una vivienda no segura o rentada, por lo general la perderá. Si tiene un trabajo, casi con seguridad lo perderá. Luego, al salir de prisión, tendrá problemas para hallar una

⁵ Informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, causas y consecuencias, citado por Defensoría General de la Nación Punción y maternidad: acceso al arresto domiciliario, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2015, p.15.

vivienda segura. Es común que una madre cuyos hijos han sido colocados en instituciones del gobierno o al cuidado de otra(s) persona(s) no pueda recuperar la custodia de ellos a menos que cuente con una vivienda y medios para mantener a los/as niños/as”⁶

Los instrumentos generales de protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, brindan un marco de protección tanto para las mujeres encarceladas como para sus hijos e hijas: reconocen las garantías en el cumplimiento de la sanción penal, a saber: igualdad y no discriminación, a la dignidad, a la integridad, a una vida digna, a la protección de la familia, a la protección especial del embarazo y del interés superior de niñas, niños y adolescentes, la proscripción de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el principio de trascendencia mínima de la pena.

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (RTM), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios y Buenas Prácticas), aunque carecen de fuerza vinculante, ofrecen pautas de actuación útiles para evaluar el alcance de los deberes internacionales de los Estados comprometidos con el respeto mínimo que deben brindarles a las personas detenidas. Si bien estos instrumentos configuran un sólido marco de protección de los derechos humanos, la falta general de un enfoque de género en su interpretación y aplicación motivó la aprobación, entre otras, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), y su Protocolo Facultativo –en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos–, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) –en el sistema interamericano. Esta última incluso define a las mujeres privadas de libertad como un grupo especialmente vulnerable.

⁶ Bastick, M. y Townhead, L., Mujeres en la cárcel: Comentario a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el trato de reclusos, Representación Cuáquera ante Naciones Unidas, 2008, pp. 121-122, disponible en <http://www.icpa.ca/tools/download/1018/WiP-CommentarySMRs200806-Spanish.pdf> , consultado por última vez el 29 de octubre de 2020.

En esa dirección, el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que los Estados tienen un deber de respeto y garantía de los derechos en ella consagrados, los cuales deben tutelarse con estricto apego a los principios de no discriminación y posición de garante por la relación de sujeción especial existente entre las personas privadas de libertad y éste. La Convención de Belém do Pará, en su artículo 9, establece que las mujeres privadas de libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en razón de su género, y que ello obliga al Estado a adoptar medidas específicas para protegerlas. La misma norma considera, además, otras categorías que refuerzan esa posición de vulnerabilidad, como la migración, el origen étnico o racial, la condición socio-económica, la edad, la discapacidad, el embarazo y la maternidad. En idéntico sentido lo expresan las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Reglas de Brasilia) actualizadas en el año 2019, que establecen pautas de actuación para los operadores y operadoras del sistema judicial destinadas a facilitar el acceso a la justicia de las poblaciones históricamente vulnerables, entre ellas, las mujeres y con especial énfasis, las mujeres privadas de libertad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) abordó la situación de las mujeres detenidas en el Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú⁷. Allí afirmó que las condiciones de encierro adquieren una dimensión propia según el género, por lo cual, diversas situaciones que en apariencia son neutras, pueden, sin embargo, afectar a varones y mujeres en forma distinta. Este motivo exige el reconocimiento de las legítimas diferencias de cada persona y un trato basado en ellas. Por lo tanto, en la privación de la libertad, la discriminación contra las mujeres consiste en la ausencia o incorrecta evaluación, comprensión y atención de sus necesidades particulares.

Por su parte, las Reglas de Bangkok exigen que se tenga en cuenta de qué manera inciden el contexto y las historias de vida de las mujeres al analizar la comisión de un delito, así como las graves consecuencias que tendrá el encarcelamiento no solo en sus vidas, sino también

⁷ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No 160, párr. 223.

en las de las personas que se encuentran –con frecuencia– bajo su cuidado. De acuerdo con estas Reglas, esas circunstancias deben ser valoradas al momento de elaborar y aplicar mecanismos opcionales a la prisión. Respecto del vínculo existente entre las mujeres privadas de libertad y su historial de victimización previa, las Reglas reconocen que “el número de reclusas que ha sido víctima de violencia en el hogar es desproporcionado” y señalan que al momento de elaborar medidas alternativas a la prisión, deberá prestarse especial atención al historial de victimización que suelen tener las mujeres. Por su parte, las Reglas atienden en distintas oportunidades al rol de cuidado que pueden ejercer las mujeres en conflicto con la ley penal respecto de otras personas, y a la necesidad de considerar esa circunstancia a la hora de pensar en mecanismos alternativos a la prisión, evitar el alejamiento de su comunidad y grupo familiar, considerar atenuantes en casos de condenas y favorecer el acceso a la libertad condicional anticipada.

Preguntas formuladas por la CIDH:

1.- ¿Cuáles son las Obligaciones específicas de los Estados para garantizar a las mujeres privadas de libertad cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas, atendiendo a sus circunstancias particulares:

a) alimentación vestimenta, acceso a asistencia médica y psicológica.

b) mujeres en trabajo de parto y postparto

c) traslado de mujeres embarazadas, a fin de que sean compatibles con sus necesidades especiales.

d) acceso a la información en el contexto de privación de libertad, mujeres embarazadas, en parto, post parto y lactantes.

Estima la Defensa Pública de Costa Rica, que de manera específica, un enfoque diferenciado del encierro femenino implica la observación de las siguientes condiciones particulares:

a) Con relación al trato, uso de fuerza y medidas de coerción

- 1.- Prohibición de imposición de medidas de coerción en el caso de mujeres embarazadas, durante el parto, ni inmediatamente posterior a éste. Al efecto, las Reglas de Bangkok, Regla 24.
- 2.- Respeto a la dignidad durante los registros personales, utilizando métodos sustitutivos a los registros sin ropa o corporales invasivos, con especial atención que los mismos sean realizados por personal femenino. Reglas de Bangkok, 19 y 20, Principio XXI Resolución 1/08 CIDH.
- 3.- En el caso de mujeres embarazadas, deben existir en los centros penales procedimientos especiales y diferenciados para el registro y requisita personal en el caso de mujeres embarazadas, evitando en lo posible esta práctica así como su desarrollo frente a sus hijos e hijas o a éstos. Ello con fundamento en las Reglas de Bangkok, 19, 20 y 21, así como los Principio XXI Resolución 1/08 CIDH.
- 4.- Derecho a denunciar prontamente y sin demora en caso de registros abusivos, ante autoridad competente y con protección, apoyo y orientación inmediata para la denunciante, conforme lo establece la Regla 25.1 de las Reglas de Bangkok. En los casos en que como consecuencia del abuso, las mujeres queden embarazadas, recibirán asesoramiento y orientación médicos apropiados, y se les prestará atención de salud física y mental, así como apoyo y asistencia jurídica (Regla 25.2 Reglas de Bangkok).
- 5.- Prohibición de imponer sanciones de aislamiento a mujeres embarazadas, madres que convivan con sus niños/as en período de lactancia (Regla 22, Reglas de Bangkok, Principio XXII.3 Resolución 1/08 CIDH), extensivo a mujeres con necesidades de salud mental, antecedentes de autolesiones o intentos de suicidio. Al respecto deben las autoridades penitenciarias tener en cuenta el efecto particularmente nocivo de las medidas de alta seguridad así como la prohibición de tratar a los niños /as que se encuentren con sus madres como reclusos/as (Reglas 41.a y 49 de las Reglas de Bangkok y Principio XXII.3 Resolución 1/08 CIDH).
- 6.- En la fijación de sanciones disciplinarias, debe respetarse la prohibición de imponer aquellas que impliquen la limitación o restricción del contacto con familiares, especialmente con niños/as (Regla 23 Reglas de Bangkok) Igual limitación para el traslado forzoso de mujeres embarazadas o con niños, control a efecto de que en los traslados ordinarios no

tengan contacto con personal masculino o con personas privadas de libertad masculinas (por los criterios de separación de categorías)

7.- Obligación estatal de garantizar que los traslados de mujeres, mujeres embarazadas o mujeres madres de niños se realicen en vehículos adecuados al efecto y que respeten todas las necesidades y especificidades para garantizar seguridad y comodidad de las personas trasladadas. En vehículos que además cuenten con circuitos cerrados que permitan el control y supervisión del traslado. En caso de traslados temporales de madres que tienen niños/as a su cargo en el centro penal, deben garantizarse condiciones para que en el traslado no se separe a la persona menor de edad de su madre o en su defecto, las personas menores de edad queden a cargo de una persona responsable definida por la madre. Finalmente durante los traslados, tanto la madre como sus hijos deben tener acceso a servicios sanitarios y alimentación adecuada para su edad y necesidades específicas, en todos los tiempos que amerite el traslado. (Regla 23 Reglas de Bangkok).

b) Con respecto a las medidas de protección

1.- Al ingreso de una mujer al sistema penitenciario, debe facilitarse información básica sobre la naturaleza de su detención, condiciones generales del establecimiento, derechos y deberes, de forma comprensible y ajustada a sus necesidades y capacidades, con especial énfasis en las disposiciones específicas con relación a las personas menores de edad a su cargo (niños/as) , con la posibilidad de adoptar disposiciones especiales e incluso, suspender la reclusión por un período razonable. Regla 2.1 Reglas de Bangkok, Artículo 35 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos, Regla 2.2 de las Reglas Bangkok.

2.- Información y registro específico en el caso de ingreso de mujeres con niños/as al centro penal, con respeto a la confidencialidad de la información relativa a la identidad de los niños/as, con apego al Principio de Interés superior de la persona menor de edad. Regla 3.2 Reglas de Bangkok.

3.- Información detallada sobre el trámite para denunciar abusos, derecho a protección, apoyo e información inmediata, con garantía para tutela de previo y especial otorgamiento en caso de abuso sexual, embarazo con ocasión del abuso, violencia contra su salud física y

mental. Con derecho a orientación y asistencia médica y jurídica, apoyo psicológico y orientación especializada. Regla 7 y 25.2 de las Reglas de Bangkok.

4.- En la delimitación de estándares mínimos en caso de inspecciones o monitoreos, garantizando la presencia de personal femenino, así como profesionales que tengan experiencia en el trato con el trastorno de estrés post-traumático y otros traumas que afecten a mujeres que han sufrido violencia, tanto integrando la policía penitenciaria, como juntas de inspección de visita o de supervisión por parte de órganos fiscalizadores. Regla 25.3 Reglas de Bangkok.

5.- Separación por categorías de las mujeres privadas de libertad y el denominado régimen de progresividad (más modernamente y conforme Reglas Mandela, régimen de normalidad o normalización): mediante la evaluación de riesgos y de necesidades individuales teniendo presentes las cuestiones de género, responsabilidades maternas, con acceso a programas y servicios de abordaje y rehabilitación que satisfagan las especificidades de género, planificación del cumplimiento de la condena Reglas 40 y 41 Reglas de Bangkok, Regla 8.a) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos y Principio XIX Resolución 1/08 CIDH.

6.- En materia de personal de vigilancia, debe ser exclusivamente femenino, bajo la dirección de una persona funcionaria femenina responsable, con el objeto de que ningún funcionario del sexo masculino penetre los espacios de permanencia y pernoctación sin ir acompañado de un miembro femenino del personal. En caso de que en el establecimiento laboren varones, sus labores no deben implicar el contacto directo con mujeres detenidas así como la prohibición de acceso a las áreas privadas, a saber: dormitorios, duchas, baños así como con ubicación que no permita observar estas áreas. Regla 53.1, 8.a) y 2 Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos.

7.- En materia de programas de abordaje y atención, éstos deben satisfacer las necesidades de las mujeres, con infraestructura ajustada para mujeres embarazadas, lactantes, madres con hijos (Regla 42.3 Reglas de Bangkok).

8.- Los programas de inserción deben tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres (Regla 46, Reglas de Bangkok) y ser apropiados y accesibles para el caso de mujeres indígenas o pertenecientes a grupos étnicos y raciales (Regla 55 Reglas de Bangkok).

9.- En el caso específico de mujeres madres, los niños/as deben tener la posibilidad de residir con sus madres, decisión en la que el aspecto primordial será la tutela del interés superior de la persona menor de edad, tanto en cuanto a su autorización, como a la definición de la edad máxima para ello y la determinación de criterios para otorgar esa autorización. Regla 49 y 64 Reglas de Bangkok. Con relación a la decisión de en qué momento separar a la persona menor de edad de su madre, se debe valorar en función del caso con arreglo a la legislación nacional (Regla 52.1 Reglas de Bangkok) con delicadeza, únicamente tras comprobar que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado. En el caso de mujeres extranjeras, consultando de previo a los funcionarios consulares y a la madre acerca de su reubicación en su país de origen. Regla 52.2 y 53.2 Reglas de Bangkok.

10.- En materia de resguardo y protección la fijación de mecanismos tecnológicos de vigilancia deberán respetar la intimidad en áreas privadas tal como dormitorios, duchas, baños y ser operadas y vigiladas por mujeres.

c) Condiciones materiales

1.- Los centros de detención de mujeres deberán contar con espacio suficiente y adaptado a las necesidades especiales de las mujeres embarazadas y lactantes, así como mujeres con niños. Además con medidas específicas para prevenir accidentes de los niños/as. Principio XII.1 Resolución 1/08 CIDH.

2.- Específicamente los espacios que alojen niños/as deben contar con conexiones eléctricas que resguarden medidas de seguridad y prevengan accidentes, al igual que los espacios de cocina, duchas y servicios sanitarios. Principio XII.1 y 2 resolución 1/08 CIDH.

3.- Las instalaciones sanitarias serán accesibles, higiénicas y suficientes. Adaptadas a las necesidades especiales de las mujeres y sus niños/as, así como las de las mujeres embarazadas o lactantes. Con disposición de bacines o pélelas para niños, con separación suficiente entre el piso y la puerta o cortina que permita ver los pies, en aras de prevenir accidentes y con dimensiones adecuadas que permitan la permanencia de una mujer embarazada o una mujer con su hijo (a) Principio XII.2 Resolución 1/08 CIDH.

4.- El alojamiento o centro de detención suministrará de manera gratuita todos los artículos necesarios en cantidad y frecuencia, para satisfacer las necesidades de higiene personal propias de su género (toallas sanitarias, jabón, shampoo, compresas, toallitas diarias, pasta, cepillo de dientes, protectores de lactancia, jabón hipoalergénico para bebés, pañales, pañales entrenadores, entre otros) Regla 5 Reglas de Bangkok, artículo 15 Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, Principio XII Resolución 1/08 CIDH. La entrega de estos artículos ha de ser sencilla, accesible, gratuita.

5.- Garantía de acceso y suministro permanente de agua.

6.- En el caso de madres privadas de libertad, suministro gratuito de pañales, cremas, talcos, toallitas húmedas, entre otros, cuando convivan con sus hijos e hijas. Además de espacios de higienización acordes para la utilización de niños/as. Regla 5 Reglas de Bangkok, Regla 48.1 Reglas de Bangkok, Principio XII.2 Resolución 1/08 CIDH.

7.- Con relación a la alimentación se garantizarán dietas especiales para mujeres embarazadas, mujeres lactantes y niños/as que permanezcan con sus madres. Además de dietas adaptadas a las necesidades específicas de las mujeres durante su menopausia, con acceso a suplementos nutricionales y terapia hormonal (calcio, vitamina d, entre otras) Además el suministro de comidas deberá suplir todos los tiempos de comidas, facilitando el espacio de detención el asesoramiento acerca de las dietas específicas por seguir, conforme las necesidades específicas. Artículo 12.2 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Regla 48.1 y 3 Reglas Bangkok y Principio XI.1 Resolución 1/08 CIDH.

8.- En los casos de madres con niños/as en prisión, se deben suministrar de manera gratuita instrumentos para comer y beber a los niños/as recién nacidos y los de mayor edad, elementos de limpieza, esterilización para los implementos de recién nacidos, así como alimentación conforme las distintas etapas de crecimiento.

9.- El espacio penitenciario debe proveer cunas y camas para los niños/as que conviven con sus madres. Éstas deben contar con colchón ignífugo. Además deben facilitarse ropa y calzado específico para las mujeres embarazadas así como ropa y calzado para los niños /as que vivan con sus madres.

d) Régimen de actividades

- 1.- La ubicación de las mujeres en los espacios de privación de libertad, deben siempre estar definidos por el lugar de residencia de éstas y sus familias, con el objeto de garantizar su cercanía y apoyo en las necesidades y responsabilidades de cuidado. Regla 4 Reglas de Bangkok. Es una obligación estatal garantizar todas las acciones para reducir los problemas de las mujeres que se hallen reclusas en instituciones lejanas a su hogar (Regla 26 Reglas Bangkok)
- 2.- En cuanto a las visitas, las mujeres privadas de libertad siempre deben ser consultadas respecto de las personas, incluidos sus familiares, a las que se les permita visitarlas, con el fin de prevenir revictimización, en caso de que hayan sufrido violencia doméstica o intrafamiliar. Regla 44 Reglas Bangkok.
- 3.- Con respecto a sus hijos, el Estado debe facilitar el contacto de las mujeres madre, con sus niños. Estas visitas deben desarrollarse en espacios adecuados para ese fin, con libre contacto madre-hijo, con una frecuencia y duración que garanticen mantener el vínculo materno- filial. En los casos de niños que vivan con sus madres en los centros penales, debe alentarse y garantizarse el contacto de los niños con sus demás familiares, con frecuencia y duración que garanticen el interés superior de la persona menor de edad, respetando el derecho de la madre de estar presente si así lo desea. Regla 26, 28, 43, 44 y 52.3 Reglas de Bangkok, Artículo 9.3 y 4 de la Convención sobre los derechos del Niño.
- 4.- Derecho a tener visita íntima con su pareja, sea o no del mismo sexo, en espacios adecuados para tal efecto, con pleno respeto a la privacidad, con acceso a mecanismos anticonceptivos, preservativos, elementos de higiene. Regla 27 Reglas de Bangkok.
- 5.- En caso de que la pareja de la mujer se encuentre también privada de libertad se garantizará el derecho a la visita, facilitando que el traslado resulte lo menos traumático posible, un procedimiento ágil y eficiente para la valoración y autorización, en caso de discusión sobre a cuál de los miembros de la pareja trasladar, adaptando esa decisión conforme las circunstancias específicas de la pareja. Regla 1, 26, 27 y 43 Reglas de Bangkok.
- 6.- Actuaciones y medidas específicas para restablecer los vínculos familiares perdidos o debilitados por el encierro de la mujer conforme las Reglas 26 y 43 Reglas de Bangkok.

7.- Con relación al contacto con el mundo exterior, las mujeres y los niños/as que vivan con ellas, deben tener las mismas posibilidades para mantener contacto con sus familias y con su realidad circundante. En el caso de las personas menores de edad deben existir previsiones para su egreso del centro penal con condiciones y requisitos accesibles, de fácil comprensión para las madres y sus familiares, con una frecuencia y duración de salidas que tutele tanto el derecho de la madre como de la persona menor de edad y con la alternativa de reunirse con sus hermanos/as que se encuentren fuera del centro penal. Ello por cuanto existe una expresa prohibición de tratar las personas menores de edad que vivan con sus madres como personas recluidas. Regla 49 Reglas de Bangkok.

e) Educación

1.- Las mujeres privadas de libertad deben contar con acceso a la misma calidad y cantidad de formación educativa y bajo las mismas condiciones que los varones y la oferta educativa no debe reproducir los estereotipos de género. Es decir, deben tener en cuenta las diferencias de género pero sin basarse en estereotipos. Lo anterior con fundamento en el artículo 10 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Regla 1, Reglas de Bangkok, Regla 6.1 Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos y Resolución 11/6, el Derecho a la Educación: seguimiento de la resolución 8/4 del Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas.

2.- La formación educativa debe tomar en cuenta las tradiciones culturales, según lo establece la Regla 54 de las Reglas Bangkok.

3.- En los establecimientos de privación de libertad, deben habilitarse servicios o adoptarse disposiciones especiales para el cuidado de los niños/as, a fin de que sus madres puedan participar en las actividades del establecimiento. Regla 42.2 Reglas de Bangkok, Principio X Resolución 1/08 CIDH. Estos servicios deben en lo posible estar organizados como guarderías infantiles, con personal calificado y acondicionados para las necesidades de los niños/as, equiparando el entorno previsto para la crianza al de los niños/as que no viven en centros penitenciarios. Regla 23.2 Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos, Principio X Resolución 1/08 CIDH, Regla 51.2 Reglas de Bangkok. No puede negarse el derecho a los

niños/as de asistir a jardines de infantes fuera del establecimiento penitenciario, garantizando además la seguridad de las personas menores de edad en el despliegue de esos traslados.

f) Actividades culturales y deportivas

1.- Las mujeres privadas de libertad deben tener acceso a las actividades culturales, deportivas y de esparcimiento en igualdad de condiciones y ofertas que los varones, teniendo en cuenta sus necesidades de género, tradiciones culturales. Artículos 10 y 13.c Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Regla 42.1 y 54 Reglas de Bangkok.

2.-En los establecimientos de privación de libertad deben habilitarse servicios o adoptarse disposiciones especiales para el cuidado de los niños/as a fin de que sus madres puedan participar en las actividades del establecimiento, Regla 42.2 Reglas de Bangkok. En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de los niños/as será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios, Regla 51.2 Reglas de Bangkok. Además es fundamental que las personas menores de edad cuenten con servicios educativos apropiados, actividades recreativas apropiadas y espacios adecuados, con un plan de conservación y mantenimiento, conforme al Principio X Resolución 1/08 CIDH.

3.-En materia religiosa el centro debe garantizar el respeto de las tradiciones religiosas, Regla 54 Reglas de Bangkok.

4.- Las mujeres privadas de libertad deben tener las mismas posibilidades de acceso a trabajo que los hombres, estas ofertas no deben reproducir los estereotipos de género, con acceso a un salario en iguales condiciones que los hombres. Regla 1 Reglas de Bangkok, Regla 6.1 Reglas Mínimas para Tratamiento de Reclusos, 11.1 b) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

5.- El Centro Penal debe garantizar ofertas de trabajo diferenciadas a mujeres embarazadas, madres lactantes y mujeres con niños a su cargo a lo interior del centro, que cuenten con labores y horarios diferenciados y reducción de jornada por lactancia. Regla 42.3 Reglas de Bangkok.

6.- El Centro Penal debe garantizar programas sociales similares a los existentes en el medio libre, sin ningún tipo de limitación o discriminación. Regla 42.2 Reglas de Bangkok.

g) Servicios médicos

1.- Al momento del ingreso de la mujer al centro penal, debe garantizarse un reconocimiento médico que comprenda las necesidades básicas de atención en salud de la mujer (enfermedades de transmisión sexual o sanguínea, atención en salud mental, salud sexual y reproductiva, presencia de problemas de toxicomanía, así como su derecho a no someterse a un reconocimiento médico en relación con su historial de salud reproductiva. Regla 8 Reglas de Bangkok. Esta atención médica debe ser especializada y tomar en cuenta las características biológicas y físicas de las mujeres, incluso debe permitir determinar la existencia de abuso sexual y otras formas de violencia sufridas por las mujeres antes del ingreso. Regla 6 apartado e) Reglas de Bangkok.

2.- En relación a los menores de edad que acompañen a sus madres en prisión, su reconocimiento médico debe permitir determinar sus necesidades médicas y tratamiento, caso de proceder y debe ser llevado a cabo por pediatras y servicios pediátricos adecuados. Regla 9, Reglas de Bangkok, Principio X Resolución 1/08 CIDH.

3.- El equipo médico que brinde servicios en los Centros Penales femeninos debe incorporar médicas y enfermeras, siempre que sea posible, salvo que las situaciones requieran una intervención urgente. Cuando corresponda a un reconocimiento ordinario y es realizado por un médico, la mujer privada de libertad tiene derecho a solicitar presencia de un miembro del personal penitenciario femenino. Regla 10.2 Reglas de Bangkok. Además debe garantizarse la atención médica ginecológica, acceso a pruebas médicas como mamografías o papanicolaus, de manera periódica, tratamiento de infecciones de transmisión sexual, pruebas voluntarias, prevención, tratamiento y atención, así como programas de prevención de la transmisión del VIH de madre a hijo, con acceso a los resultados. Todos los exámenes y procedimientos médicos deberán realizarse respetando las exigencias de privacidad, confidencialidad y dignidad. Principio X Resolución 1/08 CIDH y Reglas 8, 11.2, 14, 17 y 18 Reglas de Bangkok.

- 4.- En el desarrollo de los exámenes médicos de reconocimiento, estará presente únicamente el personal médico, salvo que el médico requiera la presencia de personal penitenciario, únicamente cuando concurren circunstancias extraordinarias o por razones de seguridad comprobadas. En esa misma dirección, la mujer podrá pedir la presencia de personal penitenciario femenino. Regla 10.2, 11.1 y 2 Reglas de Bangkok.
- 5.- Las mujeres embarazadas y lactantes tendrán derecho a programas apropiados para su condición, las instalaciones donde éstas sean albergadas deben ser idóneas y atender las necesidades específicas de aquellas que acaban de dar a luz.
- 6.- Con relación al uso indebido de sustancias psicotrópicas, especialmente en mujeres embarazadas y mujeres con niños, deben existir programas específicos de atención, que además de las vulnerabilidades, tengan en cuenta las tradiciones y especificidades culturales, conforme las Reglas 14, 15, 17 y 48.1 Reglas Bangkok.
- 7.- Se debe garantizar atención y apoyo psicológico especializado a las mujeres privadas de libertad, de manera frecuente, estable, por parte de personal profesional especializado. Este abordaje debe brindarse garantizando la privacidad y las cuestiones de género, de manera que además brinden tratamiento de los traumas. Para tal efecto, los espacios de alojamiento deben ser lo menos restrictivos y su régimen de seguridad, lo menos estricto posible, en atención a las Reglas 12 y 41.d Reglas de Bangkok.
- 8.- Ante las especiales necesidades de las mujeres privadas de libertad, se deben brindar programas para la prevención del suicidio y las lesiones autoinflingidas, cursos pre y post parto, abordaje para las necesidades especiales de mujeres con niños pequeños y recién nacidos. Así como tomar en cuenta las necesidades médicas de aquellas mujeres que han dado a luz y sus bebés no se encuentren con ellas en prisión. Reglas 16, 42.3, 48.1, 48.2, 48.3 Reglas de Bangkok, Artículo 12.2 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Principio X Resolución 1/08 CIDH.
- 9.- En la medida de lo posible, los partos tendrán lugar en un hospital civil y no en los centros de privación de libertad. Cuando ello no fue posible, las personas menores de edad deberán ser inscritas sin referir su nacimiento en un Centro Penal.

IV. Enfoque diferenciado de protección de derechos humanos para las personas LGBT

A la luz de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, y de otros instrumentos interamericanos aplicables, consulta la CIDH:

a) ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para garantizar que las personas LGBT cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas atendiendo sus circunstancias particulares?

- 1. ¿Cómo deben los Estados tomar en cuenta la identidad de género con la cual se identifica la persona al momento de determinar la unidad a la que debe ingresar?**
- 2. ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para prevenir todo acto de violencia contra personas LGBT privadas de la libertad que no impliquen segregación del resto de la población carcelaria?**
- 3. ¿Cuáles son las obligaciones especiales que tienen los Estados respecto de las necesidades médicas especiales de personas trans privadas de la libertad y, en particular, de ser el caso, respecto de quienes deseen iniciar o continuar con su proceso de transición?**
- 4. ¿Qué medidas especiales deben adoptar los Estados para asegurar el derecho a la realización de visitas íntimas de personas LGBT?**
- 5. ¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados en materia de registro de los diferentes tipos de violencia contra personas privadas de la libertad LGBT?**

Las personas LGBT se ven sometidas a constantes violaciones de sus más básicos derechos humanos por el simple hecho de existir, de permitirse ser fuera de las reglas de la heteronormatividad. Los estereotipos de género, la discriminación, el machismo, los prejuicios, la pobreza y la falta de oportunidades confluyen en la región latinoamericana

creando el terreno idóneo para la violencia y la exclusión social basadas en la identidad de género.

Tanto en la normativa internacional como en el derecho interno de los países, el reconocimiento de los derechos de las personas LGBT ha sido un proceso paulatino, en el que poco a poco los ordenamientos jurídicos han adoptado normas para su protección.

Precisamente, debido a las distintas condiciones estructurales de discriminación, exclusión social y estigmatización, las personas LGBT se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad, que requiere un tratamiento diferenciado, desde una perspectiva interseccional.

La identidad, la expresión de género y la orientación sexual son componentes de la sexualidad humana. A su vez, la sexualidad forma parte esencial de cada individuo, y su libre goce y desarrollo se interseca con diversos derechos humanos reconocidos en el Derecho Internacional.

Los derechos que emanan de la identidad, la expresión de género y la orientación sexual no se encuentran explícitamente contemplados en la gran mayoría de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Su reconocimiento en el derecho positivo se ha dado principalmente en las últimas décadas, y su desarrollo se ha dado sobre todo a través de la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones regionales de protección de los derechos humanos, así como a través del impulso dado en el sistema universal de las Naciones Unidas. Existe un profuso desarrollo del tema también en el Derecho Constitucional Comparado, así como en el Derecho de la Unión Europea.

Los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, también conocidos como Principios de Yogyakarta, surgieron como una iniciativa impulsada por la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos. Su objetivo fue precisamente desarrollar los principales derechos de las personas y las obligaciones de los Estados en la materia.

Estos Principios fueron adoptados por un grupo de expertos de las Naciones Unidas y distintas organizaciones de derechos humanos en Yogyakarta, el 9 de noviembre de 2006. Si bien es un instrumento de *soft law*, reviste gran importancia interpretativa debido al desarrollo conceptual que ofrece en la materia.

En el contexto interamericano, esta honorable Corte ha desarrollado estándares básicos de protección de los derechos de la población LGBT a través de su competencia consultiva y contenciosa.

Así, en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, se procedió a dar un paso esencial en el reconocimiento de los derechos de la población LGBT, al establecer que la orientación sexual y la identidad de género deben considerarse parte de la expresión “cualquier otra condición social” establecida en el artículo 1.1. de la Convención Americana. En ese sentido, se consideró que los criterios específicos a partir de los cuales está prohibido discriminar, contenidos en este artículo no son una lista taxativa, sino meramente enunciativa, y que por lo tanto “cualquier otra condición social” debe interpretarse de la forma más favorable a la persona y a la evolución de los derechos humanos⁸.

Al mismo tiempo, esta Corte señaló que la falta de consenso que puede existir al interior de los países sobre el respeto pleno a los derechos de las “minorías sexuales” no puede ser

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo vs. Chile*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, del 24 de febrero de 2012, párrs 84 y 85.

tenido como un argumento válido para negar o restringir sus derechos humanos, o para reproducir y perpetuar la discriminación basada en identidad de género o en orientación sexual⁹.

Esta postura fue reiterada en el caso *Duque vs. Colombia*¹⁰, en cuanto a la identidad de género y orientación sexual como categorías protegidas bajo una interpretación pro persona del artículo 1.1 de la Convención Americana. Asimismo, se hace referencia a algunos tratados internacionales recientes que han reconocido específicamente la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas contra la discriminación, como es el caso de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia¹¹.

Sin embargo, no es sino en la Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por el Estado de Costa Rica que este órgano jurisdiccional hace un amplio desarrollo de los derechos de la población LGBT a partir de las preguntas formuladas. En esa oportunidad, la Corte IDH desarrolló dos grandes temas relacionados con los derechos de la población LGBT, el matrimonio igualitario y la identidad de género, estableciendo estándares mínimos para los Estados.

La CIDH por su parte, ha jugado un papel preponderante en el reconocimiento de los derechos relacionados con la identidad de género en la región. La labor realizada particularmente la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays Bisexuales, Trans e Intersex (LGBTI), al convocar a audiencias y emitir informes temáticos permite dar seguimiento a la protección de la identidad de género en nuestros países.

⁹ Corte IDH, *Atala Riffo vs. Chile*, párr. 92.

¹⁰ Y también en Corte IDH, *Flor Freire vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 31 de agosto de 2016, párrs 118 y 119.

¹¹ Corte IDH, *Duque vs. Colombia*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de febrero de 2016, párrs. 70 y 71.

Así, por ejemplo, la CIDH ha documentado que en Brasil, la ley promulgada para atender la violencia contra las mujeres como respuesta a una decisión de la CIDH, llamada “Ley Maria da Penha”, si bien no incorpora la identidad de género dentro de su esfera de protección, sí ha sido interpretada en este sentido por los tribunales de justicia. En ese sentido, se ha interpretado que “el sexo biológico asignado al nacer (masculino) no impide que la víctima, cuya identidad [de género] es femenina, sea reconocida como mujer, siendo ella, consecuentemente, sujeto de protección bajo la Ley Maria da Penha”¹².

Asimismo, la CIDH ha observado que: “Respecto de medios de empoderamiento de las personas LGBTI, la CIDH observa que la adopción y vigencia de leyes de identidad de género da lugar a un incremento en el acceso a los servicios, disminución de las situaciones de estigma y discriminación en los ámbitos de salud, educación, trabajo, vivienda, y aumento de la participación activa de las personas trans en las esferas política y democrática, entre otros beneficios.”¹³

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos ha ocurrido algo similar que en nuestro continente, por cuanto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio Europeo) no prevé una protección específica para la población LGBT. Debido a esto, ha sido también a través de la jurisprudencia del TEDH que se ha desarrollado el tema.

En el caso *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*¹⁴, el TEDH determinó la existencia de una violación del artículo 8, sobre el derecho a la familia y a la vida privada en conjunto con el

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*, accesado el 20 de junio de 2020, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>, 53.

¹³ *Ibíd.*, 56, 57.

¹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal*, decisión del 21 de diciembre de 1999.

artículo 14 sobre la prohibición de discriminación, ambos del Convenio Europeo, al tener por demostrado que se hizo una distinción en perjuicio de João Manuel Salgueiro da Silva Mouta debido a su orientación sexual¹⁵.

En el caso Clift vs. Reino Unido, el TEDH estableció que la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 del Convenio Europeo no se trata de una lista taxativa, sino enumerativa¹⁶. Reiteró así la posición tomada en el caso Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal, en cuanto a que la orientación sexual es una categoría protegida.

El caso de Christine Goodwin vs. Reino Unido está relacionado con la situación del empleo, seguridad social, régimen de pensiones y matrimonio de las personas trans. En esa oportunidad, se alegó la violación de los artículos 8, 12, 13 y 14 del Convenio Europeo.

En este trascendental caso, el TEDH hace referencia a su jurisprudencia previa en relación con la identidad de género, en casos como Rees vs. Reino Unido, Cossey vs. Reino Unido, Sheffield y Horsham vs. Reino Unido y hace un análisis para determinar si a “la luz de las condiciones actuales” debe variar su jurisprudencia en este tema¹⁷.

¹⁵ En esa oportunidad, el TEDH señaló: “It is the Court’s view that the above passages from the judgment in question, far from being merely clumsy or unfortunate as the Government maintained, or mere *obiter dicta*, suggest, quite to the contrary, that the applicant’s homosexuality was a factor which was decisive in the final decision. That conclusion is supported by the fact that the Court of Appeal, when ruling on the applicant’s right to contact, warned him not to adopt conduct which might make the child realise that her father was living with another man “in conditions resembling those of man and wife” (ibid.). 36. The Court is therefore forced to find, in the light of the foregoing, that the Court of Appeal made a distinction based on considerations regarding the applicant’s sexual orientation, a distinction which is not acceptable under the Convention...”

¹⁶ TEDH, Clift vs. Reino Unido, decisión del 13 de julio de 2010. En ese sentido el TEDH afirmó: “55. Article 14 does not prohibit all differences in treatment but only those differences based on an identifiable, objective or personal characteristic, or “status”, by which persons or groups of persons are distinguishable from one another (see Kjeldsen Busk Madsen and Pedersen, cited above, §56; Berezhovskiy v. Ukraine (dec.), no. 70908/01, 15 June 2004; and Carson and Others, cited above, §§ 61 and 70). Article 14 lists specific grounds which constitute “status” including, inter alia, sex, race and property. However, the list set out in Article 14 is illustrative and not exhaustive, as is shown by the words “any ground such as” (in French “notamment”) (see Engel and Others, cited above, § 72; and Carson, cited above, § 70) and the inclusion in the list of the phrase “any other status” (in French “toute autre situation”).”

¹⁷ TEDH, Christine Goodwin vs. Reino Unido, decisión del 11 de julio de 2002, párrs. 73 y 75.

El TEDH hace un recuento de los votos citados, en cuanto a que en ellos se reconoció el amplio margen de apreciación que deben tener los Estados para determinar las repercusiones del cambio de género. De conformidad con el principio de complementariedad, afirma, son los Estados quienes en un primer momento y de acuerdo con su marco legal interno, deben resolver esta situación. Sin embargo, en esta oportunidad, el TEDH decide conceder menos peso a la falta de consenso de los Estados Miembros en cuanto a la solución jurídica más apropiada, y en su lugar da mayor preponderancia a “the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals.”¹⁸

La jurisprudencia del TEDH es abundante y sustanciosa en relación con la protección a la población LGBT. Como puede observarse, su posición ha variado desde sus primeras resoluciones sobre el tema, en las que permitía un amplio margen de apreciación de los Estados, hacia una postura mucho más firme en el tema, al establecer estándares mínimos de protección que deben ser respetados.

Específicamente, en relación con el margen de apreciación admisible en la tutela de derechos de la población LGBT privada de libertad, el TEDH sostuvo en el caso X vs. Turquía: “La Cour rappelle également que l’orientation sexuelle relève de la protection de l’article 14 (voir, parmi d’autres affaires, *Kozak c. Pologne*, no 13102/02, § 83, 2 mars 2010, *Alekseyev c. Russie*, nos 4916/07, 25924/08 et 14599/09, § 108, 21 octobre 2010). De plus, lorsque la distinction en cause porte sur ce domaine intime et vulnérable de la vie privée d’un individu, il faut avancer devant la Cour des motifs particulièrement puissants pour justifier la mesure litigieuse. Lorsqu’une différence de traitement est fondée sur le sexe ou l’orientation sexuelle, la marge d’appréciation laissée à l’Etat est étroite, et en pareille situation, le principe de la proportionnalité ne commande pas seulement que la mesure choisie soit adaptée de manière générale à l’objectif poursuivi, il faut en outre qu’il soit démontré qu’elle

¹⁸ TEDH, *Christine Goodwin vs. Reino Unido*, párr. 90.

était nécessaire compte tenu des circonstances. Si les motifs avancés à l'appui d'une différence de traitement reposaient uniquement sur l'orientation sexuelle du requérant, il y aurait discrimination au regard de la Convention (*Alekseyev*, précité, § 108).¹⁹

Ahora bien, en relación propiamente con la aplicabilidad de la Convención Belém do Pará como instrumento de protección de los derechos de la población LGBT, resulta de suma relevancia mencionar la posición de la CIDH, que en su informe “Avances y desafíos hacia el reconocimiento de las personas LGBTI en las Américas” del año 2018 señaló:“(...) la CIDH observa que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante “Convención de Belém do Pará”) es el único instrumento interamericano que define la violencia contra un grupo particular. En ese sentido, la Comisión reitera su opinión de que, pese a que la orientación sexual y la identidad de género no están expresamente incluidas en la Convención de Belém do Pará, cuando ella se refiere a los factores que pueden incrementar la vulnerabilidad de las mujeres frente a la violencia y, consecuentemente, la discriminación, éstos necesariamente incluyen la orientación sexual, la identidad de género y la diversidad corporal de las mujeres lesbianas, bisexuales, trans o intersex. Por lo tanto, la CIDH reitera que los Estados tienen la obligación de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra las mujeres, y que el derecho de toda mujer a vivir libre de violencia comprende el derecho a vivir libres de discriminación, incluye a las mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex.”²⁰

En el mismo sentido, la CIDH ha sostenido que la Convención de Belém do Pará es un instrumento vivo, y que cuando el artículo 9 de la Convención se refiere a la obligación del Estado de tomar en especial consideración la violencia inflingida sobre la mujer debido a diversos factores, estos incluyen necesariamente la orientación sexual y la identidad de género²¹.

¹⁹ TEDH, *X vs. Turquía*, decisión del 9 de octubre de 2009, párr. 57.

²⁰ CIDH, *Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*, 97.

²¹ CIDH, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Trans e Intersex en América*, 50, 51.

Consideramos que la interpretación que realiza la CIDH en relación a las mujeres LGBT, en cuanto a que todas ellas se encuentran bajo la protección que procura la Convención de Belém do Pará es acorde con la jurisprudencia de la Corte IDH y particularmente con la protección a la identidad de género sostenida en la Opinión Consultiva OC-24/17. En este sentido, es nuestro criterio que toda la normativa dirigida a la prevención de la violencia contra las mujeres y la inclusión de la perspectiva de género en los ordenamientos jurídicos debe necesariamente incluir a las mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex, sin que sea legítimo realizar distinciones discriminatorias en relación con las mujeres heterosexuales y cisgénero.

En relación con la población LGBT privada de libertad, a nivel interamericano ha sido la CIDH quien a través de audiencias temáticas y de sus informes ha abordado principalmente la situación de las personas trans y género fluidas privadas de libertad. Haciendo uso de estas herramientas, la CIDH ha impulsado el desarrollo de los derechos de las personas trans y género fluidas en la región.

La población LGBT en los centros penitenciarios sufre niveles de discriminación aún mayores, no solamente como personas privadas de su libertad, sino debido a su orientación sexual, expresión o identidad de género, así como a otros factores de vulnerabilidad que puedan estar presentes en cada caso. En su reporte del año 2010, el Relator Especial contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Manfred Nowak, afirmó: “Many detainees complained that they felt like they were treated worse than animals. Indeed, most human beings would not like their dogs or cats to be treated in the same way that many human beings are treated in detention. They usually belong to the most disadvantaged, discriminated and vulnerable groups in society, such as the poor, minorities, drug addicts or aliens. Within detention facilities, there is usually a strict hierarchy, and those at the bottom of this hierarchy, such as children, the elderly, persons with disabilities

and diseases, gays, lesbians, bisexuals and trans-gender persons, suffer double or triple discrimination.²²

Pese a la ausencia de un instrumento específico que consagre los derechos de la población LGBT privada de libertad, se desprenden del principio de igualdad y no discriminación, obligaciones transversales de protección y garantía para los Estados. Estas obligaciones emanan tanto de los instrumentos internacionales y regionales que tutelan los derechos de las personas privadas de libertad, como de la propia Convención Americana y la Convención Belém do Pará.

En Costa Rica no existe una ley que regule los derechos de la población LGBT ni en particular una que regule los derechos de la población trans, como ha sido la tendencia en algunos países latinoamericanos y europeos. Por tanto, a nivel nacional, los estándares mínimos de protección de la población LGBT privada de libertad están dados por los Lineamientos para la atención de las personas con orientación sexual, expresión o identidad de género diversa, adscritas a cualquiera de los niveles del Sistema Penitenciario Costarricense, emitidos por el Ministerio de Justicia y Paz en el año 2018.

En relación con las preguntas específicas formuladas por la CIDH, a continuación se dará respuesta a las mismas:

- 1. ¿Cómo deben los Estados tomar en cuenta la identidad de género con la cual se identifica la persona al momento de determinar la unidad a la que debe ingresar?**

²² Organización de las Naciones Unidas, Reporte del Relator Special sobre la tortura y otros tratos y penas inhumanos o degradantes, https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.39.Add.5_en.pdf, 62.

Todas las personas tenemos derecho a gozar del libre desarrollo de la personalidad en todos los aspectos de la vida. Este derecho debe ser garantizado para aquellas personas cuyas identidades de género no corresponden necesariamente con el sexo biológico asignado al nacer, de manera que puedan ejercer su individualidad plenamente, más allá de los estereotipos de género socialmente construidos.

En la Opinión Consultiva OC-24/17, esta honorable Corte sostuvo que la posibilidad de las personas de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, constituye un aspecto central del reconocimiento de la dignidad²³. De lo anterior se desprende la prohibición para los Estados de instrumentalizar a la persona, precisamente en resguardo de su individualidad y dignidad.

Propiamente el derecho a la identidad, para este alto órgano jurisdiccional, puede definirse como *“el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.”*²⁴ El nombre es precisamente uno de esos atributos, pero están comprendidos en el derecho a la identidad muchos elementos más.

En este orden de ideas, se afirma que el sexo, así como las identidades, las funciones y las características construidas socialmente que se atribuyen a las diferencias biológicas relacionadas con el sexo asignado al nacer, no son elementos objetivos e inmutables de la personalidad, determinados biológicamente, sino que “dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-

²³ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, párr. 88.

²⁴ *Ibíd.*, 90.

percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada.”²⁵

En consonancia con lo anterior, existe una relación de prelación del carácter subjetivo de la identidad de género sobre sus caracteres físicos o morfológicos. De lo anterior se desprende que debe darse carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, de manera que se respete plenamente el libre desarrollo de la persona²⁶.

Desde esta perspectiva, ampliamente aceptada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Estados están en la obligación de respetar la identidad de género de la persona bajo la cual se ha dictado una sentencia o una medida cautelar de prisión preventiva en el momento de determinar a qué centro penitenciario debe ser remitida.

Si bien la solicitud de Opinión Consultiva emitida por la CIDH se remite únicamente a las personas que se encuentran bajo la custodia de las autoridades penitenciarias, lo cierto es que esta obligación debe ser asumida desde el momento en que la persona es detenida por parte de cuerpos policiales, durante su permanencia en las celdas del Poder Judicial, y finalmente por el sistema penitenciario.

En el caso costarricense, los Lineamientos para la atención de las personas con orientación sexual, expresión o identidad de género diversa, adscritas a cualquiera de los niveles del Sistema Penitenciario Costarricense, establece la identidad de género, expresión de género y orientación sexual como: “derechos humanos que se reconocen a todas las personas privadas de libertad adscritas a cualquiera de las modalidades de Atención de la Dirección General de Adaptación Social. No se podrán interponer sanciones por el solo ejercicio de estos derechos.”

²⁵ *Ibíd.*, 95.

²⁶ *Ibíd.*

En relación específicamente con la ubicación de las personas en los centros penitenciarios, el artículo 25 de estos Lineamientos prohíbe la segregación de las personas privadas de libertad con orientación sexual, identidad o expresión de género diversa, salvo que sea necesaria su separación temporal debido a razones de salud y seguridad. En el artículo 26 se estipula la obligación de garantizar la seguridad de las personas y se establece que: “Para determinar la ubicación de la persona, entre otros deben considerarse los argumentos e inquietudes de la persona privada de libertad que podría ser afectada, los funcionarios a cargo tomarán la decisión con todos los elementos con que cuenten.”

Luego, en el artículo 27 se establece que la ubicación de personas privadas de libertad transgénero o transexuales debe ser determinada caso por caso, y que “deberá tenerse en cuenta el parecer de la persona, así como su percepción acerca de su seguridad. Su ubicación deberá ser revisada dos veces al año.”

Si bien estos Lineamientos emitidos por el Ministerio de Justicia contemplan “el parecer de la persona”, se deja abierta la posibilidad de que por razones de seguridad una persona sea trasladada a un centro penitenciario distinto del género con el cual se identifica o se haga caso omiso de su petición expresa. Al respecto, y a la luz de la jurisprudencia interamericana emanada de este órgano jurisdiccional, estimamos que la ubicación de la persona privada de libertad debe estar fundada, por sobre cualquier otro criterio, sobre la base de su autodeterminación, en respeto a su identidad de género.

- 2. ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para prevenir todo acto de violencia contra personas LGBT privadas de la libertad que no impliquen segregación del resto de la población carcelaria?**

El Principio 9 de Yogyakarta, establece obligaciones específicas para los Estados para prevenir la violencia contra la Población LGBT. Se debe, en primera instancia, ordenar medidas de protección para todas las personas que se encuentren en una situación de vulnerabilidad debido a su orientación sexual, identidad o expresión de género. Estas restricciones no deben implicar restricciones mayores a las que enfrenta el resto de la población penitenciaria.

De conformidad con este principio, los Estados tienen la obligación de mantener el monitoreo de los centros de detención para detectar cualquier situación de riesgo de la población LGBT. Debe además ofrecer programas de capacitación y sensibilización para todas las personas funcionarias que trabajan en el sistema penitenciario, sobre los derechos de las personas LGBT y los principios de igualdad y no discriminación.

En el Principio 10 se establece, por su parte, la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, que sean necesarias para prevenir la tortura y otras penas o tratos crueles o degradantes dirigidas hacia la población LGBT debido a su orientación sexual o identidad de género. Debe, además, ofrecer programas de capacitación y sensibilización dirigidos a las fuerzas policiales, a la policía penitenciaria, y a todo el personal que tenga contacto con la población privada de libertad, y que sea susceptible de poder cometer este tipo de violaciones a sus derechos humanos.

En concordancia con lo sostenido sobre la aplicabilidad de la Convención Belém do Pará a las mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex, consideramos que debe tenerse también en cuenta lo dispuesto por las Reglas de Bangkok para estas mujeres, sin ningún tipo de discriminación.

Según lo dispone la Regla número 31 de este instrumento, los Estados están obligados a elaborar y aplicar políticas y reglamentos claros sobre el comportamiento del personal penitenciario, con el fin de brindar el máximo nivel de protección a las mujeres privadas de libertad “contra todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual”.

La Regla número 41, referida específicamente para población sentenciada, establece la obligación de realizar una evaluación de riesgos y una clasificación de las privadas de libertad en la que se tenga presentes las cuestiones de género. En particular establece que es necesario: “Tener en cuenta que las reclusas plantean un menor riesgo para los demás en general, así como los efectos particularmente nocivos que pueden tener las medidas de alta seguridad y los grados más estrictos de asilamiento en las reclusas”.

En atención a la Regla número 25, ante la interposición de denuncia, las mujeres privadas de libertad deben recibir protección, apoyo y orientación inmediatos, y sus denuncias deben ser investigadas por autoridades independientes en respeto al principio de confidencialidad, atendiendo específicamente el riesgo de recibir represalias.

En el contexto europeo, el TEDH se pronunció sobre la situación de una persona privada de libertad que había sido sometida a aislamiento como medida de protección debido a su orientación sexual, en el caso X v. Turquía. En su resolución, determinó que existía una violación del artículo 3 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Concluyó que la orientación sexual del sentenciado había sido el motivo por el cual se le colocó a esta persona en aislamiento, sin que las autoridades penitenciarias realizaran un análisis apropiado del riesgo en el que se encontraba, lo que

ocasionó que se tomaran medidas excesivas e inadecuadas pese a los reclamos de la víctima y su representante²⁷.

En Costa Rica, los Lineamientos para la atención de las personas con orientación sexual, expresión o identidad de género diversa, adscritas a cualquiera de los niveles del Sistema Penitenciario Costarricense, contemplan en sus artículos 39 a 43 las obligaciones esenciales relativas a la protección de las personas LGBT frente actos de violencia en los centros penitenciarios, que pueden ser cometidos tanto por sus pares, como por las y los funcionarios penitenciarios.

Se hace referencia expresa a medidas de protección que deben ser otorgadas a la población LGBT que se encuentren en una situación de riesgo, y al establecimiento, en la medida de lo posible, de medidas alternativas al aislamiento, a ser valoradas en cada caso. Asimismo, se prohíbe la limitación en el acceso a actividades de trabajo, estudio o recreación como medidas de protección.

-
- ²⁷ En esa oportunidad, el TEDH afirmó: “Toutefois, ces arguments n’ont aucunement été pris en compte par le juge de l’exécution des peines, qui s’est borné à invoquer le pouvoir discrétionnaire dont jouissaient les autorités pénitentiaires en la matière et évoquer un risque hypothétique, à savoir le « lynchage d’un travesti » sans pouvoir toutefois apporter aucun élément donnant à penser que le requérant, à cause de son orientation sexuelle, risquait de subir une grave atteinte à son intégrité physique et que l’exclusion totale de l’intéressé de la vie carcérale était la mesure la plus adéquate (paragraphe 14 ci-dessus).
62. Or, les autorités ont l’obligation, qui leur incombait en vertu de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 3, de prendre toutes les mesures possibles pour rechercher si une attitude discriminatoire avait pu ou non jouer un rôle dans l’exclusion totale de l’intéressé de la vie carcérale (voir, *mutandis mutandis*, B.S. c. Espagne, no [47159/08](#), § 71, 24 juillet 2012).
63. De toute manière, aux yeux de la Cour, les autorités pénitentiaires n’ont aucunement procédé à une appréciation adéquate du risque pour la sécurité du requérant. En raison de l’orientation sexuelle du requérant, celles-ci ont cru que le requérant risquait de subir une grave atteinte à son intégrité physique. De surcroît, pour la Cour, en aucun cas la mesure d’exclusion totale de l’intéressé de la vie carcérale ne pouvait passer pour justifiée. En particulier, il n’est pas expliqué pourquoi le requérant a été complètement privé de l’accès à la promenade en plein air, ne fût-ce que de façon limitée.
64. A la lumière de ce qui précède, la Cour n’est pas convaincue que la nécessité de prendre des mesures de sécurité pour protéger l’intégrité physique du requérant était la raison prépondérante de l’exclusion totale de celui-ci de la vie carcérale. A ses yeux, l’orientation sexuelle du requérant a été la principale raison de l’adoption de cette mesure. Elle juge par conséquent établi que le requérant a subi une discrimination fondée sur son orientation sexuelle. Elle constate par ailleurs que le Gouvernement n’a pas avancé de justification montrant que la distinction litigieuse était compatible avec la Convention.
65. En conséquence, la Cour conclut qu’il y a eu en l’espèce violation de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 3.” TEDH, X vs. Turquía, párrs. 61 a 65.

Se prevé, sin embargo, la medida de aislamiento, a solicitud de la persona y con carácter excepcional, y durante un plazo máximo de treinta días, prorrogables durante treinta días más. Consideramos que se trata de una medida excesiva que contraviene la integridad de las personas privadas de libertad, en tanto se autoriza la segregación por un amplio período, como medida de protección, y que incide de forma innegable en el goce de derechos esenciales de las personas privadas de libertad.

Se establece también la obligación de las autoridades penitenciarias de tomar todas las medidas necesarias para que las personas puedan denunciar los actos de violencia cometidos en su contra, así como mecanismos de monitoreo que permitan determinar los actos de violencia dirigidos hacia la población LGBT en el entorno carcelario.

Pese a estas previsiones legales, las personas LGBT continúan enfrentando altos niveles de violencia en los centros penitenciarios. El acceso a la justicia es limitado en la medida en que las personas son agredidas en sus espacios de convivencia, en ocasiones con la venia y la participación de la policía penitenciaria. Por ello, resulta indispensable que los Estados dobleguen el monitoreo de los centros penitenciarios y ofrezcan mecanismos idóneos para la denuncia de actos de violencia, de manera que las personas puedan expresar sus experiencias de forma confidencial y segura.

Además, es esencial que los Estados provean educación adecuada a todo el personal penitenciario, en especial, a los cuerpos de policía, sobre los derechos de la población LGBT privada de libertad y las obligaciones que como funcionarios y funcionarias públicas ostentan frente a estas personas.

- 3. ¿Cuáles son las obligaciones especiales que tienen los Estados respecto de las necesidades médicas especiales de personas trans privadas de la libertad y, en particular, de ser el caso, respecto de quienes deseen iniciar o continuar con su proceso de transición?**

Según ha sido concebido por la CIDH, el derecho a la salud debe ser entendido “no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permit[e] alcanzar a las personas un balance integral”. Su carácter es instrumental y debe contener cuatro elementos esenciales para su garantía: disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y calidad, de manera que se garantice este servicio público en las mejores condiciones posibles y con un alcance que cubra a toda la población, de acuerdo a sus necesidades particulares²⁸.

Los Estados deben proveer servicios de salud en respeto de las distintas identidades y expresiones de género y orientaciones sexuales, de manera que no se incurra en una patologización, como desafortunadamente ha sido la costumbre en lo atinente a la atención médica de las personas LGBT. Debe garantizar atención médica de calidad, especializada, respetuosa, y libre de cualquier tipo de violencia.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos en su numeral 24, establece la responsabilidad de los Estados de garantizar la prestación de servicios médicos para las personas privadas de libertad. Este servicio esencial debe darse bajo los mismos estándares de atención que se ofrecen en la vida en el exterior, sin que sea admisible algún tipo de discriminación derivada de la privación de libertad.

Los Principios de Yogyakarta prevén obligaciones esenciales para los Estados en relación con el derecho a la salud de las personas LGBT privadas de libertad. De forma general, el Principio 17 contempla el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Para ello, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar el goce de este derecho, sin ningún tipo de discriminación.

²⁸ CIDH, Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 140.

El Principio 9.B, por su parte, establece la obligación de los Estados de proveer acceso adecuado a atención médica y consejería de acuerdo a sus necesidades a las personas privadas de libertad. Ello debe realizarse tomando en consideración las necesidades particulares de cada persona según su orientación sexual e identidad de género. Esta atención médica debe comprender la salud reproductiva, el acceso a información sobre el VIH, tratamiento para esta enfermedad, terapia hormonal y tratamientos para reasignación de género, en caso de ser solicitados.

En relación con los abusos que pueden sufrir las personas LGBT privadas de libertad por parte del personal médico, el Principio 10 contempla la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para impedir la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes que sean cometidos con ocasión de la orientación sexual o identidad de género, y brindar protección contra este tipo de actos. En el mismo sentido, el Principio 18 obliga a los Estados a asegurar la protección contra prácticas médicas dañinas basadas en la orientación sexual, en la identidad de género, en estereotipos, o en la identidad de género percibida, en términos semejantes a como ha sido entendida por esta honorable Corte.

Se consagra en este Principio la prohibición de realizar procedimientos médicos que procuren imponer una identidad de género específica, sin contar con el consentimiento pleno, libre e informado, de acuerdo a la edad y madurez de la persona. Asimismo, y de particular importancia, los Estados deben garantizar que “ningún tratamiento o consejería de índole médica o psicológica considere, explícita o implícitamente, la orientación sexual y la identidad de género como trastornos de la salud que han de ser tratados, curados o suprimidos.”

Los Lineamientos para la atención de las personas con orientación sexual, expresión o identidad de género diversa prevén en su artículo 33 el derecho a la salud de las personas privadas de libertad con orientación sexual, expresión o identidad de género diversa en

condiciones de igualdad en relación con el resto de la población penitenciaria. Ello implica que en la atención brindada deben tomarse en cuenta sus particularidades, que pueden incluir prácticas sexuales distintas, así como atención psicológica por las afectaciones causadas como consecuencia de la discriminación a la que están expuestas.

En particular, el artículo 35 contempla que el Ministerio de Justicia y Paz debe referir a la Caja Costarricense del Seguro Social a las personas trans que deseen iniciar o continuar con su tratamiento hormonal.

En el caso costarricense, el protocolo de atención integral de personas trans para la hormonización en la red de servicio de salud, creado en el año 2018, prevé la atención a la población trans en su proceso de transición hormonal. Si bien se trata de un paso importante en el goce efectivo del derecho a la salud de las personas trans, se establece en este proceso la necesidad de que la persona sea atendida en primer lugar por el servicio de psicología, como requisito inicial para acceder al tratamiento médico. Esta previsión normativa violenta la autodeterminación de las personas trans, al requerirse que sea una persona ajena a quien decide someterse al proceso quien debe validar su aptitud para recibir el tratamiento hormonal.

Consideramos que las obligaciones de respeto y protección de la identidad de género que vincula a los Estados, conllevan la eliminación de este tipo de requisitos estigmatizantes. Esto implica no solo despatologizar la atención que se brinda a la población trans, sino también abstenerse de establecer requisitos similares, en los que el proceso de transición hormonal esté sujeto a la valoración psicológica o psiquiátrica de la persona.

Debemos enfatizar que los Estados no solo deben crear mecanismos para la atención médica de las personas trans en sus procesos de transición, sino que deben también asegurar que

estos sean accesibles para la población trans privada de libertad. Lo anterior de manera que el trámite para acceder a ellos sea sencillo y esté disponible para quienes se encuentran en centros penitenciarios, de acuerdo a sus necesidades particulares, y con la continuidad que requiere este tratamiento.

4. ¿Qué medidas especiales deben adoptar los Estados para asegurar el derecho a la realización de visitas íntimas de personas LGBT?

Según ha sostenido la jurisprudencia de esta honorable Corte, la protección a la vida privada se relaciona con la dignidad de la persona, con la capacidad de desarrollar la propia personalidad, para determinar su identidad y definir sus propias relaciones personales. La vida privada tiene que ver no solo con la identidad personal, sino con la posibilidad de entablar relaciones con otras personas. Se trata, en palabras de esta Corte, de una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad²⁹.

En el ámbito carcelario, y de conformidad con el principio 9.E de Yogyakarta, los Estados se encuentran en la obligación de asegurarse que las visitas íntimas sean otorgadas en condiciones de igualdad para todas las personas presas y detenidas, independientemente del sexo de su pareja.

En ese sentido, y como derivación lógica del principio de no discriminación, los Estados están obligados a otorgar a las personas LGBT su derecho a la visita íntima en condiciones de igualdad con el resto de la población penitenciaria. Ello en resguardo de su derecho a la familia y a mantener sus vínculos afectivos, estén estos fuera o dentro del sistema penitenciario.

²⁹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.párr. 143.

En el caso de Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia, la CIDH determinó que la negación a la visita íntima de Marta Lucía se debió a su orientación sexual, con lo que el Estado colombiano incumplió sus obligaciones relacionadas con la relación de sujeción especial de las personas privadas de libertad, en particular, de la población LGBT privada de libertad. Consideró en esa oportunidad, que el Estado violó el derecho a la integridad personal de Marta Álvarez y el derecho a recibir un trato acorde con su dignidad durante la privación de libertad.

En Costa Rica, la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad formulada por la Defensa Pública, mediante resolución 13800-2011. En ella, se anuló la frase del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario en la que se estipulaba que la visita íntima debía ser entre personas del mismo sexo. Como consecuencia de esta resolución, el Instituto de Criminología, órgano adscrito al Ministerio de Justicia, adoptó la Circular número 1-2013, mediante la cual se creó el procedimiento para implementar la decisión tomada por la Sala Constitucional.

La visita íntima de las personas LGBT debe darse en condiciones de igualdad, dignidad, y con la debida protección a la privacidad por parte de las autoridades penitenciarias. Debe contarse con espacios apropiados, en los que se garantice la privacidad, salubridad, la no estigmatización y el debido acceso a preservativos.

5. ¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados en materia de registro de los diferentes tipos de violencia contra personas privadas de la libertad LGBT?

El registro de información atinente a la población LGBT en general, es un reto para los Estados, pues en muchos casos no se cuenta con mecanismos idóneos para segregar la información, lo que ocasiona que exista un enorme vacío en cuanto a la recopilación de

datos. Se trata de una deuda que incide directamente sobre la capacidad de los Estados de diseñar políticas públicas adecuadas para asegurar el disfrute de los derechos humanos de la población LGBT. Al respecto, ha señalado la CIDH: “Por último, la CIDH subraya la importancia de que, en la recolección de datos realizada por los Estados, también debe ser incluida información cuali-cuantitativa sobre leyes y políticas públicas que aborden los DESCAs y su acceso y goce por parte de las personas LGBTI, y en particular, las personas trans y de género diverso. Finalmente, la Comisión resalta que dicha información debe ser basada en el respeto a las especificidades y sensibilidades de esas personas, así como llevada a cabo por personal debidamente capacitado y sensible a la diversidad de identidad de género y de expresión de género. Además, debe ser guiada por principios de confidencialidad y seguridad de la información, de tal manera que no se exponga a las personas trans y de género diverso a violaciones sistemáticas, inclusive por parte de instituciones del propio Estado”.³⁰

En relación con la población privada de libertad, ocurre la misma situación. De ahí que resulte indispensable que esta honorable Corte establezca obligaciones específicas para los Estados en relación con el registro de datos relacionados con la violencia sufrida por la población LGBT privada de su libertad.

Específicamente, en relación con los tipos de violencia que sufre la población LGBT, la CIDH ha alertado sobre la falta de información registrada al respecto: “Los mecanismos de recolección de datos en los países de la OEA son muy limitados. Recientemente la CIDH realizó un proyecto de monitoreo de asesinatos y actos de violencia contra personas LGBT durante quince meses. En el marco de este proyecto, la CIDH determinó que las estadísticas oficiales eran insuficientes, y tuvo que recurrir a fuentes complementarias de información, tales como la cobertura periodística en medios de comunicación, informes de organizaciones de la sociedad civil y otras fuentes que realizan monitoreo. Este esfuerzo de monitoreo produjo un Registro de Violencia que no es exhaustivo pero que reveló la existencia de violencia generalizada contra personas LGBT en la región.”³¹

³⁰ CIDH, *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso*, 58.

³¹ CIDH, *Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Trans e Intersex en América*, 80.

El Experto Independiente de las Naciones Unidas sobre la orientación sexual y la identidad de género, Víctor Madrigal-Borloz, publicó en el año 2019 un informe sobre la Recopilación y gestión de datos como medio para fomentar la sensibilización acerca de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género. En él se afirma que: “las partes interesadas, estatales y no estatales, así como los mecanismos de derechos humanos a nivel mundial, regional y nacional, han reconocido que la recopilación y la gestión adecuada de los datos relevantes son esenciales para abordar adecuadamente el problema de la violencia y la discriminación. Sin embargo, como resultado de las barreras creadas por la criminalización, la patologización, la demonización y demás factores que conducen a la estigmatización, no existen estimaciones precisas sobre la población mundial afectada por la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual o la identidad de género”.³²

De conformidad con el principio de diligencia debida, los Estados tienen la obligación de recopilar los datos necesarios que permitan mantener un registro de los hechos de violencia cometidos contra la población LGBT en general, y la población LGBT privada de libertad en especial, debido a los altísimos niveles de violencia a los que se encuentran expuestas, ante los múltiples factores discriminación que enfrentan.

Ello con el fin de tomar las medidas que sean necesarias para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra la población LGBT privada de libertad. En este sentido ha sostenido el Experto Independiente: “El principio de diligencia debida, que exige que los Estados protejan a las personas que corren especial riesgo de sufrir violencia y discriminación y adopten medidas para comprender y eliminar la estigmatización cultural y otras causas sociales de la violencia y la discriminación, también forma parte de la responsabilidad del Estado cuando este sabe, o tiene motivos razonables para creer, que se están perpetrando abusos. Por consiguiente, el desglose de los datos que permita establecer comparaciones entre grupos de población forma parte de las obligaciones de los Estados en materia de

³² Organización de las Naciones Unidas, *Recopilación y gestión de datos como medio para fomentar la sensibilización acerca de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 5.

derechos humanos y se ha convertido en un elemento del enfoque de la utilización de los datos basado en los derechos humanos⁴. Eso incluye los datos relativos a las características demográficas, económicas, sociales y culturales, las tasas de alfabetización, las tasas de desempleo, los patrones de votación, el número de casos de violencia denunciados y otros indicadores. Los Estados también necesitan datos de esa naturaleza para preparar los informes que han de presentar a los órganos internacionales de derechos humanos en cumplimiento de sus obligaciones. El seguimiento incluye el examen de los datos reunidos por los organismos administrativos y mediante encuestas estadísticas, censos de población, encuestas de percepción y opinión y juicios de expertos”.³³

Desde esta perspectiva, los Estados deben realizar procedimientos de recopilación de datos segregados que permitan analizar el comportamiento de la violencia y la discriminación contra la población LGBT. Ello de forma tal que se cuente con información suficiente de acuerdo a los grupos poblacionales y los distintos factores de vulnerabilidad, que permita elaborar políticas públicas eficientes para combatir la violencia dirigida hacia la población LGBT privada de su libertad.

V. Enfoque diferenciado en la protección de los derechos humanos de las personas indígenas privadas de libertad:

Consulta la CIDH:

a) Con relación a las personas originarias privadas de libertad:

- 1. ¿Qué obligaciones específicas deben adoptar los Estados para asegurar que las personas indígenas privadas de la libertad preserven su identidad cultural, en particular sus costumbres, rituales y alimentación**

³³ Ibíd.

- 2. ¿Cuáles son los deberes del Estado en relación con la atención médica de las personas indígenas privadas de la libertad, en particular respecto a sus prácticas medicinales y medicinas tradicionales?**
- 3. ¿Qué medidas especiales tendrían los Estados que adoptar en relación con las actividades o programas desarrollados en el ámbito carcelario, así como las audiencias disciplinarias, atendiendo a las particularidades culturales y lingüísticas de las personas indígenas?**
- 4. ¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados para la prevención de todo acto de violencia respecto de las personas indígenas privadas de la libertad?**

Las obligaciones específicas que tienen los Estados para garantizar que las personas indígenas cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas atendiendo a sus circunstancias particulares, se derivan justamente de las obligaciones generales que tienen los Estados para garantizar que todas las personas tengan una privación de libertad con cumplimiento de las garantías y derechos mínimos como seres humanos, en respeto al Principio de Dignidad Humana y de Igualdad y No Discriminación.

Entre la normativa internacional para pueblos indígenas, que genera obligaciones específicas a los Estados, se encuentra lo establecido por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que en sus numerales 8 al 12 establecen: “Artículo 8: 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”.

Véase como se señala que los Estados deben valorar las costumbres, el derecho consuetudinario y las instituciones propias de las personas que conforman los pueblos indígenas. “Artículo 9:1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Este artículo indica que los Estados deben respetar los métodos propios de represión siempre que sean compatibles con los derechos humanos. Además de las costumbres de los pueblos indígenas en materia penal. “Artículo 10: 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.

En sentido similar a los artículos anteriores se indica que deben considerarse las características económicas, sociales y culturales de las personas que conforman cada pueblo indígena, privilegiando las sanciones diferentes a la privación de libertad. “Artículo 11: La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.”

“Artículo 12: Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

Estos dos artículos establecen la prohibición de servicios personales obligatorios y la protección contra la violación de derechos a través de procedimientos legales, facilitando la participación de intérpretes, peritajes culturales y otros elementos probatorios con pertinencia cultural.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece de forma general sobre los pueblos indígenas que: “Artículo 13. 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.”

“Artículo 35: Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.

Por último, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: “Artículo VI. Derechos colectivos: Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas”.

“Artículo XIV. Sistemas de conocimientos, lenguaje y comunicación (...) Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, realizarán esfuerzos para que dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en sus propias lenguas en procesos administrativos, políticos y judiciales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

“Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.

3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.

4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo”.

“Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

La normativa indicada corresponde a dos declaraciones que de igual forma que el Convenio 169 de la OIT, generan obligaciones a los Estados en términos de derechos humanos para la población indígena, más aún si se encuentra privada de libertad; véase como resulta obligatorio considerar las costumbres, cosmovisión, espiritualidad, prácticas, tradiciones, que implican una forma de vida particular y se relacionan con la salud, la educación, la alimentación, la vivienda, el vestido, así como el idioma que es básico en la trasmisión de la cultura de los pueblos indígenas.

Otro instrumento son las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, que establecen como objetivo, garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna. Las principales reglas que tienen relación con las personas y pueblos indígenas son las siguientes: 1, 2,3,4,9,15,16,21,30,33,41,42,48,49,58,62,66. Específicamente la regla 9 plantea:” (9) Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen, identidad indígena o su condición económica. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los sistemas de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, idioma y tradiciones culturales.

Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas alternativas y restaurativas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con los sistemas de administración de justicia estatal.

Se entenderá que existe discriminación hacia las personas afrodescendientes o pertenecientes a otras diversidades étnicas o culturales, cuando se produzcan situaciones de exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional, étnico o cultural que anulen o menoscaben el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de

igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otro ámbito de la vida pública”.

Complementando la Regla 9 se encuentran también la Reglas 48 y 49 que señalan la necesidad de armonizar los sistemas de administración de justicia estatal y los medios de administración de justicia tradicionales, así como el uso de personas intérpretes y peritajes antropológicos y culturales.

Véase como se explica cuándo existe discriminación, lo cual claramente es aplicable a la privación de libertad en el sistema penitenciario, ya que están en esa condición jurídica por una orden judicial y a partir de un proceso penal, contravencional o como demandados de pensiones alimentarias.

Sumado a lo anterior, Costa Rica tiene una gran cantidad de normativa nacional sobre pueblos indígenas, se citará brevemente la relacionada con personas indígenas y la obligación del Estado costarricense de garantizar una privación de libertad reconociendo la diversidad étnica.

Existe a nivel constitucional un reconocimiento formal de la interculturalidad, al indicarse: “Artículo 1.- Costa Rica es una República democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural”. (Reformado el artículo 1 por la Ley n.º 9305 del 24 de agosto de 2015, publicada en *La Gaceta* 191 del 01 de octubre de 2015).

Lo que sin duda genera responsabilidades en las políticas públicas y toma de decisiones para las personas privadas de libertad indígenas.

La ley de Acceso a la Justicia de Pueblos Indígenas de Costa Rica de la que se derivan una serie de derechos y garantías para las personas indígenas y una serie de obligaciones para el Poder Judicial de Costa Rica para esta población, entre ellos se encuentran el reconocimiento efectivo de la diversidad étnica y la posibilidad de contar en todo tipo de proceso judicial con

personas defensoras públicas, los peritajes culturales, las personas intérpretes, las diligencias in situ, las ayudas económicas.

La Política Penitenciaria Científica y Humanista del Ministerio de Justicia de Paz de Costa Rica, publicada en el año 2017 cita de manera general a la población indígena, pero no genera de forma específica acciones afirmativas que evidencien que para esta población se garanticen sus derechos.

Se encuentra vigente la Circular 5-2016 del Instituto Nacional de Criminología, que pertenece al Ministerio de Justicia y Paz, cuyo asunto es la estrategia de intervención a personas indígenas privadas de libertad, y se refiere al abordaje integral que deben recibir las personas indígenas a partir que ingresan, permanecen y egresan del sistema penitenciario.

Considerando lo expuesto, las obligaciones específicas del Estado costarricense se derivan de los instrumentos jurídicos citados, e implican el reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de las personas que conforman pueblos indígenas. De ahí la importancia del reconocimiento de las diferencias sociales y culturales para hacer efectivo el principio de Igualdad y No discriminación.

1. **¿Qué obligaciones específicas deben adoptar los Estados para asegurar que las personas indígenas privadas de la libertad preserven su identidad cultural, en particular sus costumbres, rituales y alimentación?_**

Las obligaciones mínimas que deben adoptar las Estados para asegurar que las personas indígenas privadas de libertad preserven su identidad cultural, inicia sin duda, reconociendo que existen pueblos indígenas diferentes y que a partir de las diferencias cada uno de ellos tiene costumbres, rituales, cosmovisión, idiomas, espiritualidad, formas de vida, organización familiar, política y social, así como vivienda, uso y disposición del territorio, y alimentación diferente. Es por ello que resulta necesario conocer y comprender las

particularidades personales, sociales, culturales, económicas, educativas, laborales, de tenencia de tierras y territorios, para brindar abordajes integrales desde el Poder Judicial y desde el Sistema Penitenciario.

Para lo anterior y ante el desconocimiento, debe brindarse capacitación a todas las personas funcionarias públicas sobre pueblos indígenas, sus diferencias, derechos, necesidades, e instrumentos internacionales y nacionales, pues muchas veces tratan a las personas indígenas como si todas pertenecieran a un mismo grupo cultural y todas fueran similares, o como si no fueran personas indígenas.

A partir de lo anterior, es necesario explicar que la población costarricense según el censo del Instituto Nacional de Estadística y Censo (INEC) de 2011, era de 4 301 172 y la población indígena era de 104 143 personas, que representaba el 2,4% de la población nacional. A mediados del año 2020 la población nacional aumentó a 5 111 238 personas, sin que exista una proyección por parte del INEC para la población indígena, será en el censo del año 2021 en el que se actualicen los datos y permitan evidenciar la nueva realidad.

Costa Rica cuenta con ocho pueblos indígenas distribuidos en 24 territorios:

- ▶ 1. **Guatuso** (maleku),
- ▶ 2. **Matambú** (chorotega),
- ▶ 3. **Térraba** (teribe o térraba),
- ▶ 4. **Bajo Chirripó**(cabécar),
- ▶ 5. **Ujarrás** (cabécar),
- ▶ 6. **China Quichá** (cabécar),
- ▶ 7. **Tayní**(cabécar),
- ▶ 8. **Telire** (cabécar),
- ▶ 9. **Nairi Awari** (cabécar),
- ▶ 10. **AltoChirripó**cabécar),
- ▶ 11. **TalamancaCabécar** (cabécar),
- ▶ 12. **Brunca** (brunca o boruca),
- ▶ 13. **Rey Curré** (brunca o boruca),

- ▶ 14. **Zapatón** (huetar),
 - ▶ 15. **Quitirrisí** (huetar),
 - ▶ 16. **Coto Brus** (ngöbe),
 - ▶ 17. **Altos de San Antonio** (ngöbe),
 - ▶ 18. **ConteBurica** (ngöbe),
 - ▶ 19. **Abrojo Montezuma** (ngöbe),
 - ▶ 20. **Osa** (ngöbe),
 - ▶ 21. **Salitre** (bribri),
 - ▶ 22. **Cabagra** (bribri),
 - ▶ 23. **TalamancaBribri**(bribri),
 - ▶ 24. **Kéköldi** (bribri).
- ▶ Además, residen dos pueblos indígenas que han migrado: las personas miskitas, provenientes de Nicaragua y las personas ngöbes-buglés de Panamá.

Mapa de los pueblos indígenas distribuidos en los 24 territorios



Véase como la mayoría de los pueblos indígenas están ubicados en los territorios más

alejados del país y con menos acceso a servicios básicos. Además, a distancias considerables de los centros de atención institucional (cárceles) que hay en Costa Rica.

Es así como la población privada de libertad como grupo en condición de vulnerabilidad, incluye otras poblaciones minoritarias como la indígena, que tienen especificidades que resultan necesarias de conocer para introducir la perspectiva intercultural desde que un proceso penal inicia, para su adecuado abordaje en el sistema judicial y en el sistema penitenciario.

Ahora bien, respecto a las personas indígenas que se encuentran privadas de libertad, de acuerdo con los datos facilitados por el Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz, al 30 de setiembre de 2020 había 109 personas indígenas en esa condición, distribuidas en todos los centros de Atención Institucional, lo que nos refleja que aún y cuando deben estar privados de libertad lo más cercano a su lugar de residencia, esta situación no ocurre, lo que genera una desvinculación con su familia y con su pueblo.

Cuadro de población indígena 30 de setiembre 2020.

| | |
|---------------------------------|----|
| CAI 26 de julio | 1 |
| CAI Adulto Mayor | 1 |
| CAI Antonio Batista De Paz | 27 |
| CAI Carlos Luís Fallas | 4 |
| CAI Jorge Arturo Montero Castro | 8 |
| CAI Jorge de Bravo | 3 |
| CAI Limón | 21 |
| CAI Luís Paulino Mora | 4 |
| CAI San José | 2 |
| CAI Vilma Curling Rivera | 1 |
| UAI 20 diciembre 1979 | 10 |
| UAI Pabru Presberi | 22 |
| UAI Reynaldo Villalobos | 4 |

| | |
|--|-----|
| CAI Centro Especializado Ofelia Vinzenci Peñaranda | 1 |
| Total | 109 |

Elaboración de la Defensa Pública a partir de la información enviada por el Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz.

De las 109 personas privadas de libertad, 73 se encuentran en centro de atención institucional cerrado, y 36 en Unidades de Atención Integral, que es un centro cerrado pero un poco más amplio y con otras regulaciones, lo cual es positivo pues hay una cantidad importante de personas indígenas en este régimen, sin embargo no se brinda una atención técnica rápida y certera.

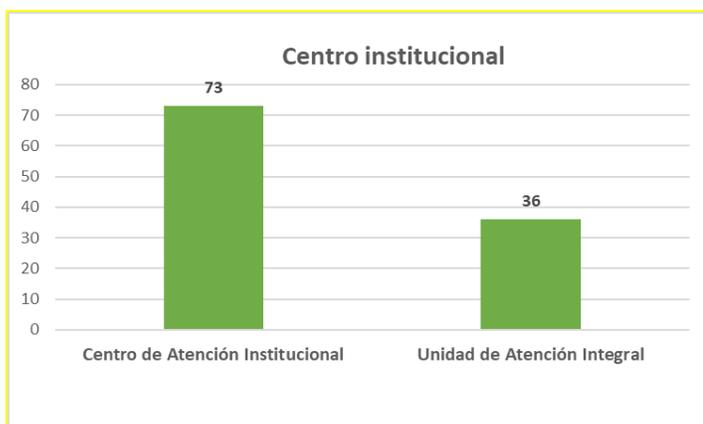


Gráfico 3: Elaboración de la Defensa Pública a partir de la información enviada por el Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz.

En cuanto al género 108 personas son hombres y una mujer. Debe aclararse que actualmente el CAI. Vilma Curling, que es el centro penitenciario para mujeres no tiene personas indígenas sentenciadas, pues egreso en diciembre de 2020.

En lo que se refiere a los grupos etarios se indica que hay una persona en el centro establecido para adultos jóvenes, una persona en el centro establecido para adultos mayores y las otras 107 personas se encuentran distribuidas en los diferentes centros. Un factor a considerar es que las personas adultas mayores están en los diferentes centros penitenciarios, no necesariamente son ubicados en el centro para adultos mayores, y esto

obedece a espacios, o a que las personas no desean estar más lejos de sus lugares de residencia.

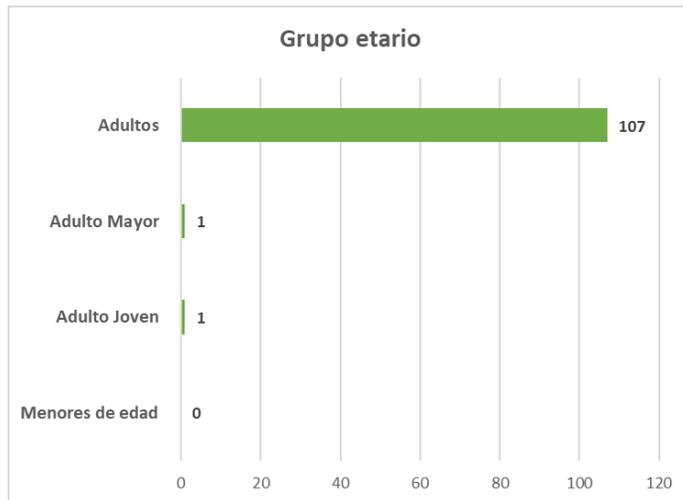


Gráfico 4: Elaboración de la Defensa Pública a partir de la información enviada por el Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz.

De la población señalada la mayoría de las personas indígenas son costarricenses, continuando con las personas panameñas, nicaragüenses y colombianos.

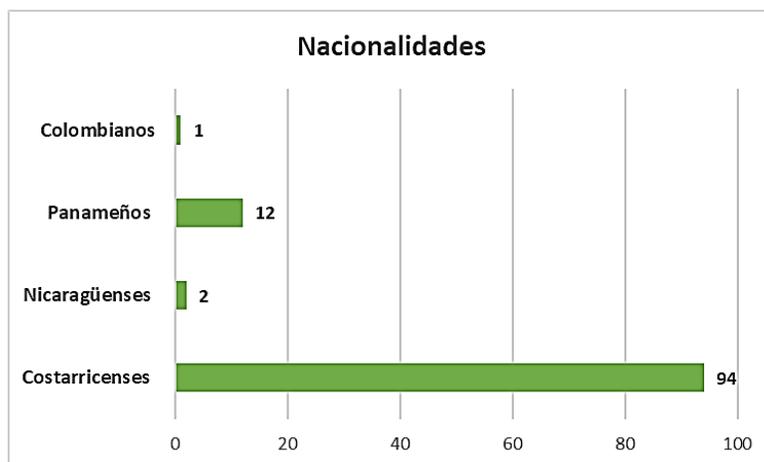


Gráfico 5: Elaboración de la Defensa Pública a partir de la información enviada por el Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz.

A partir de lo anterior hay personas de diferentes pueblos indígenas, pudiéndose notar que algunas estadísticas invisibilizan el grupo étnico, por no indicarlo.

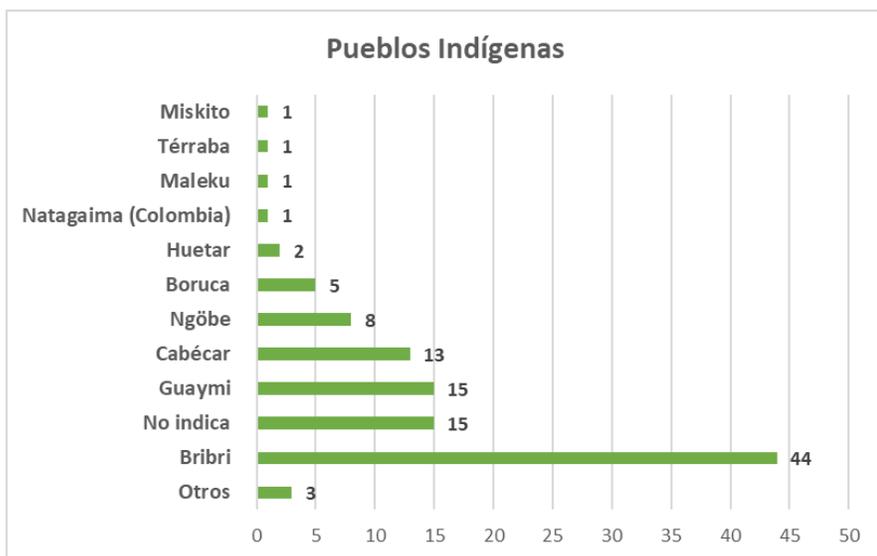


Gráfico 6: Elaboración de la Defensa Pública a partir de la información enviada por el Departamento de Estadística del Ministerio de Justicia y Paz.

Se requiere que las personas funcionarias públicas le realicen consultas a las personas indígenas privadas de libertad, sobre sus necesidades, cosmovisión, rituales, alimentación y a partir de una consulta respetuosa y en su idioma materno, se pueda generar una privación de libertad que considere desde el inicio de la misma, ante el sistema judicial y ante el sistema penitenciario, sus necesidades para ser atendidas.

Una vez que conozcan los aspectos básicos sobre las personas que pertenecen a los pueblos indígenas, es necesario generar estadísticas inclusivas, con pertinencia cultural, que puedan ayudar a respetar las personas indígenas privadas de libertad, sea desde el Poder Judicial, donde se está en un proceso de construcción de indicadores y estadísticas, y desde el Sistema Penitenciario, para generar políticas públicas a nivel estado que mejoren la calidad de vida de las personas indígenas y faciliten un ingreso, permanencia y egreso respetuoso de sus realidades culturales.

Otra obligación es aplicar la normativa internacional y nacional existente, de tal manera que su existencia no sea formal, sino material, con ello se garantizaría el respeto a la Igualdad, ya que se reconocerían las diferencias y se brindarían atenciones técnicas con perspectiva inter cultural, respetando, su idioma, su forma de ser, su manera de ver y sentir el mundo y las realidades que ocurren, garantizando que la persona están entendiendo y haciéndose entender sobre su privación de libertad, sentencia y ejecución de la misma, así como las posibilidades de egresar.

El uso de personas intérpretes tanto en el sistema judicial como en el sistema penitenciario, así como en las atenciones técnicas, atenciones médicas, educativas y laborales.

El uso de peritajes culturales a fin de que el sistema judicial y el sistema penitenciario tome decisiones con respeto a la interculturalidad y a un enfoque diferenciado a partir de los factores interseccionales que afectan a cada persona, de lo contrario se genera discriminación estructural.

2. ¿Cuáles son los deberes del Estado en relación con la atención médica de las personas indígenas privadas de la libertad, en particular respecto a sus prácticas medicinales y medicinas tradicionales?

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas indica en relación a la salud y al uso de prácticas medicinales tradicionales lo siguiente: “Artículo 24. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud”.

Por su parte la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el punto dos del artículo XVIII indica: “Artículo XVIII. Salud Los pueblos indígenas tienen

derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales”.

La Circular 5-2016 del Instituto Nacional de Criminología del Ministerio de Justicia y Paz en cuanto al tema de salud señala: “Salud: Desde los servicios de salud, se brindará atención a las necesidades que esta población requiera. En apego a su patrón cultural, se favorecerá el uso de la medicina tradicional propia de las comunidades indígenas, sin que esta sustituya la atención en salud que deba realizar el personal destacado en los centros penales para ese fin”

A pesar de la normativa citada, y el respeto a la multiculturalidad y pluriétnicidad que se deriva del artículo primero de la Constitución Política, que refleja las obligaciones del Estado costarricense, y del Ministerio de Justicia y Paz, actualmente no se respetan las prácticas de salud y medicinas tradicionales de las personas privadas de libertad indígenas, que implicarían permitir la siembra y el ingreso de plantas medicinales para la atención de su salud, o el uso de medicina tradicional.

3. **¿Qué medidas especiales tendrían los Estados que adoptar en relación con las actividades o programas desarrollados en el ámbito carcelario, así como las audiencias disciplinarias, atendiendo a las particularidades culturales y lingüísticas de las personas indígenas?**

Las medidas especiales que el Estado costarricense tendría que adoptar en relación con los programas y actividades desarrollados en el ámbito carcelario, así como con las audiencias disciplinarias atendiendo a las particularidades culturales y lingüísticas de las personas indígenas privadas de libertad pueden ser varias:

Capacitación continua sobre derechos humanos, género, pueblos indígenas de Costa Rica y sus diferencias culturales, justicia intercultural, instrumentos nacionales e internacionales sobre pueblos indígenas.

Respeto por la cultura, forma de vida y ubicación territorial de las personas indígenas. Debería considerarse la cercanía con la familia y su pueblo indígena, en atención a los lugares en los que residían previo a la privación de libertad, ya que en su mayoría son personas de escasos recursos económicos, de lugares alejados, con dificultad de desplazarse por el área metropolitana, o lugares diferentes a los que conocen. Debe procurarse que las personas indígenas sean ubicadas en los centros de Atención Institucional, las Unidades de Atención Integral y los Centros Semi Institucionales cercanos a su familia, con el fin de poder recibir visitas carcelarias, y que estas sean en horarios y días más flexibles para quienes las realizan.

Valorar la escasez de recursos y la personalidad de una persona indígena privada de libertad. Las personas privadas de libertad que no son indígenas suelen tener acceso a ropa o artículos de higiene más fácil al pedirlos a sus familiares o amigos. La persona indígena suele ser más callada, introvertida y no externa cuando necesita ayuda, artículos básicos, atención médica, educativa, jurídica, por lo que debe procurarse un mayor atención de las personas funcionarias del Poder Judicial y del Sistema Penitenciario, a fin de procurar una vida digna.

Respeto por el idioma, por la cultural y forma de vida. Existe una falta de protección diferenciada porque hay desconocimiento de las condiciones particulares de las personas indígenas en Ministerio de Justicia y Paz, en Adaptación Social y en el Poder Judicial.

Deberían generarse abordajes y procesos de los profesionales que realizan las

intervenciones con interpretación oral y escrita, así como interpretación oral en su idioma de los documentos que les ponen en conocimiento y reciben.

Debería valorarse cuando es necesario, las intervenciones técnicas individuales y con persona intérprete para las mismas.

Utilizar y aplicar instrumentos con perspectiva cultural tanto en Trabajo Social, como Psicología y Psiquiatría del Poder Judicial, así como en los abordajes de Trabajo Social y Psicología del Ministerio de Justicia y Paz, de forma tal que se genere una atención cultural diferenciada y que ésta se evidencie en los resultados de los instrumentos utilizados a partir de las especificidades culturales.

Permitir de forma efectiva, a partir de la comprensión de la cosmovisión y del sentido de pertenencia de la persona indígena con su territorio y a su grupo cultural, las ofertas domiciliarias, laborales y familiares con pertinencia cultural, pues solo en esos lugares tienen a sus familias y amigos, ya que al no existir esta comprensión de una forma de vida diferente, permanecen más tiempo privados de libertad que las personas no indígenas.

Debe procurarse crear espacios de mayor relación entre personas indígenas que se encuentren privadas de libertad, para que puedan interactuar, para que el sentido de pertenencia a sus orígenes no se pierda, puedan apoyarse entre ellas, incluso compartir en su propio idioma.

Generar programas penitenciarios que respeten el tipo de trabajo y la relación con la tierra que tienen las personas indígenas.

Las audiencias disciplinarias debería de realizarse cuando se requiera, con una persona intérprete, y procurarle a la persona indígena un profesional en derecho que garantice un debido proceso y su derecho de defensa.

4. ¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados para la prevención de todo acto de violencia respecto de las personas indígenas privadas de la libertad?

Las obligaciones particulares que tienen los Estados para prevenir todo acto de violencia respecto a las personas indígenas privadas de libertad son muchas, entendiendo que las formas de la violencia son variadas, entre ellas puede estar la violencia estructural, institucional, personal, sexual, física, psicológica y otras. Algunas obligaciones pueden ser las siguientes:

Reconocer las condiciones particulares de vulnerabilidad que tienen las personas indígenas privadas de libertad y como ello las coloca, si no son atendidas con especificidad cultural, en una discriminación estructural.

Aplicar un enfoque diferenciado en el abordaje jurídico y técnico como acción positiva para evitar la violencia y la discriminación.

Capacitación en todos los niveles de atención.

Análisis de interseccionalidad, intergeneracional y de género para valorar el abordaje técnico y jurídico a nivel judicial y penitenciario, así como para la aplicación de las sanciones.

Aplicar el artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y generar a nivel legislativo, una norma penal que considere las condiciones personales, sociales, culturales y económicas de las personas indígenas, que le brinde a la persona juzgadora la posibilidad de rebajar la pena por debajo del mínimo legal establecido por el

delito, cuando se trate de hechos culturales, cuando se determine el impacto desproporcionado de la prisión en la persona y la comunidad o pueblo indígena, y cuando se valore la posibilidad de aplicar otras sanciones diferentes a la privación de libertad.

El reconocimiento de las diferencias debe generar acciones afirmativas para una población históricamente discriminada y violentada en sus derechos y garantías.

VI. Enfoque diferenciado para la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores privadas de la libertad

Consulta la CIDH:

a) ¿Cuáles son las obligaciones específicas de los Estados para garantizar a las personas mayores para que cuenten con condiciones de detención adecuadas atendiendo a sus circunstancias?, en particular:

- 1.- Derecho de accesibilidad y movilidad**
- 2.- Atención médica y psicológica, en especial cuidados paliativos**
- 3.- Contacto con el exterior y su familia**
- 4.- Medidas de reinserción social**

La Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, vigente a partir del 11 de enero de 2017, dispone como principios generales de dicho cuerpo normativo:

- a) La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b) La valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c) La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor.

- d) La igualdad y no discriminación.
- e) La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad.
- f) El bienestar y cuidado.
- g) La seguridad física, económica y social.
- h) La autorrealización.
- i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- j) La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria.
- k) El buen trato y la atención preferencial.
- l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor.
- m) El respeto y valorización de la diversidad cultural.
- n) La protección judicial efectiva (OEA, 2015, Capítulo II. Art 3)

Con especial mención el artículo 5 sobre el derecho a la igualdad y no discriminación por razones de edad, en la vejez dispone: “Los Estados Parte desarrollarán enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona adulta mayor en condición de vulnerabilidad y aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, personas con discapacidad, las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos, rurales, entre otros” (OEA, 2015)

En materia de privación de libertad **de personas adultas mayores**, es fundamental tomar en consideración las especiales necesidades que deben abordarse a partir de la creación de Unidades Regionales especializadas, que garanticen la específica atención técnico profesional y sanitaria, así como la proximidad con sus familiares en atención a sus especiales necesidades afectivas.

Al respecto, el Centro Internacional de Estudios Penitenciarios en el documento “La administración penitenciaria en el contexto de los derechos humanos” (2002) ha expuesto: “Una de las consecuencias del aumento de la duración de las condenas en algunas jurisdicciones es que la administración penitenciaria tiene que responder a las necesidades de un número creciente de reclusos de avanzada edad. En algunas jurisdicciones, la reciente tendencia de largas condenas o cadena perpetua ha supuesto un importante aumento número de reclusos que envejecen en prisión.” (CIEP, 2002, p. 141)

Ello genera la necesidad de contar con :

- a) Instalaciones especializadas, conforme los criterios vertidos por la Cruz Roja Internacional.
- b) Infraestructura que permita abordar los problemas resultantes de la pérdida de movilidad o del deterioro mental
- c) Abordaje integral de problemas sociales y médicos derivados del envejecimiento
- d) Plan integral para la reubicación de la personas adultas mayores con largas penas de encarcelamiento
- e) Aproximación con sus familiares o alternativas de cuidado estatales, en caso de abandono o pérdida del vínculo familiar
- f) Planificación inicial tras la sentencia que permita facilitar y garantizar el respeto de las especiales necesidades de la persona privada de libertad de cara al ingreso a la vida normal a prisión
- g) Oferta de actividades lúdicas, educativas, terapéuticas y paliativas en aras de garantizar la conservación de sus capacidades, atención de especiales necesidades y apoyo en caso de procesos de rehabilitación
- h) Prohibición del aislamiento y por el contrario, incorporación a programas que les permita mantenerse ocupados, en comunidad, por su propio interés y salud
- i) Contactos con familiares y el mundo exterior
- j) Revisión periódica de modo que se promueva su egreso con especial interés en vista de sus especiales vulnerabilidades y necesidades

k) En materia de atención sanitaria, conforme lo dispone el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” Siendo que por su propia naturaleza, el encarcelamiento puede tener un efecto perjudicial sobre el bienestar físico y mental de los reclusos. Por consiguiente, las administraciones penitenciarias no sólo tienen la responsabilidad de prestarles atención médica, sino disponer las condiciones que promuevan el bienestar de las personas privadas de libertad, especialmente, aquellos que con problemas de salud preexistentes por su edad requieren medicina curativa, preventiva y paliativa.

(Declaración de los Jefes de Gobierno en la 4 Cumbre de Estados del Báltico sobre la amenaza de enfermedades, San Petersburgo, 10 de junio de 2002)

l) En materia de derecho a la salud, frente a las especificidades propias de la edad, es fundamental además:

- Acceso a servicios de salud gerontológicos (Principio 9, Principios Básicos para el tratamiento de reclusos)
- Exámenes médicos apropiados, periódicos y sin dilación (Principio 24, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión)
- Traslados en caso de requerirse a espacios especializados (Regla 22, Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos)

m) Entorno sano: que satisfagan las condiciones de higiene, instalaciones sanitarias adecuadas y accesibles (Reglas 10, 12, 13 y 26 Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos)

Al efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado Asunto del Complejo Penitenciario Curado respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2016, ha dispuesto: “La resolución se refiere a las medidas provisionales requeridas para proteger eficazmente la vida y la integridad personal de las personas privadas de libertad en el Complejo

Penitenciario de Curado. En particular, la delegación de la Corte que visitó las celdas de aislamiento observó que no existían secciones distintas para personas mayores, existiendo la obligación de crear espacios para tal efecto” En igual sentido, en el asunto Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018.

VII. Enfoque diferenciado con relación a los niños que viven con sus madres en centros de detención

Consulta la CIDH

a) En relación a los niños que viven con sus madres en prisión, cuáles son:

- 1.- Obligaciones específicas deben adoptar los Estados para asegurar el derecho a la vida familiar del niño o la niña, incluyendo el contacto con el otro progenitor**
- 2.- Obligaciones del Estado en materia de acceso al derecho a la salud y la alimentación de niños y niñas**
- 3.- Deberes del Estado para asegurar un desarrollo adecuado de niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres, incluyendo lo relacionado con la integración comunitaria, socialización, educación y recreación.**

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en sus recomendaciones elaboradas en el Debate anual del 2011, destaca la ausencia de estadísticas, estudios o metodologías de trabajo específicas para niños/as que viven y se desarrollan como personas con uno de sus padres encarcelados. En consecuencia, estos niños y niñas como ocurre en gran medida con los familiares de personas encarceladas son prácticamente invisibles para las autoridades, los representantes de la sociedad civil y especialistas, tanto en temas de niñez como de seguridad ciudadana.

El artículo 3 de la CDN determina: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. De manera acorde, el artículo 19 de la Convención Americana establece que los niños deben contar con medidas especiales para su protección así como para ser titulares de los derechos consagrados en este instrumento.

El Comité de Derechos de los Niños y las Niñas puntualizó que los hijos e hijas de personas privadas de libertad o en conflicto con la ley: “deben garantizar que su madre tenga acceso a medidas alternativas a la prisión, en aquellos casos en que se encuentre a cargo del cuidado de aquellas”(3 de octubre 2003)

En sentido coincidente se pronunció en la Observación General N° 14:” Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad”, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados. Por su parte, las Reglas de Bangkok se refieren de modo expreso sobre esta cuestión: “Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”. En definitiva, el interés superior del niño y la niña obliga a las autoridades a analizar las consecuencias que puede tener para ellos el encarcelamiento de su progenitora y sopesarlas con el objetivo de la medida, de modo de valorar qué efectos pueden sufrir los niños y niñas frente a una determinación que impactará en el vínculo filial y en todos los aspectos de su vida.

Como elemento derivado de lo anterior, los niñas y niños tienen el derecho de crecer en el seno familiar. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños y niñas a vivir en familia y a ser cuidados por sus padres. En su prólogo, los Estados han afirmado que “la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños y niñas, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. El artículo 8 del instrumento establece: “Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar [...] las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”; mientras el artículo 9 dispone que los niños y niñas no deben ser separados de sus progenitores contra la voluntad de estos “salvo cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Al respecto, el artículo 16 del Protocolo de San Salvador prevé: “Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre [...]”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconocen el derecho a la protección de la familia. De acuerdo con la interpretación de la Corte Interamericana, la protección de la vida familiar exige al Estado no solo que se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño o niña, sino también que adopte medidas positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos.

La separación de niñas y niños de sus progenitores constituye una restricción grave al derecho a crecer en el seno de una familia, y es común que ocurra al inicio del encarcelamiento o una vez que los niños han alcanzado una determinada edad. Como toda medida restrictiva de derechos, y de acuerdo con el artículo 30 de la Convención Americana así como con la jurisprudencia constante de la Corte IDH, debe estar prevista en la ley,

perseguir un fin legítimo, y superar los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Estos exámenes deben aplicarse al supuesto concreto de separación de niños y niñas de su familia para determinar su legitimidad, en tanto esta constituye una de las interferencias estatales más intensas sobre el derecho a la protección familiar.

En esos términos, para que no resulte desproporcionada, la medida debe cumplir con los siguientes recaudos:

- a) estar justificada en el interés superior del niño
- b) ser excepcional
- c) en lo posible, ser temporal.

La Corte Interamericana ha establecido en varias oportunidades, que “[...] el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso la separación debe ser excepcional y, en la medida de lo posible, temporal”.

Naturalmente, las razones invocadas para justificar la separación no pueden ser discriminatorias. Cualquier decisión estatal que disponga la separación de niñas y niños respecto de sus padres sobre la base de con-sideraciones subjetivas, estereotipadas o no probadas en forma debida desatiende el deber de priorizar el interés superior y queda impregnada de arbitrariedad. Asimismo, una decisión de tal magnitud, en atención al deber de privilegiar al niño o niña, debe analizar las consecuencias positivas y negativas que acarrea y sopesarlas con el objetivo que persigue, de modo de valorar qué efectos puede sufrir el niño o niña frente a una determinación que lo obligue a alterar el vínculo con sus progenitores.

Las decisiones que se adoptan respecto de las mujeres detenidas pueden tener un notable impacto en la unidad o en la separación de sus familias y, en consecuencia, en el ejercicio de este derecho por parte de las niñas y niños potencialmente afectados.

Como fue indicado, el encarcelamiento de las madres suele derivar en la pérdida de todo contacto con ellas, y con frecuencia también produce el desmembramiento del grupo familiar (la pérdida de contacto entre hermanas, hermanos y otros familiares). Por este motivo, se busca garantizar que permanezcan con sus madres fuera de las prisiones mediante la concesión de medidas alternativas al encierro carcelario así como mantener contacto con su otro progenitor, se encuentre o no en prisión.

La importancia del derecho de las niñas, niños y adolescentes a recibir cuidados y a estar en compañía de su familia está íntimamente relacionada con la protección de los derechos a la vida, la salud, la integridad y al desarrollo integral.

Diversos instrumentos internacionales reconocen el derecho de las niñas, niños y adolescentes a la vida. Es evidente que se trata de un derecho fundamental, sin el que los demás derechos pierden todo significado. Pero el Estado no solo tiene la obligación de protegerla, es decir, de no privar arbitrariamente de la vida, sino que también tiene el deber de actuar para crear las condiciones que la garanticen un contexto de dignidad.

Por otra parte, con relación al derecho a la la salud, tal como ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud, tiene una clara relación con el desarrollo y el futuro de las niñas y niños: su cuidado (en todas sus expresiones) hacen a las mejores posibilidades de su crecimiento saludable y sustentan su futuro personal y el desarrollo de sus aptitudes intelectuales y físicas. En consonancia, la salud física y el bienestar psicosocial de las niñas y niños son, en muchos aspectos, interdependientes, y pueden correr peligro en condiciones de vida adversas, descuido, trato negligente o abusivo, o espacios que brinden escasas

oportunidades de realización personal –todas ellas, circunstancias que suelen rodear a las hijas e hijos de mujeres privadas de libertad o con ambos padres presos.

La separación de las hijas e hijos de sus madres a causa del encarcelamiento también puede constituir una afectación a su derecho a la integridad personal.

La Corte IDH, en el caso *Castro Castro*, estimó que la falta de comunicación y la restricción de visitas de las mujeres detenidas con sus allegados provocó, además de una afectación a sus derechos, una violación a la integridad psíquica de sus familiares.

Con respecto a las hijas e hijos de esas mujeres, la Corte IDH agregó que “este tipo de medidas de incomunicación causó una particular afectación en los niños por la privación del contacto y relación con sus madres internas, y por ello presume dicho sufrimiento respecto de los hijos de las internas que tenían menos de 18 años de edad en la época de la incomunicación”. En el caso, la incomunicación había sido temporal como consecuencia de una sanción. Sin embargo, el principio es claramente trasladable a la situación de muchos niños y niñas que pierden todo contacto con sus madres y padres o lo mantienen en forma muy esporádica por distintas dificultades.

En cuanto al derecho al desarrollo e integración en la comunidad, la Convención sobre los Derechos del Niño destaca su importancia durante la primera infancia al consagrar que “todos los niños tienen derecho a desarrollarse en la máxima medida posible” y que “los Estados reconocen su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”. En la actualidad, existe acuerdo a la hora de considerar que el concepto de desarrollo humano puede ser definido como el proceso de ampliación de las posibilidades de elegir de los individuos, que permite expandir la gama de oportunidades abiertas a las personas para vivir una vida saludable, creativa y con los medios adecuados para desenvolverse en su entorno social.

En este contexto, el derecho al desarrollo integral conlleva un proceso amplio de realización de los derechos de los niños y niñas que involucra:

- a) crecer en entornos saludables y protegidos
- b) crecer libres de temor
- c) desarrollo pleno de personalidad, talentos, capacidades mentales y físicas

Al efecto, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el vocablo “desarrollo” debe interpretarse en sentido cualitativo, es decir, se debe considerar el crecimiento físico junto con el desarrollo emocional, cognitivo, social y cultural de las personas menores de edad.

En ese contexto, tal y como fue ampliamente desarrollado en la Sección III, la persona menor de edad que permanece con su madre en un espacio de detención, cuenta con idénticos derechos a los de una persona menor de edad en condición distinta, enfatizándose la especial protección que debe recibir para:

- a) mantener contacto con su familia, comunidad y entorno, incluso con su padre, si éste también se encuentra privado de libertad.
- b) tiene derecho la salud en su sentido más amplio, no solamente física, sino emocional y el derecho al desarrollo integral.
- c) derecho al acceso a la salud, especializada tanto para la persona menor de edad, como para su madre, y tomar en cuenta las características biológicas y físicas de las mujeres, incluso debe permitir determinar la existencia de abuso sexual y otras formas de violencia sufridas por las mujeres antes del ingreso. Regla 6 apartado e) Reglas de Bangkok.
- d) En relación a los menores de edad que acompañen a sus madres en prisión, su reconocimiento médico debe permitir determinar sus necesidades médicas y tratamiento, caso de proceder y debe ser llevado a cabo por pediatras y servicios pediátricos adecuados. Regla 9, Reglas de Bangkok, Principio X Resolución 1/08 CIDH.

- f) Las mujeres embarazadas y lactantes tendrán derecho a programas apropiados para su condición, las instalaciones donde éstas sean albergadas deben ser idóneas y atender las necesidades específicas de aquellas que acaban de dar a luz.
- g) Con relación al uso indebido de sustancias psicotrópicas, especialmente en mujeres embarazadas y mujeres con niños, deben existir programas específicos de atención, que además de las vulnerabilidades, tengan en cuenta las tradiciones y especificidades culturales, conforme las Reglas 14, 15, 17 y 48.1 Reglas Bangkok, que garanticen el derecho a la salud y vida así como el interés superior del menor.
- h) Se debe garantizar atención y apoyo psicológico especializado a las mujeres privadas de libertad, de manera frecuente, estable, por parte de personal profesional especializado. Este abordaje debe brindarse garantizando la privacidad y las cuestiones de género, de manera que además brinden tratamiento de los traumas. Para tal efecto, los espacios de alojamiento deben ser lo menos restrictivos y su régimen de seguridad, lo menos estricto posible, en atención a las Reglas 12 y 41.d Reglas de Bangkok, así como a sus hijos e hijas menores de edad.
- i) Ante las especiales necesidades de las mujeres privadas de libertad, se deben brindar programas para la prevención del suicidio y las lesiones autoinflingidas, cursos pre y post parto, abordaje para las necesidades especiales de mujeres con niños pequeños y recién nacidos. Así como tomar en cuenta las necesidades médicas de aquellas mujeres que han dado a luz y sus bebés no se encuentren con ellas en prisión. Reglas 16, 42.3, 48.1, 48.2, 48.3 Reglas de Bangkok, Artículo 12.2 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Principio X Resolución 1/08 CIDH.
- j) En la medida de lo posible, los partos tendrán lugar en un hospital civil y no en los centros de privación de libertad. Cuando ello no fue posible no se indicará como lugar de nacimiento, el centro penal.
- k) Se proveerán dietas especiales a personas menores de edad, lactantes y a sus madres.
- l) Se proveerán suplementos durante el embarazo y lactancia a la madre y el menor. Dietas especializadas, instrumentos para comer y beber, elementos de limpieza y esterilización (Artículo 12.2 Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Regla 48.1 y 3 Reglas de Bangkok y Principio XI.1 Resolución 1/08 CIDH.

VIII. Conclusiones:

Como se advierte, en relación con los enfoques diferenciados que deben tener los Estados respecto de los grupos de personas privadas de la libertad analizadas dentro del presente documento, se deriva que existe fundamento normativo y jurisprudencial del Sistema Universal e Interamericano para emitir una interpretación integral de las obligaciones derivadas de la CADH por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de modo tal que los Estados miembros y los órganos de la OEA, cumplan de manera efectiva con las obligaciones establecidas en el SIDH al tiempo que permitan definir y desarrollar estrategias y políticas públicas en materia de derechos humanos.

En ese sentido, con respecto a mujeres embarazadas, en postparto y lactantes privadas de la libertad, se concluye que la Corte Interamericana se ha referido de manera general a las condiciones especiales y adecuadas de atención y acompañamiento, necesidades materiales con fundamento en las Convención Americana sobre Derechos Humanos, Reglas de Bangkok, CEDAW, Reglas Mandela, Resolución 1/08 CIDH, no obstante, en ninguna de las resoluciones se definen de manera específica cuáles son las obligaciones estatales para garantizar un

enfoque diferenciado que garantice los derechos de las mujeres privadas de la libertad y sus hijos menores de edad.

Con relación a la población LGTBI, con fundamento en los artículos 1.1, 4.1, 11.2, 13, 17.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se determina la importancia de que la CIDH emita un criterio sobre cómo garantizar un enfoque diferenciado que garantice la protección de la identidad de género, derecho a la libertad sexual, con énfasis en el derecho a la visita íntima, prevenir todo acto de violencia contra la población LGTBI privada de libertad sin que implique segregación del resto de la población, cuáles son las obligaciones en materia de salud de esta población con especial énfasis en la población trans cuando ésta desee iniciar o continuar su proceso de transición, así como la obligación de crear registros de violencia contra este grupo.

Relativo a las personas indígenas privadas de la libertad, conforme lo establece el Convenio 169 de la OIT, es menester que la CIDH defina la obligación estatal de garantizar y preservar la identidad cultural, costumbres, rituales de las personas originarias. Se tutele, de frente a la privación de libertad el derecho de la persona originaria a tener acceso a medicina tradicional, atención que tome en cuenta sus particularidades culturales y lingüísticas, así como la obligación de prevenir y registrar actos de violencia contra estas personas.

Tratándose de personas adultas mayores, con fundamento en la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, es fundamental que la CIDH se pronuncie sobre las necesidades específicas y diferenciadas en infraestructura y accesibilidad dentro de los centros de detención. Las obligaciones estatales en materia de atención médica, con énfasis en la atención geriátrica, psicológica y psiquiátrica, así como la integración de actividades lúdicas, culturales y cuidados paliativos de la población detenida de edad. En materia de contacto con el mundo exterior, se definan las condiciones particulares que deben privar en la integración a sus alternativas familiares o

establecimientos de cuidado estatales en caso de ruptura con el vínculo familiar. Finalmente, la definición de los deberes específicos para la materialización de la reinserción social de la persona adulta mayor privada de la libertad.

Con relación a las personas menores de edad que permanecen con sus madres en prisión, en aplicación del Principio de Interés Superior de la persona menor de edad, se defina la forma específica en que se materialice el derecho de la persona menor de edad a mantener contacto con sus padres y familias, el derecho a la salud, alimentación y desarrollo integral, sin romper el vínculo con su madre privada de libertad, pero garantizando su contacto con la comunidad, familia tanto para el desarrollo de actividades lúdicas como educativas.

Lo anterior con el objetivo que la Corte IDH delimite las obligaciones específicas estatales, con el objetivo de garantizar una respuesta y tutela efectiva e integral al amparo de los principios de Igualdad, No Discriminación y Enfoque diferenciado.

Atentamente,

M.Sc. Juan Carlos Pérez Murillo

Director

Defensa Pública

Poder Judicial

Costa Rica