



Opinión consultiva solicitada por la CIDH sobre **"Enfoques diferenciados en materia de personas** **privadas de libertad"**

Observaciones de Organizaciones de la Sociedad Civil **Bolivia**

Bolivia, enero de 2021

ÍNDICE

	<i>Pág</i>
A. ASPECTOS INTRODUCTORIOS	4
B. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS	5
I. Sobre las mujeres privadas de libertad embarazada, en posparto o lactantes	
¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para garantizar que las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas atendiendo a sus circunstancias particulares?	
1. ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica?	10
2. ¿Qué condiciones mínimas debe garantizar el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto?	11
3. ¿Qué medidas de seguridad puede adoptar el Estado al efectuar el traslado de mujeres embarazadas, a fin que sean compatibles con sus necesidades especiales?	12
4. ¿Cuál es el alcance del derecho al acceso a la información, en el contexto de privación de libertad de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes respecto de la información relativa a su condición especial?	13
5. En los casos de mujeres privadas de libertad con hijos o hijas en la primera infancia que se encuentran fuera del establecimiento carcelario, ¿qué medidas específicas deben adoptar los Estados a fin de asegurar que madre e hijo/a mantengan un vínculo estrecho acorde a sus necesidades especiales?	13
II. Sobre las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (LGBT) privadas de libertad	14
¿Qué obligaciones específicas tienen los estados para garantizar que las personas LGBT cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas atendiendo a 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?	15
2. ¿Qué obligaciones tienen los Estados para prevenir todo acto de violencia contra las personas LGBT privadas de libertad que no impliquen segregación del resto de la población carcelaria?	18
3. ¿Cuáles son las obligaciones especiales que tienen los Estados respecto de las necesidades médicas especiales de personas trans privadas de libertad y en particular, de ser el caso, respecto de quienes deseen iniciar o continuar su tratamiento de transición?	20
4. ¿Qué medidas especiales deben adoptar los Estados para asegurar el derecho a la realización de visitas íntimas de personas LGBT?	20
5. ¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados en materia de registro de los diferentes tipos de violencia en contra de personas LGBT privadas de libertad?	21
III. Sobre las personas indígenas privadas de libertad	22
¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para garantizar que las	

personas indígenas cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas atendiendo a sus circunstancias particulares?

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? 23
2. ¿Cuáles son los deberes del Estado en relación con la atención médica de las personas indígenas privadas de libertad, en particular respecto a sus prácticas medicinales y medicinas tradicionales? 29
3. ¿Qué medidas especiales tendrán que adoptar los estados en relación con las actividades o programas desarrollados en el ámbito carcelario, así como en las audiencias disciplinarias, atendiendo a las particularidades culturales y lingüísticas de las personas indígenas? 30
4. ¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados para la prevención de todo acto de violencia respecto a las personas indígenas privadas de libertad? 41

IV. Sobre niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres 43

¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para garantizar los derechos de las niñas y niños que viven con sus madres en prisión atendiendo a sus circunstancias particulares?

1. ¿Qué obligaciones específicas deben adoptar los Estados para asegurar el derecho de la vida familiar del niño o la niña, incluyendo respecto del contacto con el otro progenitor? 45
2. ¿Qué obligaciones tiene el Estado en materia de acceso al derecho a la salud y a la alimentación de los niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres? 46
3. ¿Cuáles son los deberes que tiene el Estado para asegurar un desarrollo adecuado de los niños y niñas que viven en centro de detención con sus madres, incluyendo lo relacionado con la integración comunitaria, socialización, educación y recreación? 47

Opinión consultiva solicitada por la CIDH sobre
"Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de
libertad"

Observaciones de Organizaciones de la Sociedad Civil
Bolivia

A. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

En su solicitud de 25 de noviembre de 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) formuló una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) sobre “Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad”.

La Corte IDH cursó una invitación pública para que los interesados pudieran presentar sus observaciones u opiniones escritas sobre los puntos sometidos a consulta, fijando como plazo el 15 de enero de 2021. Las organizaciones y expertos independientes que suscribimos el presente documento presentamos nuestras observaciones dentro del término establecido.

Nuestra contribución se apoya en estándares internacionales y en la normativa y buenas prácticas identificadas en el contexto boliviano.

Las Organizaciones de la sociedad civil y expertas/os bolivianas/os se plantearon el objetivo de promover el uso del derecho y las herramientas del litigio, nacional e internacional, para contribuir a la promoción y defensa de los derechos humanos, habiendo participado en la elaboración del presente documento, las siguientes entidades y personas:

- ASOCIACION DERECHOS EN ACCION
- CAPACITACION Y DERECHOS CIUDADANOS (CDC)
- COLECTIVO DE DERECHOS HUMANOS EMPODERATE
- FUNDACION CONSTRUIR
- FUNDACION ESPERANZA DESARROLLO Y DIGNIDAD
- FUNDACION PARA EL DEBIDO PROCESO
- FUNDACION TRIBUNA CONSTITUCIONAL
- ONG REALIDADES
- PLATAFORMA CIUDADANA POR EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

EXPERTAS INDEPENDIENTES

- MARIA ELENA ATTARD
- PATRICIA SERRUDO
- GABRIELA SAUMA

Quienes nos dirigimos ante la respetable Corte Interamericana de Derechos Humanos a objeto de presentar este escrito de *amicus curiae* dentro de la solicitud de Opinión Consultiva remitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre " Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad ", de conformidad al artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 2, numeral 3°, del citado Reglamento, establece que el *amicus curiae* puede ser presentados por toda aquella persona o institución ajena al litigio y al proceso que aporte a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso y ofrece consideraciones jurídicas sobre el proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

La Fundación CONSTRUIR que ha coordinado la preparación de este amicus, junto a las organización y expertas, arriba citadas, es una organización civil boliviana sin fines de lucro creada el año 2009, que desarrolla: investigación, educación, comunicación, deliberación, monitoreo e incidencia social, con la finalidad de contribuir a coordinar y promover acciones así como estrategias que generen procesos de participación ciudadana para fortalecer el acceso a la justicia y el desarrollo democrático, social y económico con equidad de género.

Presentamos este documento, junto a juristas de diversas organizaciones de defensores de derechos humanos de Bolivia, con el ánimo de contribuir con elementos jurisprudenciales y doctrinales que permitan ampliar y precisar los estándares internacionales de derechos humanos en relación a los enfoques diferenciados que debe aplicarse en materia de personas privadas de libertad.

Al efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado una invitación pública a todos los interesados de la región a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta dentro de esta solicitud de Opinión Consultiva; atendiendo esa invitación abierta es que quienes suscribimos este documento presentamos nuestra opinión y consideraciones jurídicas.

Siguiendo la tabla de contenidos, pasamos a exponer nuestras observaciones sobre los siguientes cuatro temas: mujeres embarazadas, en posparto o lactantes privadas de libertad; personas LGBT privadas de libertad; personas indígenas privadas de libertad, y niñas y niños que viven con sus madres en centros de detención.

B. RESPUESTA A LAS PREGUNTAS

I. Sobre las mujeres privadas de libertad embarazadas, en posparto o lactantes

¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para garantizar que las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas atendiendo a sus circunstancias particulares?

La situación de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de libertad requiere de los Estados medidas específicas durante su reclusión, como lo ha sostenido la Corte al "enfaticar la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir [estas] mujeres"¹.

Los tratados interamericanos de derechos humanos no contemplan, sin embargo, normas expresas relacionadas con esta situación. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH), por ejemplo, guarda silencio en sus normas referidas a las condiciones de detención.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante el Protocolo de San Salvador) tampoco es específico en la temática, aunque, el Art. 15, referido a la protección de la familia, puede y debe ser comprendido también en el contexto de la privación de libertad de una mujer gestante o que ha dado a luz. En este marco, dicha norma, en su apartado (3), impone a los Estados parte la obligación de *"brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a) **conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; b) garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar**".* (Énfasis agregado).

En este mismo sentido, otras normas del Protocolo de San Salvador referidas, por ejemplo, a los derechos de la niñez (Art. 16), a la salud (Art. 10) o a la alimentación (Art. 12) deben ser interpretadas de tal manera que puedan aplicarse apropiadamente en el contexto de la privación de libertad de las mujeres.

En este marco, el Art. 16, que señala, *inter alia*, que *"salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre"*, debe ser interpretado restrictivamente. De igual forma, el Art. 12.1 que dispone que *"[t]oda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar de más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual"*, debe ser interpretado desde la perspectiva de una madre que debe preparar su organismo adecuadamente para la gestación y desde la perspectiva del hijo que debe recibir los nutrientes suficientes durante ese periodo y luego del nacimiento. El mejor alimento para el recién nacido será siempre la leche materna.

Por último, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante la Convención de Belém do Pará) tampoco es específica respecto al tema que se aborda, aunque las normas referidas a los deberes estatales, inmediatos (Art. 7) y progresivos (Art.8), para prevenir la violencia contra las mujeres deben ser interpretadas también desde la perspectiva de la situación de las mujeres privadas de libertad gestantes, en posparto o lactantes, máxime si la propia Convención reconoce la mayor vulnerabilidad de la mujer embarazada (Art. 9).

¹ Corte IDH. Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Medidas provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 2012.

Siendo que los Estados parte de la CADH, del Protocolo de San Salvador y de la Convención de Belém do Pará se han comprometido a respetar y proteger los derechos y a cumplir las obligaciones contempladas en estos tratados, es deber de todos ellos dar aplicación a sus preceptos con un amplio sentido de protección en favor de una población evidentemente expuesta a situaciones de vulnerabilidad.

En el plano del *soft law* interamericano, el único instrumento que toca expresamente la temática sometida a consulta por la CIDH son los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas², en particular los principios II, X, XII y XXII.

Reconociendo que estos Principios y Buenas Prácticas no generan, en sentido estricto, obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados, no es menos cierto que éstos han alcanzado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante el SIDH) la misma preponderancia y relevancia de otros instrumentos universales del mismo carácter, especialmente de aquellos que también se abocan a la situación de las personas privadas de libertad, a saber: las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* (Reglas Nelson Mandela), el *Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión*, y las *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes* (Reglas de Bangkok). En tal sentido, los Estados no pueden ignorar estas fuentes de autoridad que, además, para el caso concreto de la consulta, tienen disposiciones específicas y relevantes.

En este punto, es oportuno traer a colación lo expresado en 2015 por un ex Vicepresidente de la Corte IDH, cuando señaló, en referencia a las normas del *soft law*, que

*(...)la Corte utiliza constantemente resoluciones y declaraciones, tanto de la Asamblea General de las Naciones Unidas o de su Consejo de Seguridad, como de la Asamblea General de la OEA o de su Consejo Permanente, así como **principios, códigos de conducta y guías de expertos internacionales y otras fuentes de carácter aspiracional** que resultan particularmente relevantes **para definir el contenido y alcance de las obligaciones establecidas en la Convención Americana***³. (Énfasis agregado).

En efecto, justamente en materia de privación de la libertad, esta Corte ha empleado dichos instrumentos en múltiples ocasiones. Para citar un solo ejemplo, nos remitimos a las medidas provisionales dictadas en el *asunto del Complejo Penitenciario de Curado*, en las que el tribunal apeló a las Reglas de Mandela, además de los

² Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

³ Corte IDH. Presentation by the Vice-President of the Inter-American Court of Human Rights, Judge Roberto F. Caldas, during the Seminar on Regional and Subregional Human Rights Courts. Session 3: “Judicial application and interpretation of international/regional human rights law and norms”, Strasbourg, 20 October 2015.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁴.

Por lo tanto, los Estados tienen como primera obligación aplicar con perspectiva amplia las normas establecidas en los tratados interamericanos relevantes, así como las normas no convencionales que han alcanzado gran influencia en la labor interpretativa de los órganos del SIDH.

Esta obligación se hace más patente en el caso de aquellos Estados cuyas Constituciones reconocen el carácter supraconstitucional de **"todos los instrumentos internacionales de derechos humanos"**, sin limitarse a los tratados, como es el caso de Bolivia⁵; de aquellos Estados que han reconocido en sus leyes internas la eminencia de estos instrumentos, que también es el caso de Bolivia⁶; y de aquellos Estados cuyos sistemas de justicia emplean habitualmente estas regulaciones, siendo nuevamente Bolivia un ejemplo de ello⁷.

Por otra parte, es positivo apreciar que varios Estados del hemisferio han adoptado en sus legislaciones nacionales normas compatibles con los criterios internacionales en materia de mujeres embarazadas, en posparto y lactantes que enfrentan la justicia o la privación de libertad, como es el caso, una vez más, de Bolivia en los tópicos que a continuación mencionamos.

El Estado boliviano, especialmente a partir de la Constitución Política del Estado (en adelante la CPE) de 2009, ha ampliado la protección de los derechos de estas mujeres.

El Art. 15 de la CPE reconoce el derecho a vivir una vida libre de violencia y el 14 incluye al embarazo dentro de su cláusula de no discriminación. Estas son dos normas de gran valor hermenéutico para influenciar en el resto del ordenamiento jurídico, en el diseño de políticas públicas y en la adopción de fallos judiciales.

⁴ Cf. Corte IDH. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2016. Medidas provisionales respecto de Brasil. Asunto del Complejo Penitenciario de Curado.

⁵ El Art. 256.I de la Constitución boliviana señala: "I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta".

⁶ Ley 2298, Art. 85 (Construcción de Establecimientos). En la construcción de establecimientos penitenciarios, remodelación o adaptación de los existentes, se observarán rigurosamente las exigencias de infraestructura señaladas en **las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos**, así como en los Pactos Internacionales sobre la materia.

⁷ Entre otras, en la sentencia 0421/2018-S2, el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado: cabe mencionar a otros instrumentos internacionales como reglas, principios y directrices sobre diferentes temas de derechos humanos; los cuales, conforme señaló la SCP 0061/2010-R: "...tienen una importancia fundamental para la aplicación de las normas contenidas en tratados internacionales sobre derechos humanos y en la Constitución Política del Estado, pues se constituyen en las directrices para la interpretación de las mismas. En ese sentido todas las normas antes señaladas se encuentran enlazadas entre sí, debiendo ser entendidas de manera integral, acudiendo a los diferentes instrumentos internacionales para precisar los alcances y el contenido de los derechos y garantías. (...) Así, entre estos instrumentos, se encuentran el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (...), así como las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (...), Principios y Reglas que de acuerdo a la SC 0061/2010-R, "...se constituyen en verdaderos criterios de orientación no sólo para el legislador -que tiene que considerarlos al momento de legislar- sino también para el juzgador, que tiene que interpretar las normas a partir de dichos principios". TCP. Sentencia constitucional plurinacional 0421/2018-S2 de 14 de agosto de 2018.

La Ley 2298 de Ejecución y Supervisión Penal⁸ (en adelante la Ley 2298), anterior incluso a la CPE de 2009, contempla un enfoque diferenciado respecto a las mujeres privadas de libertad que se encuentren embarazadas, en posparto y lactantes. Su Art. 197 señala que las internas embarazadas de seis meses o más podrán cumplir la condena impuesta en detención domiciliaria, hasta 90 días después del alumbramiento; y su Art. 134 prohíbe imponer la sanción de permanencia solitaria a las internas embarazadas o que se encuentren en período de lactancia.

El Código de Procedimiento Penal⁹, en su Art. 232 (Improcedencia de la detención preventiva), con su última reforma del año 2019 a través de la Ley 1173 de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres¹⁰ (en adelante la Ley 1173), pasó de la excepcionalidad de la detención preventiva de las mujeres embarazadas y de las madres durante la lactancia de hijos menores de un año, a la improcedencia total de esta medida cautelar "cuando se trate de mujeres embarazadas" (Art. 232.7) y "de madres durante la lactancia de hijos menores de un (1) año" (Art. 238.8).

La Disposición Transitoria Cuarta (Priorización) de la Ley 1173 señala, además, que el orden de tramitación de las causas que a la fecha de vigencia plena de la referida ley se encuentren en etapa de juicio oral, será establecido de conformidad con los siguientes criterios de priorización en procesos: "*1) [c]on detenidos preventivos, y de entre ellos, aquellos cuya detención sea más prolongada o se trate de mujeres embarazadas, madres durante la lactancia de hijos menores de un (1) año o personas mayores de sesenta y cinco (65) años*".

Esta normativa está reforzada en Bolivia por varios precedentes jurisprudenciales, particularmente de la jurisdicción constitucional. La Sentencia Constitucional Plurinacional 088/2017–S2 de 20 de febrero¹¹ desarrolló, en su momento (antes de la reforma introducida por la Ley 1173), la excepcionalidad de la detención preventiva de mujeres embarazadas y madres lactantes. La excepcionalidad a la que refiere esta sentencia se basó, fundamentalmente, en la protección pre y posnatal de la mujer.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 217/2017–S2 de 15 de marzo¹² ha previsto mecanismos que permiten el acceso más expedito a la justicia a las mujeres embarazadas, en posparto y lactancia, incluso a aquellas que tienen hijos menores de un año, estableciendo la excepción a la subsidiariedad en la acción de libertad (habeas corpus).

A pesar de los referidos avances normativos y jurisprudenciales, muchos operadores de justicia, especialmente los jueces de primera instancia, debido a falta de especialización en temáticas de género e interseccionalidad, siguen vulnerando los

⁸ Ley 2298 de Ejecución Penal y Supervisión de 20 de diciembre de 2001.

⁹ Ley 1979 - Código de Procedimiento Penal de 25 de marzo de 1999.

¹⁰ Ley 1173 de Abreviación Procesal Penal y de Fortalecimiento de la Lucha Integral contra la Violencia a Niñas, Niños, Adolescentes y Mujeres de 8 de mayo de 2019.

¹¹ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 088/2017–S2 de 20 de febrero de 2017.

¹² Cf. TCP. Sentencia constitucional plurinacional 217/2017–S2 de 15 de marzo de 2017.

derechos de las mujeres, ignorando todo enfoque diferenciado y haciendo prevalecer una visión androcéntrica del derecho. Esto claramente hace ver que se requiere un esfuerzo mayor de parte del Estado en la formación y capacitación de dichos operadores.

A continuación, pasamos a responder las preguntas específicas planteadas por la CIDH en su solicitud, apoyándonos en las normas convencionales del SIDH, así como en los instrumentos no convencionales regularmente empleados por esta Corte.

1. ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica?

Los Estados tienen un deber de garantía reforzado respecto a los derechos de las personas privadas de libertad, como lo establece la jurisprudencia de la Corte IDH y los Principios y Buenas Prácticas (principio I).

En este marco, por un lado, las obligaciones estatales contempladas en los Arts. 5 y 26 de la CADH, 10, 12, 15 del Protocolo de San Salvador, y 7 - 9 de la Convención de Belém do Pará; y por otro lado, los principios IX.3, X y XI de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, las reglas 17, 20, 23 y 32.1 de las Reglas de Mandela, las reglas 6, 9, 11, 12, 16, 25, 38, 39, 48 y 51 de las Reglas de Bangkok, y el principio 5 del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión deben cumplirse con relación a la situación especial de las mujeres gestantes, en posparto y lactancia.

Esto supone, en primer lugar, que las políticas públicas nacionales en salud, alimentación y en materia penitenciaria contemplen expresamente la protección de las mujeres privadas de libertad gestantes, en posparto y lactantes, desarrollando las obligaciones y directrices que provienen de las normas internacionales en reglamentos y protocolos locales de aplicación obligatoria en el ámbito carcelario.

Sin pretender ser exhaustivos en el contenido de esos instrumentos, en materia de *asistencia médica y psicológica*, se debe prever y garantizar que la mujer reciba los servicios oportunos y especializados de control pre y posnatal ajustados con el desarrollo de su embarazo y del alumbramiento, en la misma medida que el bebé luego de su nacimiento. En el aspecto psicológico, igualmente los controles a la madre deben ser anteriores y, sobre todo, posteriores al parto, especialmente por la DPP que tiene una incidencia mundial del 15%.

En la legislación boliviana, las obligaciones internacionales están reforzadas por el Art. 24 de la Ley 548 (en adelante el Código Niña, Niño y Adolescente¹³), que debería reproducirse en los referidos instrumentos. Este artículo señala:

¹³ Ley 548 - Código Niña, Niño y Adolescente de 17 de julio de 2014.

ARTÍCULO 24. (PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD). Corresponde al Estado en todos sus niveles, proteger la maternidad garantizando el acceso a:

a) Atención gratuita con calidad y buen trato a la madre, en las etapas prenatal, parto y post-natal, con tratamiento médico especializado, dotación de medicamentos, exámenes complementarios y en su caso, apoyo alimentario o suplementario;

b) Las madres gestantes privadas de libertad o en otra situación;

c) En caso de la niña o adolescente embarazada se priorizará la prestación de servicios de apoyo psicológico y social, durante el período de gestación, parto y post-parto;

d) Las condiciones necesarias para una gestación, alimentación y lactancia adecuada, así como las oportunidades necesarias para la continuidad de su desarrollo personal en los niveles educativos y laborales, tanto públicos como privados; y

e) La promoción, acceso gratuito y consejería de pruebas voluntarias y confidenciales de VIH/SIDA a las mujeres embarazadas, con la información necesaria, garantizando su realización sin costo alguno y post-consejería; así como la atención integral multidisciplinaria, incluyendo consejería psicológica, cesárea programada y tratamiento antirretroviral para mujeres embarazadas con VIH/SIDA.

En materia de *alimentación*, se debe prever y garantizar que la mujer reciba de parte del Estado, antes y después del parto, una dieta alimenticia especial rica en nutrientes y vitaminas.

Respecto al hijo recién nacido, debe garantizarse que éste se alimente de leche materna, más aún en aquellos Estados que tienen una clara política de fomento a la lactancia materna, como Bolivia¹⁴. En la medida en que el recién nacido no pueda alimentarse de leche materna o requiera de alimentación suplementaria, el Estado debe garantizar la provisión de los sucedáneos adecuados.

Por último, en materia de *vestimenta*, especialmente en los Estados que han instituido los uniformes carcelarios, éstos deben ser adecuados en material y talla y distribuidos a las internas en un número suficiente para el recambio. Los accesorios sanitarios, como toallas higiénicas, también deben ser provistos en la cantidad necesaria, en especial en el puerperio.

2. ¿Qué condiciones mínimas debe garantizar el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto?

Antes del parto, es fundamental referirnos al periodo anterior y al posparto, en línea con lo establecido por el principio X de los Principios y Buenas Prácticas.

Es fundamental que la atención en estos periodos se realice fuera de los centros penitenciarios, en hospitales o centros de salud debidamente equipados con los

¹⁴ Ley 3460 de Fomento a la Lactancia Materna y Comercialización de sus Sucédáneos de 15 de agosto de 2006.

instrumentos y servicios que permitan controlar adecuadamente el desarrollo de la gestación y las eventuales consecuencias del alumbramiento. La generalidad de los centros penitenciarios de la región, no cuentan con esas herramientas y tampoco con el personal especializado en sus dependencias sanitarias.

Durante el trabajo de parto y durante el parto, la atención médica especializada debe ser llevada a cabo necesariamente en un establecimiento de salud externo al penal, dotado de los servicios indispensables para la atención de un parto o cesárea.

Las complicaciones del alumbramiento no siempre pueden preverse, por lo que el riesgo para la madre y el hijo será siempre latente. En tal sentido, el traslado *antelado y oportuno* de la madre a un centro de salud adecuado debe ser siempre previsto en función a la probable fecha de parto¹⁵. La emergencia médica que ponga en riesgo la vida de la madre o del bebé, debería ser la única excepción para que un parto se atienda en las dependencias sanitarias de un recinto penitenciario.

3. ¿Qué medidas de seguridad puede adoptar el Estado al efectuar el traslado de mujeres embarazadas, a fin que sean compatibles con sus necesidades especiales?

Cualquier forma de traslado que implique un trato indigno para la mujer o que pueda tener consecuencias en su vida, integridad y salud, así como en la del hijo que está por nacer --como los que advirtió esta Corte en el caso *del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú--*, deben ser expresamente prohibidos por las regulaciones nacionales. Su contravención podría constituir una vulneración del Art. 5 de la CADH.

Sin ser exhaustivos con las medidas de seguridad, se debe garantizar que la mujer embarazada sea trasladada sin el uniforme de prisión (sino con su propia ropa)¹⁶, sin grilletes ni manillas¹⁷, con escolta femenina, en un transporte adecuado (ambulancia) y a un centro de salud próximo al penal, idealmente al mismo en el que la mujer tuvo los controles prenatales.

¹⁵ El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) señaló en su Informe General No. 10: "Es evidente que los bebés no deberían nacer en la prisión, y que la práctica usual en los Estados miembros del Consejo de Europa parece estar de acuerdo en trasladar en el momento apropiado a las mujeres presas embarazadas a hospitales del exterior". Consejo de Europa. Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. 10º Informe General - Mujeres Privadas de Libertad, 2000, párr. 27.

¹⁶ Reglas de Mandela, regla 17.3.

¹⁷ El mismo CPT ha señalado: el CPT encuentra ejemplos de mujeres embarazadas que son encadenadas o retenidas por otro medio, a las camas u a otros muebles similares durante los exámenes ginecológicos y/o en el parto. Dicho planteamiento es totalmente inaceptable, podría ciertamente calificarse como trato inhumano y degradante. Se podrían y se deberían encontrar otros medios de cumplir con los requisitos de seguridad. Consejo de Europa. Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. 10º Informe General - Mujeres Privadas de Libertad, 2000, párr. 27.

4. ¿Cuál es el alcance del derecho al acceso a la información, en el contexto de privación de libertad de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes respecto de la información relativa a su condición especial?

En el marco del derecho reconocido en el Art. 13 de la CADH y de las obligaciones estatales establecidas en el Art. 8 de la Convención de Belém do Pará, así como de la jurisprudencia de esta Corte, particularmente en el caso *I.V. vs. Bolivia*, la información que se brinde a estas mujeres debe cumplir con los criterios de ser previa, completa y libre, y abarcar todas las temáticas relacionadas con su situación y con la de sus hijos recién nacidos o por nacer. A este efecto, las cartillas informativas sobre salud sexual y reproductiva, y sobre los cuidados y el desarrollo del bebé en la primera infancia elaboradas por las autoridades de salud deben ser distribuidas dentro de los penales de mujeres y explicadas directamente con regularidad por personal femenino capacitado.

El derecho a la información de este acápite debe estar ligado al reconocimiento de un Estado intercultural, en Bolivia parte del Art. 1 de la Constitución Política del Estado, por lo que la presencia de mujeres migrantes del área rural debe tener un fuerte componente de sus formas de vida y costumbres, pues en áreas rurales se mantienen identidades culturales en relación a su alimentación, cuidado de la salud en periodo anterior y al posparto, entre otros

5. En los casos de mujeres privadas de libertad con hijos o hijas en la primera infancia que se encuentran fuera del establecimiento carcelario, ¿qué medidas específicas deben adoptar los Estados a fin de asegurar que madre e hijo/a mantengan un vínculo estrecho acorde a sus necesidades especiales?

Las medidas estatales deben enmarcarse en el principio XVIII de los Principios y Buenas Prácticas y en los precedentes de la Corte:

330. (...) Diversos órganos internacionales han enfatizado la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo. La imposibilidad de comunicarse con sus hijos ocasionó un sufrimiento psicológico adicional a las internas madres¹⁸.

Las medidas específicas estarán dirigidas a que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madres e hijos, en espacios aptos, en lapsos y duraciones adecuados, y con el seguimiento y evaluación de trabajadoras sociales, que deberán mantener contacto regular con la madre y con las personas en el exterior asignadas al cuidado del hijo.

De la misma manera, la Ley 2298, en su Art. 98 señala la obligación de la asistencia social de apoyar al interno y a sus familiares con la finalidad de que la privación de libertad no afecte la relación parental, es decir la trabajadora social del recinto

¹⁸ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 330.

penitenciario se ocupa de vigilar el bienestar de los hijos que se encuentran fuera y dentro del penal, las relaciones con su entorno familiar y sobre todo con la interna.

A este respecto debemos señalar que la Convención de Belém do Pará en Art. 2 señala que “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: (...) c). que sea perpetrada o tolerada por el Estado a sus agentes, donde quiera que ocurra “.

Siendo la relación materno filial un derecho humano tal cual fue expuesto líneas arriba, el Estado al imponer la limitación de la libertad de una mujer debe prever los mecanismos necesarios conducentes a mantener la relación de la mujer con sus hijos que vienen a conformar su familia, en este entendido el Art. 4 inciso e) de la misma Convención señala el derecho de las mujeres a “que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia”, por lo que todo Estado tiene la obligación de asegurar la relación materno filiar y la seguridad de la familia de la mujer en privación de libertad, lo contrario significaría una conducta omisiva que afecta derechos humanos como la integridad psicológica de la madre al romper los vínculos con sus hijos/as que afecta la relación materno filial de manera directa, lo que implica que el encarcelamiento con sus efectos nocivos trascienda a los menores.

II. Sobre las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (LGBT) privadas de libertad

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

Los artículos 5 y 7 de la CADH, referidos, *inter alia*, a las circunstancias y condiciones de detención, en conexión con el Art. 1 del mismo tratado, son aplicables a "todas" las personas sin discriminación.

Por lo tanto, las personas LGBT están amparadas por los preceptos señalados, en la medida en que su *condición social* no puede ser motivo de discriminación, como la Corte lo ha reconocido a partir de los argumentos desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

*109. (...) en su Observación General No. 20, [donde ...] ha señalado que en "cualquier otra condición social", tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se incluye la orientación sexual. Los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto...*¹⁹

La Corte también ha expresado que un derecho que le está reconocido a las personas “no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia, con base en

¹⁹ Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Serie C No. 310, párr. 109.

su orientación sexual, identidad de género o expresión de género”, añadiendo que esto implicaría una violación del Art. 1.1. de la CADH que proscribe la discriminación por estos motivos²⁰.

Cabe señalar, también, que las consideraciones efectuadas en la anterior sección sobre las normas del *soft law*, son válidas para este acápite sobre la situación de las personas LGBT privadas de libertad. En este sentido, cobran especial relevancia los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género (en adelante los Principios de Yogyakarta), que ya fueron empleados por la misma Corte en su jurisprudencia²¹ con el fin de interpretar los derechos de esta población.

Las circunstancias particulares de las personas LGBT requieren de los Estados reforzar las medidas de protección, tratándose de una población históricamente discriminada, perseguida y excluida del goce de sus derechos. En este sentido, los principios 9 y 10 de los Principios de Yogyakarta deben primar en el contexto de la privación de libertad de las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans.

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?

Los Estados deben seguir el control de convencionalidad en ésta como en otras materias. En ese marco, sea en función de los mandatos del Derecho Internacional²² o del Derecho Constitucional²³, deben regirse por lo determinado por la Corte en su Opinión Consultiva OC-24/2017 que, entre otras cosas, ha establecido que el derecho a la identidad de género está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas en una experiencia histórica y biológica, así

²⁰ IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315, párr. 123; e Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 81 y ss.

²¹ Cf. Corte IDH. Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310; Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

²² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), Arts. 26 y 27.

²³ En el caso de la Constitución boliviana, los Arts. 13, 256 y 410 establecen que los derechos constitucionales deben interpretarse a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que éste es prevalece sobre las normas del derecho nacional, incluida la Constitución. Asimismo, la Sentencia Constitucional Plurinacional 110/2010-R establece: En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del “Estado Constitucional” enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos.

TCP. Sentencia constitucional plurinacional 110/2010-R de 10 de mayo de 2010.

como en la forma en que se relaciona con los demás, a través de vínculos en el plano familiar y social, aspecto que implica que las personas puedan experimentar la necesidad de que se les reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Por ello, el Estado y la sociedad deben garantizar y respetar la individualidad de cada persona, “así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad”²⁴.

La OC-24/2017 define la identidad de género como la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente. Esta identidad podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, lo que conlleva también a la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La opinión consultiva añade que el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligado necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad²⁵.

Con base en estos razonamientos, la Corte IDH ha señalado que quien decide asumir su identidad de género es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista puede ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparta específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables²⁶. Según la Corte,

*...la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, en consecuencia, su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas transgénero, incluyendo la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación. Sobre este punto, esta Corte señaló, en los mismos términos que la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, “que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios [que] facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana”. Por tanto, la falta de reconocimiento de la identidad puede implicar que la persona no cuente con constancia legal de su existencia, dificultando el pleno ejercicio de sus derechos*²⁷.

Algunos Estados americanos han adoptado legislación específica en materia de identidad de género. Bolivia, por ejemplo, adoptó en 2016 la Ley 807 de Identidad de

²⁴ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, párr. 91.

²⁵ Ibidem, párr. 94.

²⁶ Ibidem, párr. 95.

²⁷ Ibidem, párr. 98.

Género²⁸, cuyo Art. 1 señala: "La presente Ley tiene por objeto establecer el procedimiento para el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen de personas transexuales y transgénero en toda documentación pública y privada vinculada a su identidad, permitiéndoles ejercer de forma plena el derecho a la identidad de género".

El Art. 11 (Efectos) dispone:

I. Todas las instituciones públicas y privadas a solo requerimiento de la o el solicitante y presentación de certificado de nacimiento o cédula de identidad resultante de la Resolución Administrativa, deberán realizar el cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, en todos los documentos emitidos en los que exista registro de identidad de la o el titular, manteniéndose los otros datos consignados en su documentación, apellidos y número de identificación personal.

II. El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen, permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales, así como las obligaciones inherentes a la identidad de género asumida.

III. La titularidad de la persona que cambió de nombre propio, dato de sexo e imagen, persiste en todas las resoluciones y decisiones emitidas por los diferentes niveles de gobierno y Órganos del Estado.

(...)

Conforme a estas consideraciones, los Estados deben respetar y proteger el derecho a la identidad de género desarrollado por la Corte y, en algunos casos, por las normas nacionales, y destinar a la persona transgénero o transexual a la unidad carcelaria a la que le corresponde según la identidad de género asumida por ella²⁹.

Ahora bien, de existir un contexto de violencia potencial o real en dicha unidad carcelaria, que ponga en peligro la vida o la integridad física, psicológica o sexual de la persona transgénero o transexual, y respondiendo a que ésta solicite el cambio de lugar de detención, corresponderá a la autoridad analizar los riesgos y disponer el traslado de unidad de la persona en riesgo con la finalidad de garantizar y proteger sus derechos.

En lo que respecta a las personas gays privadas de libertad, los Estados también deben respetar y proteger su identidad de género, así como el resto de sus derechos, particularmente la vida, seguridad e integridad personal que pueden verse amenazados por sus circunstancias particulares.

²⁸ Ley 807 de Identidad de Género de 21 de mayo de 2016. Si bien esta ley fue declarada en parte inconstitucional por el Tribunal Constitucional Plurinacional (sentencia constitucional plurinacional 0076/2017 de 9 de noviembre de 2017), luego el mismo tribunal realizó aclaraciones, aunque bastante ambiguas (auto constitucional plurinacional 0028/2017-ECA de 13 de noviembre de 2017).

²⁹ Los Estados, como Bolivia, que cuentan con una legislación específica sobre identidad de género, deben hacerlo en estricto cumplimiento de su ordenamiento jurídico interno; los Estados que aún no cuentan con tal normativa, deben hacerlo en aplicación del control de convencionalidad.

Sobre este punto, Bolivia aporta con un precedente importante de su jurisprudencia constitucional. El año 2020, el Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de la sentencia constitucional plurinacional 0003/2020-S4³⁰, resolvió el caso de un interno de diferente orientación sexual, que había denunciado que, al haber sido trasladado del "régimen abierto" al pabellón de máxima seguridad en el Centro Penitenciario de Palmasola (Santa Cruz), se encontró rodeado de personas condenadas a 30 años de privación de libertad³¹ que constantemente lo amenazaban y acosaban por su orientación sexual. Los demás reclusos intentaron por la fuerza que este interno tuviera relaciones sexuales con ellos, a las que él se resistió. Luego solicitó su traslado inmediato al régimen abierto, pero no obtuvo respuesta de las autoridades penitenciarias.

En sede de la justicia constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional concedió la tutela solicitada. Dispuso que el Director del Centro Penitenciario ordenara el traslado inmediato del interno en cuestión, al régimen abierto y adoptara las medidas necesarias para garantizar sus derechos a la vida e integridad personal, considerando, en particular, su situación de vulnerabilidad a raíz de su orientación sexual.

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

Como lo ha establecido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³², las personas LGBT deben gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, seguridad personal e intimidad. En este marco, los Estados tienen la obligación de ejercer la debida diligencia para proteger dichos derechos y prevenir su vulneración.

Las autoridades estatales encargadas de los recintos penitenciarios, en consecuencia, deben garantizar la seguridad de los internos LGBT, pero siempre en el marco de la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (en adelante SPT), ha señalado que

78. [e]l confinamiento en solitario, el aislamiento y la segregación administrativa no son métodos apropiados para garantizar la seguridad de las personas, entre ellas las que pertenecen al colectivo de lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales, y solo pueden justificarse si se utilizan como

³⁰ TCP. Sentencia Constitucional Plurinacional 0003/2020-S4 de 9 de enero de 2020.

³¹ En Bolivia, esta pena corresponde a los delitos más graves, como el asesinato.

³² Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género. A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011.

*último recurso, en circunstancias excepcionales, durante el tiempo más corto posible y con unas salvaguardias de procedimiento apropiadas*³³.

La segregación de los internos LGBT atentaría, además, contra su dignidad, como lo ha determinado la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *X vs. Turquía*³⁴. En ese caso, ese tribunal observó que medidas como el confinamiento prolongado de personas LGBT en celdas de aislamiento bajo el argumento de protegerlas del resto de la población penitenciaria, el no permitirles tener contacto con el resto de los privados de libertad, o privarles de las actividades al exterior de sus celdas (i.e. salidas al sol, ejercicios, recreación), podrían, incluso, constituir tratos crueles e inhumanos³⁵.

Por el contrario, otras medidas, como trasladar a estos internos a pabellones destinados a las personas más vulnerables, fijarles un horario determinado para que puedan ducharse con mayor privacidad o asignarles cierto tipo de escolta en determinados momentos, podrían ser medidas más razonables y adecuadas para resguardar sus derechos³⁶.

Es importante que, además de las medidas específicas que se dispongan en la legislación o en las regulaciones carcelarias, el personal penitenciario sea entrenado, capacitado y sensibilizado en temáticas atinentes a los derechos de la población LGBT.

³³ Noveno informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/C/57/4, 22 de marzo de 2016, párr. 78.

³⁴ Cf. ECHR. Case of X v. Turkey, application N. 24626/09 (no existe traducción al español).

³⁵ La Corte Europea estableció unánimemente la violación del Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el tribunal consideró que:³⁶ ... *the applicant was placed in a cell measuring 7 m. sq, with living space not exceeding half of that surface area. It had a bed and toilets, but no washbasin. The Government did not dispute the applicant's submission that it was very poorly lit, very dirty and rat-infested. It was a cell intended for inmates in solitary confinement as a disciplinary measure or for inmates accused of pedophilia or rape. While in that cell the applicant was deprived of any contact with other inmates and of any social activity. He was given no access to outdoor exercise and was not permitted to leave his cell other than to see his lawyer or attend hearings, which were held at intervals of approximately one per month.(...)*⁴². *The Court notes the prison authorities' concern that the applicant risked being physically abused. Admittedly, such fears cannot be said to be totally unfounded in so far as the applicant had himself complained of intimidation and bullying while he had been detained with other inmates. However, even if those fears made it necessary to take certain security measures to protect the applicant, they do not suffice to justify a measure totally isolating the applicant from the other prison inmates. In that connection the Court notes that the Government were unable to explain why the applicant was not given the opportunity to take regular open-air exercise and, in accordance with his many requests (see paragraphs 12, 13 and 15 above), was not allowed even limited contact with other inmates (...)* ⁴⁴. *Consequently, the Court concludes that the applicant was deprived of an effective domestic remedy regarding his complaint about the conditions of his detention and that he was not detained in appropriate conditions that respected his dignity. 45. The Court considers that in the present case the applicant's conditions of detention in solitary confinement were capable of causing him both mental and physical suffering and a feeling of profound violation of his human dignity. These conditions, exacerbated by the lack of an effective remedy, thus amount to "inhuman and degrading treatment" inflicted in breach of Article 3 of the Convention.*

Ibidem, párr. 36, 42, 44 y 45.

³⁶ Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos no consideró que medidas como éstas sean violatorias de los derechos humanos, concretamente del Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cf. ECHR. Stasi v. France, application N. 25001/07.

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

Respecto a los tratamientos de transición, el único instrumento internacional de derechos humanos que aborda el tema respecto a las personas trans privadas de libertad son los Principios de Yogyakarta, cuyo principio 9.b señala que los Estados

*[p]roveerán a las personas detenidas de un acceso adecuado a atención médica y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información sobre el VIH/SIDA y la terapia correspondiente, y a **terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de género si ellas los desearan.*** (Énfasis agregado).

Esta orientación debe ser tomada en cuenta por los Estados a fin de que la detención de una persona trans no constituya un obstáculo para el goce de aquellos derechos que no deben restringirse como consecuencia de su privación de libertad.

En tal sentido, si una persona trans desea empezar o seguir un tratamiento de transición no debe ser impedida de hacerlo. Por el contrario, se le debe brindar, en el marco del régimen y regulaciones carcelarias, el apoyo necesario para que su tratamiento no se vea interrumpido.

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

En el contexto de las personas LGBT privadas de libertad, los derechos que se reconocen a los internos heterosexuales deben también reconocérseles a ellas y permitírseles su ejercicio en pie de igualdad, partiendo de los preceptos generales de los ordenamientos jurídicos internos. En el caso boliviano, por ejemplo, la Constitución, en su Art. 66, "garantiza a las mujeres y a los hombres el ejercicio de sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos", y la Ley 2298, en su Art. 106, referido a las visitas conyugales, señala que "todo interno tendrá derecho a recibir [estas] visitas [...] dos veces al mes".

Las visitas conyugales no pueden ser entendidas de manera restringida, limitadas únicamente a las personas unidas en matrimonio (religioso o civil), más aún en el caso de las personas LGBT respecto a las cuales su derecho a constituir una familia a través del instituto del matrimonio o de la unión libre no es reconocido en todas las jurisdicciones del hemisferio.

Partiendo de lo anterior, la exigencia de certificados de matrimonio u otros documentos que acrediten el estado civil de las personas como requisito para ejercer el derecho a

las visitas íntimas, constituiría una medida desproporcionada y abusiva que coartaría sus derechos sexuales, reproductivos y a la vida privada y familiar.

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

En el marco del deber de diligencia en la prevención de la violencia contra personas LGBT, es imprescindible contar con un sistema de registro para, además, dimensionar la magnitud de la violencia. En ese sentido, en el caso *Azul Rojas Marín y otras vs. Perú*, la Corte estableció como garantía de no repetición que el Estado peruano diseñara e implementara:

*(...) un sistema de recopilación de datos y cifras vinculadas a los casos de violencia contra las personas LGBTI, con el fin de evaluar con precisión y de manera uniforme el tipo, la prevalencia, las tendencias y las pautas de la violencia y la discriminación contra las personas LGBTI, desglosando los datos por comunidades, la raza, el origen étnico, la religión o las creencias, el estado de salud, la edad, y la clase o la situación migratoria o económica*³⁷.

Por su parte, el SPT ha señalado que

*75. [d]entro del ámbito de su competencia, todos los organismos del Estado, incluidos los mecanismos nacionales de prevención, deben recopilar y publicar datos sobre el número y el tipo de incidentes de tortura y malos tratos contra personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y sobre el resultado de las correspondientes investigaciones, así como elaborar modelos apropiados para la recopilación, el procesamiento y el análisis de los datos*³⁸.

Bajo estas orientaciones, es necesario que los regímenes penitenciarios cuenten con sistemas de registro de los diferentes tipos de violencia con la finalidad de adoptar políticas para la prevención y protección adecuada y diferenciada de las personas LGBT.

Es crucial que las mismas personas LGBT que están privadas de libertad, o que lo estuvieron, participen en el diseño de estos registros y demás herramientas para prevenir la tortura y los malos tratos de los que son víctimas. Como lo ha señalado el SPT, "[e]llo garantizaría la plena comprensión de la diversidad de personas, grupos, comunidades y poblaciones afectadas. El Subcomité considera que la máxima 'Nada sobre nosotros sin nosotros' debe considerarse un principio rector en este sentido"³⁹.

³⁷ Corte IDH. Caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 252

³⁸ Noveno informe anual del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. CAT/C/57/4, 22 de marzo de 2016, párr. 75.

³⁹ *Ibidem*, párr. 71.

Sin ser exhaustivos, los sistemas de registro acerca de los tipos de violencia ejercida en contra de las personas LGBT privadas de libertad deberían contemplar información sobre: i) violencia física, psicológica y sexual por orientación sexual e identidad de género; ii) crímenes de odio; iii) violencia ejercida por el personal penitenciario; y iv) violencia ejercida por parte de otros integrantes de la población penitenciaria.

III. Sobre las personas indígenas

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

Antes de abordar las obligaciones específicas de los Estados con relación a las personas indígenas privadas de libertad, es necesario marcar el contexto de esos deberes con base en lo preceptuado por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) (en adelante el Convenio 169 OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) (en adelante Declaración de las NNUU) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) (en adelante la Declaración Americana).

El Art. 1 de la Declaración de las NNUU establece que los “indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidas por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos”. Como se puede apreciar, esta Declaración hace referencia a dos titulares de derechos: uno colectivo (los pueblos) y otro individual (los miembros de los pueblos). En este sentido, la Declaración reconoce una concepción integral de los derechos humanos.

En el Art. 2, la Declaración de las NNUU establece que “los pueblos y las personas indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que esté fundada, en particular, en su origen o identidad indígena”. Esta norma deja atrás la concepción de culturas superiores o inferiores, que consideraba a la *occidental* dentro de las primeras, y a las *indígenas* dentro de las segundas.

La igualdad no sólo se predica respecto de los individuos, sino también de los grupos, de los colectivos, de los diferentes pueblos indígenas. De ahí se desprende que, al ser iguales las diferentes culturas, sus sistemas jurídicos también deben gozar de un plano de igualdad respecto al sistema *estatal* u *ordinario* de justicia.

La Declaración de las NNUU, en el Art. 3, reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la libre determinación, señalando que en virtud a este derecho “determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”, sin que ello suponga el quebrantamiento de la integridad territorial o unidad política de los Estados soberanos e independientes (Art. 46). En ese marco, tienen

derecho a la autonomía, entendida como el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas (Art. 4), y “a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

Dicha norma se relaciona con el Art. 34 que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus sistemas jurídicos, conforme al siguiente texto: “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”.

Como se observa, y de acuerdo a lo que ya preceptuaba el Convenio 169 OIT, no sólo se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a conservar sus instituciones, entre ellas las jurídicas, sino que también se les reconoce el derecho de reforzar, promover, desarrollar y mantener sus costumbres o sistemas jurídicos.

Este prólogo nos permite aclarar que con las consideraciones que siguen, lo que se pretende en esta sección, antes que identificar las obligaciones estatales específicas respecto a cada una de las preguntas formuladas por la CIDH, es llamar la atención sobre la obligación primigenia de los Estados americanos de observar las pautas del pluralismo jurídico igualitario.

Por lo anotado enfatizaremos en cada uno de los siguientes puntos el *deber estatal de aplicar enfoques interculturales para respetar y garantizar el derecho a la autoidentificación y el derecho a la autodeterminación*, como bases para el respeto de los demás derechos, particularmente el acceso a la justicia, la libertad personal y otros que son relevantes en el contexto penitenciario.

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?

Antes de asumir una decisión de privación de libertad y mientras ésta dure, el Estado debe considerar el *enfoque intercultural*, que obliga a toda autoridad a cumplir deberes específicos frente a la particular situación de vulnerabilidad y el impacto diferencial que la privación de libertad representa para una persona indígena.

En este marco, una primera obligación específica del Estado es garantizar el derecho a la *autoidentificación* de una persona como miembro de un pueblo indígena⁴⁰. A partir del ejercicio de este derecho, las autoridades deberán aplicar un enfoque diferencial con respecto a dicha persona a efectos de garantizar la no discriminación y evitar los tratos arbitrarios o las barreras de acceso a la justicia y a otras prestaciones.

⁴⁰ El Art. 21 (1) de la Constitución boliviana señala: "Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 1. A la autoidentificación cultural".

El derecho a la autoidentificación debe ser contextualizado bajo los principios de plurinacionalidad, pluralismo e interculturalidad, como ocurre en el Estado Plurinacional de Bolivia, donde su jurisprudencia constitucional ha servido para delimitar las obligaciones estatales específicas frente a las personas indígenas. Por ejemplo, la Sentencia Constitucional Plurinacional 645/2012 contiene un criterio primigenio para el ejercicio de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, supuesto que también tiene una dimensión individual aplicable a los miembros de dichos pueblos. Esta sentencia señala:

III.1. La libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como supuesto del derecho a la autoidentificación

Cuando el preámbulo de la Constitución Política del Estado expresa: “Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”, se establecen las directrices axiológicas que guiarán el nuevo orden constitucional hacia la “construcción colectiva del Estado”, con la libre determinación de los pueblos, el cual constituye la base del reconocimiento del principio de pluralismo en todo el texto constitucional.

*En el mismo sentido, el art. 2 de la CPE, establece que: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley” (las negrillas son nuestras). **Dicha norma constitucional contiene dos elementos esenciales consecutivos a saber, por un lado, el reconocimiento prima facie de la existencia misma de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como colectividades fundantes del Estado plurinacional; y, el derecho a la libre determinación como base del reconocimiento y garantía de los demás derechos que les asisten - tanto individuales como colectivos-, los cuales se encuentran desarrollados a lo largo de todo el texto constitucional, así como en el bloque de constitucionalidad, específicamente el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.***

En este contexto, surge la imprescindible tarea de establecer a los destinatarios de la aplicación de la normativa que reconoce los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que, no obstante que al presente no exista un criterio uniforme y universalmente aceptado que defina a los titulares de estos derechos; sin embargo, los instrumentos internacionales mencionados anteriormente, coinciden en afirmar que la autoidentificación por parte del grupo constituye un

elemento esencial y el punto de partida para la definición de dichos pueblos.

Junto a este análisis surge otra cuestión relativa a determinar a quién o quienes se delega la tarea de decidir acerca de la identidad de un pueblo y sus miembros, siguiendo a Aguilar Cavallo “parece lógico decir que sólo el propio pueblo y sus miembros pueden reconocer y decidir quiénes pertenecen al grupo, y, al mismo tiempo, precisar que sólo sus integrantes gozan del derecho a definirse como miembros del colectivo. En el caso de los pueblos indígenas, cuyos miembros se encuentran unidos por lazos similares a los familiares, ellos reclaman esta misma facultad, el derecho a la autodefinición”. En concordancia con lo referido, el mismo autor señala que “el concepto de indígena está basado también en la identificación colectiva que el propio pueblo indígena pueda hacer de sí mismo, y, por lo tanto, de cada uno de sus miembros. El autorreconocimiento, es decir, el derecho de la comunidad a definir sus propios miembros, es un ejercicio de identidad colectiva indígena. En definitiva, lo que define a un pueblo indígena y determina su visión holística del mundo es la identidad que él tiene de sí mismo en cuanto comunidad que forma parte de la naturaleza, de ‘lo creado’. En consecuencia, sólo los propios indígenas pueden determinar quiénes comparten sus valores cosmogónicos” [...]

Por su parte, Rodolfo Stavenhagen, Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, observó que: “en lo que respecta a la pertenencia individual, las comunidades indígenas suelen aplicar sus propios criterios, y, si bien algunos Estados reglamentan la pertenencia individual, se acepta cada vez más que el derecho a decidir quién es o no es indígena pertenece exclusivamente a los propios indígenas” [...] Ésta es la visión adoptada por el **Convenio 169 de la OIT, el cual en su art. 1.2, establece que: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”** (las comillas nos pertenecen). Al mismo tiempo, ésta es la posición asumida por la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, la que no obstante no contiene una definición de estos últimos, por el contrario, reconoce el derecho de autoidentificación de los pueblos indígenas en su art. 33.1...⁴¹ (Énfasis agregado).

Con base en el derecho a la autoidentificación cultural, en el enfoque intercultural de derechos y en el impacto diferenciado de la privación de libertad sobre las personas indígenas, los Estados deben cumplir con las siguientes obligaciones específicas, en línea con lo establecido por los Arts. 8, 9 y 10 del Convenio 169 OIT.

Primero, la obligación de informar al privado de libertad sobre su derecho a la autoidentificación y el alcance del mismo. Este deber especial deberá ser cumplido por

⁴¹ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 645/2012 de 23 de julio de 2012.

los agentes policiales o fiscales en el primer contacto con la persona aprehendida. La autoridad jurisdiccional deberá confirmar que el privado de libertad fue informado sobre este derecho.

Segundo, la obligación del Ministerio Público, en lo posible antes de formular la imputación, de sostener diálogos inter-jurisdiccionales y/o solicitar peritajes antropológico-culturales a las autoridades del pueblo indígena del que sea miembro la persona sometida a la jurisdicción ordinaria. Estas labores tienen como fin asegurar que la norma penal y, si fuera el caso, la sanción que fuera a imponerse se apliquen con enfoque intercultural.

Según la jurisprudencia constitucional boliviana, los diálogos inter-jurisdiccionales o peritajes antropológico-culturales permiten al Ministerio Público analizar su competencia y, en el marco de la cooperación y coordinación, remitir los casos a la *jurisdicción indígena originaria campesina* en la medida en que se cumplan los presupuestos de competencia personal, territorial y material establecidos en los estándares jurisprudenciales más altos desarrollados por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En la Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2013, el Tribunal Constitucional Plurinacional desarrolló una serie de criterios respecto al derecho a la justicia con enfoque intercultural y a los ámbitos de aplicación de la *jurisdicción indígena originaria campesina* que conviene tener presente en el marco de la solicitud planeada por la CIDH:

De acuerdo con las premisas señaladas en el apartado precedente, el acceso a la justicia desde una concepción plural entiende que se reconozca la existencia de los sistemas jurídicos propios de los pueblos indígena originario campesinos, se respete el ejercicio de su jurisdicción, que en el marco de su autonomía y libre determinación deciden conocer y resolver, se valide y respete los procedimientos y las decisiones de sus autoridades cuando resuelvan sus controversias o apliquen sus normas de regulación social.

Al mismo tiempo contempla que los miembros de los pueblos indígena originario campesinos tengan la posibilidad de ser juzgados y sancionados por sus autoridades propias, normas y procedimientos. Tomando en cuenta que el orden constitucional reconoce varias jurisdicciones, la articulación de las mismas es fundamental. En este orden, la Ley Fundamental establece en el art. 191, los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena originaria campesina: ámbitos de vigencia personal, material y territorial.

En efecto, en cuanto al ámbito de vigencia personal, la norma fundamental establece que están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o

demandados, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

Asimismo, en cuanto a la vigencia material, la Norma Suprema hace una derivación a la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Sin embargo, es importante señalar que esta distinción material como ámbito competencial en la mayoría de los casos no opera en los pueblos indígena originario campesinos.

El conocimiento y resolución de los asuntos parte de una comprensión integral, desde un sentido de totalidad, atendiendo el conflicto como una unidad en la que ingresa lo espiritual y religioso, no existe una diferenciación en materia penal, civil, social, familiar, etc. De otro lado, en correspondencia con una interpretación sistémica y teleológica de la Ley Fundamental, es importante recordar que en virtud de la libre determinación de los pueblos indígena originario campesinos (art. 2 de la CPE), cada uno de ellos tiene su sistema jurídico acorde con su cosmovisión, con su cultura, tradiciones, valores, principios y normas, en virtud de ello determinan qué hechos o asuntos resuelven, deciden o sancionan, adquiriendo la competencia para conocer los hechos y asuntos que siempre han conocido y resuelto, así como para decidir en cuáles deciden intervenir y cuáles derivarlos a otra jurisdicción.

En este contexto, la jurisdicción indígena originaria campesina en confluencia con el ámbito personal y territorial tiene competencia para conocer y resolver los hechos y asuntos que siempre han resuelto y que considere atinentes, independientemente sean considerados leves o graves, penales o civiles por el derecho estatal.

De tal forma, es importante evitar una reducción externa de los asuntos que pueden conocer porque se ingresa en un quiebre de los postulados constitucionales y los previstos en el bloque de constitucionalidad. En este orden, debe tenerse en cuenta que ni el Convenio 169 de la OIT, ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen un límite en cuanto a las materias o la gravedad de los hechos para el ejercicio de la jurisdicción indígena.

Con esta línea de razonamiento, es importante ***dejar como pauta interpretativa que en virtud del derecho a la libre determinación de los pueblos indígena originario campesino y su autonomía, el contenido de lo previsto en el art. 10.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional debe encontrar compatibilidad con la Constitución Política del Estado entendida en su unidad, vale decir, bajo sus principios fundantes de plurinacionalidad, pluralismo, interculturalidad, descolonización entre otros y el bloque de constitucionalidad, cuya compatibilidad de cada una de las materias asignadas, no corresponde ser analizada en la causa presente por no vincularse con la problemática en análisis.***

Finalmente, cabe hacer referencia al ámbito territorial, respecto del cual la Norma Suprema determina que ésta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, esto importa tener competencia sobre los hechos que ocurren dentro de dicho territorio. En virtud de los ámbitos señalados, la jurisdicción indígena tiene competencia respecto de los hechos, situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígena originario campesinos, lo que supone que la jurisdicción indígena y su derecho son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo indígena originario que se trate; por tanto, la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional.

Consiguientemente, cuando confluyan estos tres ámbitos: personal, material y territorial corresponde a la jurisdicción indígena resolver el conflicto o controversia, bajos sus normas y procedimientos propios, al mismo tiempo corresponde el deber de abstenerse o de realizar actos de intromisión en su ejercicio, así como el deber de respetar sus decisiones y resoluciones, y en todo caso realizar actos de coordinación y colaboración para que la misma sea ejecutada y cumplida⁴². (Énfasis agregado

Tercero, si en el marco del pluralismo jurídico de tipo igualitario⁴³, un caso debe ser conocido por la jurisdicción ordinaria, con base en el peritaje antropológico-cultural y en los diálogos inter-jurisdiccionales que se hubieran realizado, la autoridad que ejerza control jurisdiccional tiene la obligación de identificar las medidas específicas que en el caso concreto deban ser implementadas para que la persona indígena preserve su identidad cultural, sus costumbres y su alimentación en caso de que se ordene su detención.

En materia de alimentación, por ejemplo, los Estados deben garantizar que el privado de libertad indígena reciba los alimentos esenciales de la dieta básica de su pueblo indígena⁴⁴. Para tal fin, las políticas carcelarias deben ser adoptadas de manera dialógica con estos pueblos. En cuanto a otros aspectos de la vida cultural y de las costumbres propias de los pueblos indígenas, igualmente debe ser obligación de los Estados respetar y permitir a los privados de libertad de esos pueblos mantener sus rituales, prácticas y ceremonias, sea individualmente o en conjunto. En aquellos Estados donde el sincretismo cultural sea menos marcado, el Estado debe tomar las medidas adecuadas para asegurar que los indígenas privados de libertad pueda

⁴² TCP. Sentencia constitucional plurinacional 0037/2013 de 4 de enero de 2013.

⁴³ En este tipo de pluralismo, que es el asumido por la Constitución boliviana, la jurisdicción indígena originaria campesina tiene la misma jerarquía que las jurisdicciones ordinaria y agroambiental. Asimismo, este pluralismo conlleva un sistema plural de fuentes jurídicas que consagra a las normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos como fuente directa de derechos.

⁴⁴ En Bolivia, por ejemplo, los pueblos indígenas de occidente consumen quinua, pito, cañahua, amaranto y otros cereales andinos, además de la hoja de coca, que también tiene un papel importante desde el punto de vista ritual. El consumo de esta hoja es tan remoto y difundido que no representa ningún tipo de tabú en toda la sociedad. Es más, esta hoja goza de una protección constitucional especial y expresa en el marco del Art. 384: "El Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social; en su estado natural no es estupefaciente. La revalorización, producción, comercialización e industrialización se regirá mediante la ley".

expresar su cultura sin la interferencia indebida del resto de la población carcelaria mayoritaria.

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

El tema de la salud también debe ser abordado desde un enfoque intercultural e interseccional. Es importante resaltar el avance formal de la Constitución boliviana en este campo. El apartado (I) del Art. 18 consagra el derecho a la salud. El apartado (II) establece que el Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud a todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna. Y el apartado (III) prevé la vigencia de un sistema único de salud, con características de intraculturalidad e interculturalidad.

Estas normas se complementan con el artículo constitucional 30.II.9 y 13, que establece:

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución, las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

(...)

9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.

(...)

13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.

En sintonía con estos preceptos, el Art. 35 de la Constitución señala que el sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En el ámbito carcelario (y en otros), estas normas de la jurisdicción boliviana deberían servir de ejemplo a otras jurisdicciones a fin de que los Estados se obliguen a implementar un sistema de salud intercultural basado en la medicina tradicional, con los siguientes deberes, como mínimo: i) promover y garantizar la medicina tradicional en los centros penitenciarios, en complementariedad y respeto con otras formas de saberes médico-científicos; ii) implementar un protocolo de atención médica intercultural en los centros penitenciarios; iii) brindar insumos de medicina tradicional en los centros de privación de libertad, incluida la hoja de coca; y iv) poner en práctica programas interdisciplinarios entre el personal de custodia carcelaria, el personal médico y las autoridades de los pueblos indígenas para la difusión de saberes y conocimientos que provengan de la medicina tradicional, de manera que se genere una cultura de respeto a las prácticas y saberes ancestrales.

Asimismo, los Estados deberían adoptar un registro de medicamentos naturales y de sus principios activos, así como la protección de su conocimiento como propiedad intelectual, histórica, cultural y como patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos⁴⁵. Los medicamentos incluidos en ese registro deberían ser parte de los productos de atención sanitaria disponibles en las dependencias sanitarias de los diferentes centros de reclusión.

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

El Art. 8.1. del Convenio 169 OIT establece como una obligación del Estado el considerar las costumbres o derecho consuetudinario de los pueblos indígenas al aplicar la legislación nacional. El Art. 8.2 determina que los pueblos indígenas “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”. Añade que, “[s]iempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. Por último, el Art. 9.1 señala de manera expresa que deben respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

En este marco, insistimos en que los jueces y tribunales de los Estados están obligados a realizar una interpretación intercultural de las disposiciones contenidas en la normativa interna y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, desde dos perspectivas: i) interpretación intercultural, al aplicar las normas del sistema ordinario (o estatal de corte occidental) a las naciones y pueblos indígenas o a sus miembros, e ii) interpretación intercultural, cuando se alegue lesión a derechos o garantías en la jurisdicción indígena.

i) Interpretación intercultural al aplicar las normas del sistema ordinario a las naciones y pueblos indígenas o a sus miembros

A lo dispuesto por los Arts. 8.1 y 9.1 del Convenio 169, cabe agregar lo señalado por su Art. 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 Bolivia, estos preceptos están desarrollados en el Art. 391 (Diversidad cultural) del Código de Procedimiento Penal, que establece:

⁴⁵ Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 42.II de la Constitución boliviana.

Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este Código y las siguientes reglas especiales:

1) El fiscal, durante la etapa preparatoria, y el juez o tribunal, durante el juicio, serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate.

2) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente.

Por su parte, el Art. 59 de la Ley 2298, al establecer los criterios de clasificación de los internos, señala que cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina, se considerará la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla con la finalidad de la pena y se respete la identidad cultural del condenado.

En la Sentencia Constitucional Plurinacional 0952/2015-S2, el Tribunal Constitucional Plurinacional realizó una interpretación de estas normas internas dentro de una acción de libertad (habeas corpus). En ese trámite, se había denunciado que los vocales de una Sala Penal (sala de apelaciones) habían revocado la resolución del juez de instancia que había dispuesto la aplicación de medidas cautelares sin considerar la calidad de los imputados, que eran miembros de una comunidad indígena. El Tribunal Constitucional entendió que los vocales de la Sala Penal que dictaron la resolución impugnada aplicaron la norma a partir de una concepción positivista, cuando

*(...)debieron tener presente el origen y procedencia de los imputados, quienes en su condición de miembros de una comunidad indígena originaria campesina responden a usos, costumbres y reglas diferentes a los individuos de las urbes, aspecto éste que las autoridades demandadas ni el Ministerio Público hicieron valer en su verdadero alcance e importancia, desde el inicio de las investigaciones y del proceso penal propiamente dicho, y especialmente al momento de considerar la aplicación de la medida cautelar que se examina a través de la presente acción...*⁴⁶

En la sentencia constitucional plurinacional 0278/2016-S2, pronunciada dentro de una acción de amparo constitucional en la que el accionante reclamó su derecho a ser juzgado en su propio idioma, el Tribunal Constitucional Plurinacional concedió la tutela y generó el siguiente precedente:

(...) el Tribunal Constitucional Plurinacional, como máximo intérprete de la Constitución Política del Estado (...) establece que, a partir de la publicación del presente fallo constitucional, todos los actuados emergentes del procesamiento y juzgamiento de miembros de pueblos y naciones indígena originario

⁴⁶ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 0952/2015-S2 de 6 de octubre de 2015.

campesino, desde el inicio mismo del proceso, esto es desde la citación con la denuncia en sede fiscal, deberán (...) generarse infaliblemente en el idioma nativo del sujeto procesal, o en su defecto, bajo supervisión y asistencia de un traductor o intérprete⁴⁷.

Finalmente, en la sentencia constitucional plurinacional 1235/2017-S1, pronunciada dentro de una acción de amparo en la que los accionantes indígenas guaraníes denunciaron la vulneración de sus derechos a la defensa y al debido proceso, por cuanto en su proceso ante la justicia ordinaria se había designado a destiempo (recién para el juicio oral) a un perito antropólogo o sociólogo especializado en cuestiones indígenas guaraníes, cuando lo que correspondía era la anulación de obrados hasta el momento de la imputación formal, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció lo siguiente:

*El hecho de incluirse un perito especializado en cuestiones indígenas, **desde la etapa preparatoria dentro del proceso penal ordinario**, implica el respeto al reconocimiento de la plurinacionalidad establecido en la Constitución Política del Estado, que tiene que ver con la garantía del ejercicio de los derechos de las naciones y pueblos indígena originarios campesinos en lo que concierne a su sistema socio cultural; es decir, sus formas de relacionamiento en virtud a sus cosmovisiones dentro de su comunidad y con las demás personas, como parte integrante de dichas naciones y pueblos; que forma parte de un proceso descolonizante de la justicia⁴⁸. (Énfasis agregado).*

La misma sentencia, en referencia al Art. 391 del Código de Procedimiento Penal, señaló:

Aunque, la disposición mencionada no implica todavía una verdadera inclusión de los sistemas de justicia indígena, puesto que aún persiste un sometimiento a la justicia ordinaria, a pesar de que la misma Norma Suprema instituye una igualdad jerárquica entre ellas, puesto que el artículo en cuestión establece que el indígena se someterá al Código de Procedimiento Penal y el perito que viene a ser un intermediario entendido en cuestiones indígenas, que tiene la función de acompañamiento a la autoridad Fiscal durante la investigación que debe realizar sobre los delitos que se les imputa al miembro o miembros de los pueblos indígenas, a fin de proporcionarle datos o ejemplos de las formas de vida que aplican aquellos en las relaciones sociales, conforme a su identidad cultural, cuando lo requiera y en caso del juez o Tribunal, emitirá su informe sobre los patrones de comportamiento del mismo, el cual es tomado en cuenta para fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal, en todo caso teniendo dicha autoridad la última palabra⁴⁹.

La jurisprudencia constitucional boliviana también ha flexibilizado los requisitos y formalidades para que las naciones y pueblos indígena originario campesinos puedan

⁴⁷ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 0278/2016-S2 de 23 de marzo de 2016.

⁴⁸ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 1235/2017-S1 de 28 de diciembre de 2017.

⁴⁹ Ibidem.

tener mayor acceso a la justicia ordinaria, particularmente a la jurisdicción constitucional, en línea con lo previsto por el Art. 8.1. del Convenio 169 OIT. Esto no supone una contravención de los principios de igualdad y no discriminación en perjuicio de los *no indígenas*. Por el contrario, es una medida legítima en el marco de las acciones afirmativas y de lo preceptuado por el Art. 8 del mencionado Convenio.

A través de la Sentencia Constitucional Plurinacional 487/2014, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional estableció lo siguiente:

Esta Sala considera que toda interpretación de las normas jurídicas, cuando en un proceso judicial o administrativo intervienen naciones y pueblos indígena originario campesinos, debe ser efectuada de manera plural, considerando sus características, sus principios, valores, su cosmovisión, dando efectividad a lo previsto por el art. 8.1 del Convenio 169 de la OIT, al que se ha hecho referencia anteriormente.

Efectivamente, debe considerarse que nuestro Estado plurinacional se construye a partir de la diversidad existente, para la construcción de una sociedad justa y armoniosa, sin discriminación y explotación, siendo la interculturalidad, la forma en que deben desarrollarse las relaciones entre las diferentes identidades nacionales, bajo el fundamento del pluralismo igualitario. La interculturalidad, por lo tanto, supone el relacionamiento en equilibrio, armonía, y si se quiere, “igualdad” entre los naciones y pueblos, que sólo podrá conseguirse en la medida en que se propicien medidas que modifiquen las relaciones de desigualdad y discriminación; por ello se sostiene que la interculturalidad es algo por construir, un relacionamiento que aún no existe; empero, en la medida en que aquéllas se modifiquen y se logren relaciones de “igualdad”, se podrá alcanzar la interculturalidad en el relacionamiento entre las diferentes identidades nacionales.

(...)

*Entonces, la justicia constitucional y las diferentes jurisdicciones del órgano judicial, en el marco del pluralismo, está obligada a interpretar el derecho a partir del propio contexto de la nación y pueblo indígena originario correspondiente. La interpretación plural del derecho puede ser comprendida desde una perspectiva general, vinculada a la consideración de los principios, valores, normas, procedimientos de los pueblos indígenas cuando se encuentren como demandantes, demandados, recurrentes, recurridos, etc., ante las diferentes autoridades administrativas o judiciales de las diferentes jurisdicciones previstas en la Constitución Política del Estado y también ante la justicia constitucional, **lo que supone, conforme se ha señalado, flexibilizar requisitos de admisión y ritualismos procesales, tomando en cuenta sus procedimientos y normas propias, y también en el ámbito sustantivo, considerar la forma en que dichas naciones y pueblos indígena originario campesinos, conciben el hecho o acto que está siendo sometido a controversia, para en su caso, establecer los correctivos necesarios en la aplicación del derecho...***⁵⁰ (Énfasis agregado).

⁵⁰ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 487/2014 de 25 de febrero de 2014.

Ahondando en la flexibilización de las formalidades procesales, la sentencia señala que:

(...)a partir del carácter plural de la justicia, se deben materializar de manera oportuna e inmediata los derechos y garantías tanto en su dimensión individual como colectiva, más allá de los ritualismos procesales y la exigencia de requisitos propios de un sistema jurídico colonial, que debe ser redimensionado a partir de los postulados de nuestra Constitución Política del Estado, lo que implica que dichas exigencias formales no pueden constituirse en un obstáculo para un real acceso a la justicia constitucional, cuando efectivamente se constata la lesión de derechos y garantías constitucionales.

Lo señalado encuentra sustento, además, en los principios de prevalencia del derecho sustantivo respecto al formal, justicia material, principio pro actione y el principio de no formalismo; los cuales deben ser aplicados con mayor fuerza en la justicia constitucional y, en especial, tratándose de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cuya tradición jurídica no reconoce las formalidades propias del sistema occidental y, en ese ámbito, deben flexibilizarse los requisitos para materializar su derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva.

De lo señalado, esta Sala concluye que es posible flexibilizar los requisitos que impidan un real acceso a la justicia constitucional [...]; en ese ámbito, también es posible reconducir procesalmente las acciones tutelares cuando exista una evidente lesión de derechos y garantías constitucionales, [...] reconducción que se constituye en un deber tratándose de naciones y pueblos indígena originario campesinos, a partir de las características de nuestro Estado, pues, como se analizará en el siguiente punto, de conformidad al art. 8.1) del Convenio 169 de la OIT, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario⁵¹.

ii) Interpretación intercultural cuando se alegue lesión a derechos o garantías en la jurisdicción indígena

Se ha señalado que los Arts. 8 y 9 del Convenio 169 OIT obligan al juez a considerar los principios, valores, normas y procedimientos de las naciones y pueblos indígenas cuando interprete derechos y garantías. Es más, la parte final del Art. 8.2 del Convenio indica que, siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación del derecho de los pueblos indígenas.

De esta manera, el Art. 8.2 obliga a adoptar procedimientos para garantizar una interpretación intercultural de los derechos humanos en congruencia con el respeto del

⁵¹ Ibidem.

derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas. Se aclara que el Convenio 169 OIT hace referencia a un posible conflicto entre normas específicas del derecho consuetudinario o decisiones específicas de la jurisdicción indígena originaria campesina y ciertos derechos individuales, lo que amerita una ponderación que debe ser realizada por la propia jurisdicción constitucional.

Si una de las partes considera que la decisión de la jurisdicción especial vulnera derechos, entonces se deberá acudir a *procedimientos externos* que deben establecerse en virtud de lo señalado por el Convenio. Estos procedimientos externos deben garantizar:

- Primero, una ponderación de intereses con base en una definición e interpretación intercultural de los hechos y el derecho a partir del diálogo intercultural, atendiendo a las distintas visiones culturales e intereses de las partes.
- Segundo, la presencia de los pueblos indígenas en la definición e interpretación de los derechos.
- Tercero, la existencia de mecanismos que permitan soluciones negociadas, esto es, que los procedimientos no sean rígidos bajo estándares de la jurisdicción ordinaria, los cuales solamente están orientados a una fórmula de ganador – perdedor, sino más a una aplicación de justicia restaurativa.
- Cuarto, los procedimientos deben estar orientados a la prevención, restauración o alguna forma de reparación de los derechos vulnerados.

En este marco, la interpretación intercultural de los derechos supone que el carácter universal de éstos debe contextualizarse en un determinado ámbito, en una determinada nación y pueblo indígena, tomándose en cuenta sus particularidades a efecto de no imponer una sola visión e interpretación --occidental-- de los derechos.

Este tipo de interpretación intercultural ya fue empleada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios fallos en los que se interpretó la CADH a la luz de las normas contenidas en el Convenio 169 OIT y de contextos plurales. En el caso *de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, la Corte aplicó el principio de efectividad (protección real), en virtud del cual tomó en cuenta la identidad cultural de los pueblos indígenas conforme al siguiente entendimiento:

*51. Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están sujetas a su jurisdicción. Sin embargo, hay que resaltar que para garantizar efectivamente estos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, **los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. El mismo razonamiento debe aplicar la Corte, como en***

efecto lo hará en el presente caso, para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión y los representantes imputan al Estado⁵². (Énfasis agregado).

En el marco de estas consideraciones, es evidente que los Estados, cuando determinen las actividades o programas a desarrollarse en el ámbito carcelario, tienen la obligación de interpretar los hechos y el derecho acudiendo a las visiones culturales de cada nación y pueblo indígena originario. Para efectuar dicha interpretación intercultural, es imprescindible la presencia de los pueblos indígenas en la definición e interpretación de los derechos.

Respecto al tercer criterio referido *supra* (existencia de mecanismos que permitan soluciones negociadas), éste supone una modificación de la tradicional forma de resolver los casos. Se buscará que la autoridad judicial, a partir de las normas y procedimientos de los pueblos indígenas, pueda solucionar el problema evitando la conflictividad y buscando la armonía y el equilibrio en la nación y pueblo indígena, con miras a conseguir el cuarto y último criterio, es decir, la restauración del equilibrio y la prevención.

Estos enfoques han sido reflejados por el Tribunal Constitucional Plurinacional en la Declaración Constitucional Plurinacional 006/2013, adoptada en el marco de las consultas al tribunal por parte de las autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas en un caso concreto.

El Tribunal Constitucional Plurinacional señaló que la descolonización de la justicia, en el ámbito constitucional, implica el redimensionamiento de presupuestos y formas procesales y que, en tal sentido, es posible generar un diálogo intercultural no solo en el proceso mismo de la consulta, sino de manera posterior a la emisión del fallo, destinado a plasmar **valores plurales supremos como el de la complementariedad, aspectos que en el marco del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización podrán ser establecidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional**, de acuerdo a las circunstancias de cada caso concreto y en virtud del método de ponderación intercultural, toda vez que la consulta es un mecanismo constitucional que busca establecer puentes de diálogo entre los sistemas jurídicos y la justicia constitucional, buscando la armonización y el respeto de la pluralidad y el pluralismo jurídico⁵³. (Énfasis agregado).

En la sentencia constitucional plurinacional 1422/2012, en la que se construyó el paradigma del "vivir bien" como pauta específica de interpretación intercultural bajo cuatro parámetros de *axiomaticidad proporcional y razonable*, el Tribunal Constitucional Plurinacional argumentó que

(...) el paradigma del vivir bien, somete a sus postulados a todas las decisiones emergentes del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, por lo

⁵² Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51.

⁵³ TCP. Declaración constitucional plurinacional 006/2013 de 5 de junio de 2013.

que en el supuesto de activarse el control tutelar de constitucionalidad a través de acciones de defensa como ser la acción de libertad, las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina denunciadas como lesivas a derechos fundamentales en contextos interculturales, en el ejercicio del control plural de constitucionalidad, deberán analizarse en el marco de los siguientes parámetros de axiomaticidad proporcional y razonable propios del paradigma del vivir bien: **a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino; y, d) Proporcionalidad y necesidad estricta.**

De acuerdo a lo señalado, se tiene que la armonía axiomática, implica que toda decisión emanada de la jurisdicción indígena originario campesino, en cuanto a sus fines y medios empleados, asegure la materialización de valores plurales supremos como ser la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones, bienestar común entre otros, en ese orden, el control plural de constitucionalidad, en caso de ejercer sus roles en relación a decisiones emanadas de la jurisdicción indígena originario campesino, para el análisis del primer elemento del test del paradigma del vivir bien, utilizará el método jurídico de la ponderación intercultural, a cuyo efecto, a la luz de los valores plurales supremos antes descritos, deberá cotejar los fines perseguidos por la decisión en relación a los medios empleados, para luego verificar la armonía de los fines y medios utilizados en la decisión con los valores plurales supremos descritos precedentemente, evitando así una discordancia con los postulados de la Constitución axiomática.

En coherencia con lo señalado, debe establecerse que el control plural de Constitucionalidad, en su labor plural hermenéutica, como segundo elemento del test del paradigma del vivir bien, deberá, a través de la metodología de la ponderación intracultural, cotejar la armonía y concordancia de la decisión emanada del pueblo o nación indígena originario campesino con su propia cosmovisión, a cuyo efecto, la cosmovisión de cada pueblo o nación indígena originario campesino, debe ser entendida como la concepción que la nación o pueblo indígena originario campesino tenga sobre su realidad cultural de acuerdo a sus valores y cultura propia.

Asimismo, se establece que para el tercer elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad deberá verificar que la decisión emanada de la jurisdicción indígena originaria campesina sea acorde con los ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados por la comunidad, de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesino.

Como cuarto elemento del test del paradigma del vivir bien, el control plural de constitucionalidad, deberá establecer la proporcionalidad de la decisión asumida por la jurisdicción indígena originario campesino, en este caso, se

deberá ponderar la naturaleza y gravedad de los hechos plasmados en la decisión en relación con la magnitud de la sanción impuesta. Además, en este análisis de proporcionalidad, para sanciones graves, deberá también ponderarse la decisión asumida en relación a la estricta necesidad de la misma, es decir, para sanciones graves, el test del paradigma del vivir bien, implicará asegurar que la decisión fue absolutamente necesaria para -en el marco de la inter e intra culturalidad-, resguardar bienes jurídicos superiores amenazados con la conducta sancionada.

La ponderación de los cuatro elementos propios del test del paradigma del vivir bien, constituyen un parámetro de ejercicio de control de constitucionalidad en relación a la jurisdicción indígena originario campesina, ejercicio que se encuentra circunscrito a la materialización de la constitución axiomática a la luz de valores plurales supremos⁵⁴. (Énfasis agregado).

La sentencia constitucional plurinacional 0778/2014 redujo de cuatro a dos los parámetros del paradigma del "vivir bien" para la tutela de los derechos individuales o colectivos en concordancia con el nuevo modelo de Estado y, en particular, con el pluralismo, la interculturalidad y la descolonización. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional señaló:

(...) para que a través del control de constitucionalidad, en cada caso concreto, se asegure una real materialización del vivir bien y de sus valores constitutivos como ser la complementariedad, equilibrio, dualidad y armonía, entre otros, en ese orden, dichos parámetros a ser analizados en el marco de un diálogo intercultural componen de manera general los siguientes aspectos:

- i) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con las normas y procedimientos propios de cada nación y pueblo indígena originario campesino, aspecto que obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichas normas y procedimientos, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales o colectivos en contextos intra e interculturales; y,*
- ii) El análisis de compatibilidad del acto o decisión cuestionado con los principios de complementariedad, equilibrio, dualidad, armonía y otros de la cosmovisión propia de los pueblos y naciones indígena originario campesina y obliga tanto a los jueces o tribunales de garantías, como al Tribunal Constitucional Plurinacional, a resolver la problemática, de acuerdo a métodos y procedimientos constitucionales interculturales, como ser los peritajes antropológico-culturales o el desarrollo de diálogos en las propias comunidades, para que en caso de verificarse una incompatibilidad de dichos*

⁵⁴ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 1422/2012 de 24 de septiembre de 2012.

*actos o decisiones con los valores antes señalados, se materialice el valor del vivir bien, el cual es el contenido esencial de los derechos individuales en contextos intra e interculturales*⁵⁵.

La misma sentencia fijó algunos métodos y procedimientos interculturales que tendrían que ser utilizados para la interpretación intercultural, entre ellos los peritajes antropológico-culturales y el desarrollo de diálogos interculturales. También estableció que la finalidad del análisis que se efectúe en sede constitucional sobre la posible lesión de derechos constitucionales, es la materialización del valor del vivir bien, el cual:

[s]e estructura sobre la concepción de la comunidad humana a partir del “ser cósmico” o ajayu, que irradia a las tres comunidades: la humana, la naturaleza y la deidad (jiwa, jiwasa, jiwawi y jiwaña), visión a partir de la cual, debe organizarse una forma de vida basada en la complementariedad, equilibrio, dualidad y armonía en el espacio cósmico.

En el marco de lo señalado, debe establecerse que el vivir bien, tiene como propósitos esenciales la vida en comunidad basada en la complementariedad, el equilibrio, dualidad y armonía, postulados que deberán ser “los hilos conductores” de la interpretación de derechos en contextos intra e interculturales.

El restablecimiento de dichos principios a partir de la refundación del Estado, tiene la finalidad de consolidar una vida noble “qhapajñan”, que al abrigo del Estado Unitario, asegure la convivencia pacífica de diversas culturas, con armonía, complementariedad, dualidad y solidaridad entre ellas, al interior de ellas y en relación al Estado.

*Ahora bien, el restablecimiento de los principios antes mencionados y su finalidad, constituyen el sustento axiológico del modelo de Estado y por ende del modelo constitucional imperante, por ello el Preámbulo de la Constitución, señala que la construcción del nuevo Estado, está basada en el respeto e igualdad entre todos, dentro de los alcances de los principios de complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien, con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de este tierra y en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos*⁵⁶.

La Sentencia Constitucional Plurinacional 0487/2014 hizo referencia a la interpretación plural del derecho y a la posibilidad de realizar ponderaciones --también plurales-- de derechos individuales y colectivos, conforme al siguiente razonamiento:

⁵⁵ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 0778/2014 de 21 de abril de 2014.

⁵⁶ Ibidem.

(...) la interpretación plural está vinculada, de manera específica, a la interpretación de derechos y garantías, en los supuestos en los que existan conflictos entre derechos individuales y derechos colectivos, supuestos en los cuáles es indispensable que se analice -fundamentalmente la justicia constitucional, pero no sólo ella- el derecho o garantía supuestamente lesionada a la luz de los principios, valores, derecho, cosmovisión de la nación y pueblo indígena originario campesino, a efecto de evitar interpretaciones monoculturales.

La interpretación plural de los derechos supone, entonces, que el carácter universal de los derechos humanos previsto en el art. 13 de la CPE, deba ser contextualizado en determinado ámbito, tomando en cuenta las particularidades de la nación y pueblo indígena originario campesino correspondiente, a efecto de no imponer una sola visión e interpretación occidental de los derechos.

Así, bajo esos parámetros, tendrá que analizarse el acto, decisión o resolución vinculada a la nación o pueblo indígena originario campesino, a partir de sus propios principios, valores, derecho y cosmovisión, para posteriormente analizar su compatibilidad con los principios y valores de nuestra Constitución Política del Estado, otorgando así una interpretación plural al derecho o garantía que se encuentra en conflicto.

Es en ese marco que, en muchos casos, los jueces estarán obligados a efectuar una la ponderación de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos con la los derechos individuales que, conforme se ha dicho, a partir de lo previsto en el art. 13.III de la CPE tienen igual jerarquía; ponderación en la que se deberá analizar si la medida adoptada, limitadora de un derecho tiene un fin constitucionalmente legítimo, analizando si dicha medida es idónea, necesaria y proporcional, los tres principios propios de los juicios de ponderación: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, principios que, empero, deben ser interpretados pluralmente, considerando, se reitera los principios, valores, normas de las naciones y pueblos indígena originario campesinos⁵⁷.

Finalmente, la Sentencia Constitucional Plurinacional 722/2018-S4, que moduló el paradigma del "vivir bien", establece que, antes de efectuarse el análisis, deben identificarse los siguientes elementos:

1) Las características de la comunidad, nación o pueblo indígena de donde emergen los antecedentes fácticos de la acción tutelar; 2) La naturaleza del conflicto, así como de las condiciones particulares de la parte impetrante de tutela -si pertenece o no a un grupo vulnerable, o si sus derechos invocados se encuentran en un riesgo inminente, o son objeto de una evidente y grosera lesión, que sólo pudiera repararse a través de los mecanismos procesales de la

⁵⁷ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 0487/2014 de 25 de febrero de 2014.

jurisdicción constitucional, a expensas de sus propias autoridades jurisdiccionales-; y, 3) Si las autoridades de la estructura organizacional de la comunidad, nación o pueblo indígena originario campesino de donde provienen los antecedentes de la acción tutelar, tienen jurisdicción y competencia para resolver con mayor inmediatez el conflicto en cuestión, para que -en su caso- la problemática pase a su conocimiento⁵⁸.

Esta sentencia señala que el objetivo de la modulación del paradigma es fortalecer a la jurisdicción indígena originaria campesina, por cuanto la justicia constitucional no puede suplir las normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, por lo que en cada caso se definirá si en ellos existen instancias o autoridades que puedan resolver inmediatamente el conflicto.

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

Las personas indígenas son una población en situación de vulnerabilidad que, por factores de pobreza, marginación, falta de acceso a la educación, aislamiento geográfico, entre otros, no se encuentran en una situación de igualdad real frente al resto. Esta condición se acentúa de manera especial en los indígenas privados de libertad en un centro penitenciario, pues son sujetos de discriminación por parte de los demás internos, no tienen acceso a información adecuada sobre el ejercicio de sus derechos, tienen dificultades para mantener vínculos y contacto con sus familiares (debido a la lejanía de sus comunidades), y no cuentan con recursos económicos que les permitan una permanencia digna. Asimismo, tienen insuficientes oportunidades para el desarrollo de actividades laborales dirigidas a su reinserción social y carecen de intérpretes/traductores para comunicarse con los funcionarios de los penales, con los otros internos y con sus defensores.

Todos estos factores constituyen en sí mismos una forma de violencia en contra de los indígenas privados de libertad, menos explícita que los clásicos actos de violencia física, que también los sufren de parte de los funcionarios penitenciarios y de los demás internos que abusan de su condición desventajosa.

En este marco, la primera forma de prevenir la violencia en contra de los indígenas privados de libertad es limitar al máximo su procesamiento en el sistema penal ordinario y su consiguiente detención preventiva o prisión por condena en el régimen penitenciario asociado al sistema de justicia ordinaria.

Para que esto se materialice, reiteramos que es imprescindible, a la luz del Art. 8.2 del Convenio 169 OIT, que los Estados asuman una interpretación intercultural de los derechos humanos en congruencia con el respeto del derecho a la libre determinación (jurídica) y a la integridad cultural de los pueblos indígenas.

⁵⁸ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 722/2018-S4 de 30 de octubre de 2018.

Bajo esta premisa, debe consolidarse la idea de que los pueblos indígenas tienen su propio sistema jurídico acorde con su cosmovisión, cultura, tradiciones, valores, principios y normas, y en línea con ello los Estados deben garantizar a la jurisdicción indígena la competencia para conocer y resolver los asuntos que siempre fueron resueltos por ella, evitando la reducción externa de las materias y hechos que pueden conocer.

La jurisprudencia constitucional boliviana da un buen ejemplo de este enfoque:

En efecto, de acuerdo a los principios de progresividad y de favorabilidad para el ejercicio pleno y eficaz del derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, postulado que encuentra sustento en una interpretación armónica de los arts. 13.I, 256 y 2 de la CPE, se tiene que todos los actos, hechos y conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron las naciones y pueblos indígena originario campesinos bajo sus normas, procedimientos propios y saberes, son de conocimiento de la jurisdicción indígena originario campesina, por tanto, el ámbito de aplicación material de esta jurisdicción, debe ser interpretado de la manera más amplia y progresiva posible, para que se asegure la vigencia de la plurinacionalidad y el respeto al ejercicio pleno de la libre determinación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. El postulado expuesto, constituye precedente jurisprudencial vinculante (...)⁵⁹

Esta perspectiva debe reforzarse con las pautas de interpretación establecidas en el Art. 29 de la CADH, especialmente los apartados (a), (b) y (d). Estos criterios deben ser aplicados para la interpretación del ordenamiento jurídico al momento de aplicar sanciones a los miembros de los pueblos indígenas. Cualquier norma que establezca una pena privativa de libertad en contra de una persona indígena, debe ser interpretada a la luz de pautas progresivas y extensivas de interpretación, para consolidar una máxima eficacia y plena vigencia del principio de libre determinación de los pueblos indígenas. En este marco, el encarcelamiento debe ser considerado una medida de *ultima ratio* porque es ajeno al mundo indígena y porque impacta negativamente en toda la comunidad indígena.

En caso de aplicarse la privación de libertad, debe ser impuesta previo proceso intercultural, es decir, siguiendo las normas y procedimientos propios de la nación y pueblo indígena originario correspondiente, donde se dé la oportunidad al infractor de ejercer su derecho a la defensa conforme a dichas normas y procedimientos.

Si el infractor llega a ser recluido en un centro penitenciario, el Estado deberá garantizar sus derechos con un enfoque diferencial, asegurando, mínimamente, que las instituciones nacionales de derechos humanos ejercerán un monitoreo regular y especializado capaz de activar mecanismos inmediatos para el traslado del detenido a otro recinto dentro del centro penitenciario, o a otro penal.

⁵⁹ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 764/2014 de 15 de abril de 2014.

El Estado también debe facilitar que las autoridades indígenas cumplan la función de jueces de ejecución penal y garantizar que tengan entrada expedita a los centros penitenciarios. Asimismo, debe garantizar que el indígena recluso cuente con apoyo psicosocial y que la ejecución de su condena sea revisada periódicamente a fin de que se evalúe la viabilidad de sustraerlo del centro penitenciario para que termine de cumplir la pena en su comunidad, en su territorio⁶⁰.

IV. Sobre niños y niñas que viven en centro de detención con sus madres

¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para garantizar los derechos de las niñas y niños que viven con sus madres en prisión atendiendo a sus circunstancias particulares?

El Derecho Internacional, fundamentalmente a través de sus normas del *soft-law*, aborda la situación de los niños que viven con sus madres y padres en los centros de detención.

La Reglas de Bangkok establecen que no se impedirá a las privadas de libertad lactantes amamantar a sus hijos, a menos que existan circunstancias sanitarias que lo justifiquen (regla 48); que la decisión de que los niños permanezcan dentro del centro de reclusión recaerá en la búsqueda de su interés superior; que éstos no serán tratados como reclusos (regla 49); y que se brindará el mayor tiempo posible para que las reclusas convivan con sus hijos (regla 50).

Las Reglas agregan que aquellos niños que vivan en los centros penitenciarios con sus madres, dispondrán de servicios permanentes de atención en temas de salud y desarrollo, y que su entorno deberá ser el mismo de los niños que no vivan en centros penitenciarios (regla 51). Por último, estas Reglas establecen que la decisión en cuanto a la separación de la madre y el hijo se analizará de acuerdo al caso concreto y teniendo presente el interés superior del niño. La decisión sobre este particular se tomará con delicadeza y, en caso de separación, se dará a las madres la mayor cantidad de posibilidades para permitir los encuentros con sus hijos (regla 52).

Por su parte, las Reglas de Mandela señalan que la decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre privado de libertad se basará en el interés superior de aquel (regla 29).

El derecho interno de los Estados también regula la permanencia de los niños con sus madres en los centros de detención, como ocurre en el caso de Bolivia. El Art. 106 del Código Niña, Niño y Adolescente señala:

Artículo 106. (Derechos y garantías). La niña, niño o adolescente de madre o padre privados de libertad, tiene los siguientes derechos y garantías:
a) Permanecer con la madre o el padre que se encuentre en libertad;

⁶⁰ De acuerdo a los lineamientos de la Sentencia T971 de 2013 de la Corte Constitucional de Colombia.

b) Si ambos se encuentran privados de libertad se le integrará a los familiares o a una familia sustituta de acuerdo a lo establecido por este Código y, de no ser posible, serán integrados en programas específicos o centros de acogimiento, mientras dure la privación de libertad, procurando que sea en la misma localidad donde sus padres se encuentren cumpliendo la medida;

c) En forma excepcional, la niña o niño que no alcanzó seis (6) años de edad podrá permanecer con su madre, pero en ningún caso en los establecimientos penitenciarios para hombres. En espacios aledaños a los centros penitenciarios para mujeres se deberán habilitar centros de desarrollo infantil o guarderías;

d) Acceder a programas de atención y apoyo para su desarrollo integral, de acuerdo a su situación; y

e) Mantener los vínculos afectivos con su madre, padre o ambos, por lo que la familia ampliada, sustituta o el centro de acogimiento le facilitará visitas periódicas a los mismos.

La Ley 2298 también aborda el tema. El Art. 27 señala que los niños que permanezcan con sus padres dentro del recinto penitenciario recibirán alimentación acorde a su edad y necesidades nutricionales; el Art. 84.6, que los centros penitenciarios contarán con guarderías para los niños menores de 6 años; el Art. 90, que los niños que se encuentren dentro de los centros penitenciarios deberán ser atendidos por el servicio médico del establecimiento, siempre y cuando no se pueda realizar en el exterior; y el Art. 134 prohíbe la permanencia solitaria de las internas con niños en edad de lactancia.

Según datos penitenciarios de Bolivia, el país cuenta con 98 cárceles y *carceletas*⁶¹ en las que, en su mayoría, prima el hacinamiento y la precariedad de la infraestructura. A 2019, la población penitenciaria ascendía a 19.120 internos, casi el doble de la capacidad de albergue del conjunto de las prisiones. De ese total, alrededor del 70 por ciento correspondía a detenidos preventivos. La mayoría de los internos estaban reclusos en los 19 centros considerados “grandes”.

Estos datos no reflejan la verdadera problemática de los niños que viven en los centros penitenciarios junto a sus progenitores, una realidad muy común en Bolivia, que también alcanza a los adolescentes.

Según cifras oficiales del Régimen Penitenciario hasta febrero de 2018, 615 menores de edad convivían con sus padres o madres en las cárceles del país, sobre todo en los departamentos más grandes de La Paz, Cochabamba y Santa Cruz. De ese total más del 70% eran menores de 6 años y un gran porcentaje mayores de 6, superando el límite de edad fijado por ley.

Las cifras *no oficiales*, sin embargo, daban cuenta de un mayor número de niños(as) viviendo junto a sus progenitores en las cárceles aproximadamente unos 1.000. La vida de los niños en los penales no es del todo segura, habiéndose registrado hechos

⁶¹ Las *carceletas* son centros de privación de libertad más pequeños que las cárceles ubicados en las provincias.

de violencia en su contra. Uno de los más graves se dio en 2019 en el penal de Palmasola de Santa Cruz, donde una niña de 8 años fue víctima de violencia sexual.⁶²

La población infantil también sufre los problemas del hacinamiento y de la falta de infraestructura adecuada, lo que impacta negativamente en las condiciones para su desarrollo e integridad. El dilema es que estando estos niños fuera de los penales, también se encuentran muy expuestos a una serie de amenazas, como la discriminación, el maltrato, la explotación e incluso, la servidumbre.

Luego de los casos más sonados de violencia contra niños y niñas en los penales, se empezó a aplicar la normativa nacional en forma más rigurosa. En 2019, se reportó que a nivel nacional ya no existían niños viviendo en los centros penitenciarios de hombres; que solo 158 niños(as), menores de 6 años, habitaban en centros penitenciarios de mujeres, y que las visitas de niños a padres privados de libertad se hacían bajo supervisión.

Por último, es importante mencionar que hay niños que visitan a sus padres adolescentes en los Centros de Reintegración Social para Adolescentes con responsabilidad penal. En La Paz, entre 400 a 500 mensualmente visitan a sus progenitores en el centro Qalauma. La población de ese centro de rehabilitación es de 261 jóvenes, de los cuales 14 son mujeres.

1. ¿Qué obligaciones específicas deben adoptar los Estados para asegurar el derecho de la vida familiar del niño o la niña, incluyendo respecto del contacto con el otro progenitor?

Los Estados tienen la obligación de mantener la integridad familiar, salvo en situaciones excepcionales. La legislación boliviana es coherente con esta obligación. Además del Art. 106 del Código Niña, Niño y Adolescente transcrito *supra*, el Art. 59.II de la Constitución señala que "[t]oda niña, niño y adolescente tiene derecho a vivir y a crecer en el seno de su familia de origen o adoptiva. Cuando ello no sea posible, o sea contrario a su interés superior, tendrá derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley". El Art. 60 consagra el principio del interés superior del niño.

En el marco de esta normativa, una primera obligación específica del Estado consistiría en habilitar espacios recreativos y guarderías dentro de las cárceles, para que en ellos los menores que habitan en los penales puedan pasar la mayor parte del tiempo con sus pares y con sus madres. Estos ambientes también deberán ser destinados a que los/as niños/as que vivan en el exterior puedan visitar a sus padres privados de libertad en condiciones de seguridad que no los coloquen en riesgo. Estos espacios o ambientes evitarían, además, que no se refleje en los niños la realidad cruda de los centros penitenciarios.

Asimismo, el Estado debe garantizar que los niños reciban terapia para poder establecer su situación y velar por su seguridad y desarrollo.

⁶² Ver en: <https://www.prison-insider.com/es/articles/bolivia-resolucion-prohibe-el-ingreso-de-ninos-a-carceles-que-no-tengan-espacios-seguros>

2. ¿Qué obligaciones tiene el Estado en materia de acceso al derecho a la salud y a la alimentación de los niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres?

En Bolivia, el acceso a la salud goza de un marco constitucional preponderante al estar consagrado como *fin esencial* del Estado⁶³, derecho fundamental⁶⁴ y primera responsabilidad financiera⁶⁵. Del mismo modo, el derecho a la alimentación goza del estatus de derecho fundamental⁶⁶.

Las disposiciones referidas al derecho a la salud en el Código Niña, Niño y Adolescente señalan que éstos tienen el derecho a un bienestar completo, físico, mental y social. Asimismo, tienen derecho a servicios de salud gratuitos y de calidad para la prevención, tratamiento y rehabilitación de las afecciones a su salud (Art. 18). El Código impone en el Estado el deber de asegurar a niñas, niños y adolescentes el acceso a la atención permanente sin discriminación, con acciones de promoción, prevención, curación, tratamiento, habilitación, rehabilitación y recuperación en los diferentes niveles de atención (Art. 19.)

En cuanto al derecho a la alimentación, en el marco del derecho a un nivel de vida adecuado, el Art. 17.I del Código Niña, Niño y Adolescente señala que "[l]as niñas, niños y adolescentes, respetando la interculturalidad, tienen derecho a una alimentación nutritiva y balanceada en calidad y cantidad, que satisfaga las normas de la dietética, la higiene y salud, y prevenga la mal nutrición".

En el contexto penitenciario, principalmente por las condiciones de sobrepoblación, infraestructura precaria y muy baja asignación presupuestaria, la realización de estos derechos y el cumplimiento de las correspondientes obligaciones estatales respecto a los/as niños/as que viven con sus progenitores son bajos.

La mayoría de los niños que hasta 2018 vivían juntos a sus progenitores en las cárceles de Bolivia no contaban con atención pediátrica, algo común cuando se requiere de atención médica especializada, pues las mujeres también carecen de

⁶³ Constitución Política del Estado, Art. 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: (...) 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo.

⁶⁴ Constitución Política del Estado, Art. 18. I. Todas las personas tienen derecho a la salud. II. El Estado garantiza la inclusión y el acceso a la salud de todas las personas, sin exclusión ni discriminación alguna. III. El sistema único de salud será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social. El sistema se basa en los principios de solidaridad, eficiencia y corresponsabilidad y se desarrolla mediante políticas públicas en todos los niveles de gobierno.

⁶⁵ Constitución Política del Estado, Art. 37. El Estado tiene la obligación indeclinable de garantizar y sostener el derecho a la salud, que se constituye en una función suprema y primera responsabilidad financiera. Se priorizará la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades.

Art. 35. I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud.

⁶⁶ Constitución Política del Estado, Art. 16. I. Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación. II. El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad alimentaria, a través de una alimentación sana, adecuada y suficiente para toda la población.

estos servicios, sobre todo de exámenes de cáncer de mama y Papanicolaou, que cuando se proporcionan es gracias a campañas asistenciales externas.

La mayoría de los recintos penitenciarios no cuenta con ambientes exclusivos para la atención de la salud. Muchos han tenido que adaptar celdas como consultorios médicos o enfermerías. El personal de salud es también escaso. Algunos cuentan con un solo médico, una enfermera y una psicóloga, que atiende una sola vez por semana a un máximo de 15 internos. Nuevamente son los servicios externos los que ayudan a paliar estas deficiencias.

Solo un centro penitenciario, Palmasola en Santa Cruz, cuenta con un servicio médico con tres consultorios, dos salas de internación, una sala de enfermería y un consultorio odontológico. En 2018, en la sección de mujeres de esta cárcel habitaban 37 niños(as).

En lo que respecta a la alimentación, ésta depende mucho de los víveres aportados por los familiares de los reclusos. La comida no se prepara con ningún criterio de diferenciación, es la misma para todos, incluidos los niños y quienes requerirían dietas especiales. Son excepcionales los centros de detención femeninos que cuentan con cocina y alimentos para los niños.

3. ¿Cuáles son los deberes que tiene el Estado para asegurar un desarrollo adecuado de los niños y niñas que viven en centro de detención con sus madres, incluyendo lo relacionado con la integración comunitaria, socialización, educación y recreación?

A pesar de la normativa que prohíbe que los niños mayores de 6 años habiten dentro de los penales, ésta no es cumplida por los reclusos(as) que, en complicidad con los/as funcionarios/as penitenciarios, sortean la limitación legal para mantener a sus hijos/as lo más cerca posible de ellos. Existe una percepción común entre las personas privadas de libertad de que sus hijos/as se encontrarán más seguros cerca de ellos que afuera con familiares o en centros especializados donde pueden verse más expuestos a ciertas amenazas.

Dentro de los penales bolivianos las condiciones son duras para los niños, quienes deben desarrollar sus actividades en espacios completamente hacinados y precarios. La educación de estos niños se imparte en el marco de la *educación para poblaciones que viven en desventaja social*, conforme al Art. 15 de la Ley 70 de la Educación⁶⁷, que señala:

Art. 15. (Educación escolarizada integral para la población en desventaja social). Es la educación integral escolarizada dirigida a la atención de niñas, niños y adolescentes, jóvenes trabajadores desprotegidos y en desventaja social para protegerlos del entorno, mediante programas especiales de hogares abiertos con servicios integrales de salud, alimentación, educación, reinserción

⁶⁷ Ley 70 de la Educación “Avelino Siñani - Elizardo Pérez” de 20 de diciembre de 2010.

escolar y socio-laboral, considerando políticas de rezago escolar como prioridad educativa.

Para dar cumplimiento a esta norma, se crearon los Centros de Apoyo Integral Pedagógico (CAIP) destinados exclusivamente a atender a las niñas, niños y adolescentes que dependen de privados de libertad. Entre las funciones de estos centros se encuentra brindar apoyo escolar y pedagógico, buscando desarrollar las potencialidades de los menores de edad. Los CAIP están disponibles solo en 16 de los 19 grandes centros penitenciarios, cuentan con guarderías, en algunos casos, y con equipamiento didáctico.

Los CAIP también buscan lograr la integración de los infantes con base en programas desarrollados en el marco del Art. 106 del Código Niña, Niño y Adolescente. Cuando se advierte la necesidad, los niños mayores de 6 años son enviados con familiares o con familias sustitutas a objeto de que puedan generar una mejor integración en la sociedad.

Finalmente, en cuanto a la recreación, los centros penales de Bolivia cuentan con espacios de esparcimiento deteriorados, entre pequeñas canchas deportivas y parques infantiles. Son espacios multifuncionales, por lo que no pueden ser de uso exclusivo de los niños.



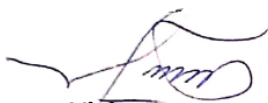
Susana Saavedra Badani
Fundación CONSTRUIR
Plataforma Ciudadana por el
Acceso a la Justicia y los
Derechos Humanos



Guido Iburguen
Asociación Derechos en Acción



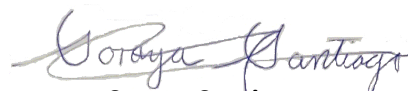
Ramiro Orias
Fundación para el Debido
Proceso



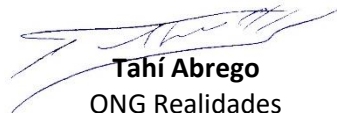
Vivian Lagrava
Colectivo de Derechos Humanos
Empodérate



Marisol Quiroga
Fundación Esperanza, Desarrollo
y Dignidad



Soraya Santiago
Fundación Tribuna
Constitucional



Tahí Abrego
ONG Realidades



María Elena Attard Bellido
Abogada Activista de Derechos
Humanos



Patricia Serrudo
Abogada Activista de Derechos
Humanos



Gabriela Sauma
Abogada Activista de Derechos
Humanos