



CIPRODEH

ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

■ Alejandra Duarte ■ Ariel Díaz ■ Carlos Méndez ■ Eduardo Alemán ■ Ixchel Isidro
■ Leonardo Rivera ■ María José Paz ■ Masay Crisanto





© **Centro de Investigación de Derechos Humanos (CIPRODEH)**

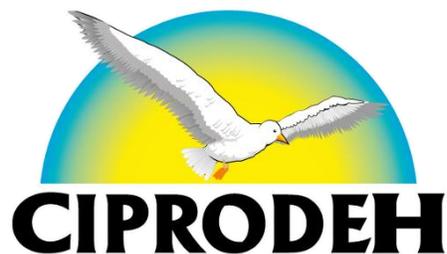
El CIPRODEH es una organización independiente, sin fines de lucro y de carácter privado que contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho, la promoción y defensa de los derechos humanos y las ideas y valores democráticos. Asimismo, el CIPRODEH recibe y verifica información relacionada a presuntas violaciones a derechos humanos y apoya a dar voz a las víctimas.

El Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (CIPRODEH) fue constituido el 24 de marzo 1992. Tiene su oficina central en la capital hondureña, Tegucigalpa y una oficina regional en el departamento de Copán.

Misión de la Organización: El CIPRODEH, es una organización que genera cambios orientados a la construcción de un Estado de Derecho, democrático, justo y respetuoso de los derechos humanos y las libertades ciudadanas, de manera consecuente con la participación inclusiva y necesidades de la población de Honduras.

Visión de la Organización: El CIPRODEH, aspira a consolidar un liderazgo que contribuya al fortalecimiento de la institucionalidad democrática de derecho y la justicia social para la vigencia plena y el respeto de los derechos humanos en Honduras.

País: Honduras



CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

**AMICUS CURIAE CON RELACIÓN A LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA
ELEVADA A LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
POR PARTE DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
RELATIVA A:**

***“ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA
LIBERTAD”***

Tegucigalpa, Honduras, 01 de noviembre de 2020



RECONOCIMIENTOS:

Sr. CARLOS LEIVA: Director Ejecutivo del CIPRODEH

SOBRE LA AUTORÍA DEL DOCUMENTO:



»» ALEJANDRA MARÍA DUARTE IRAHETA

Estudiante destacada del último año de la carrera de Derecho por la UNAH, con reconocida trayectoria en el Programa MOOT COURT a nivel nacional e internacional. Consultora en el CIPRODEH.



»» ARIEL EDGARDO DÍAZ

Oficial de Derechos Humanos en el CIPRODEH. Analista jurídico e investigador en temas relacionados con la Democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos.



»» CARLOS JOAQUÍN MÉNDEZ QUAN

Profesional visitante en el CIPRODEH. Estudiante destacado del último año de la carrera de Derecho por la UNAH. Investigador jurídico con enfoque en derechos humanos y democracia.



»» EDUARDO HUMBERTO ALEMÁN MARTÍNEZ

Profesional visitante en el CIPRODEH. Abogado por la UNAH. Especialista en Seguridad Ciudadana, con experiencia de trabajo en organizaciones de sociedad civil y organismos como PNUD, OEA-MACCIH y ACNUR.



»» **IXCHEL MARÍA ISIDRO BAUTISTA**

Abogada por la UNAH. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Consultora en temas de Derechos Humanos. Experta en Pueblos Indígenas. Larga trayectoria en el Programa MOOT COURT.



»» **LEONARDO RIVERA MENDOZA**

Licenciatura en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Enfoque en derecho público e investigación legal.



»» **MARÍA JOSÉ PAZ CASTILLO**

Estudiante destacada del último año de la carrera de Derecho por la UNAH, con reconocida trayectoria en el Programa MOOT COURT tanto a nivel nacional como internacional. Consultora en ALAC y ASJ. Coordinadora de la Plataforma Juvenil por la Democracia.



»» **MASAY ALEJANDRA CRISANTO**

Estudiante destacada del último año de la carrera de Derecho por la CEUTEC. Artista hondureña. Embajadora cultural. Activista por la defensa de los derechos humanos de las personas indígenas.





CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	6
II. SOLICITUD E INTERÉS DE CONSTITUIRSE COMO AMICUS CURIAE	7
III. CONSIDERACIONES GENERALES	8
1. Criterios para el direccionamiento de un diagnóstico aplicable	8
2. Tendencias generales de la justicia penal en América Central	8
<i>2.1. Aspectos generales de la práctica criminalizante</i>	8
<i>2.2. A nivel de política y discurso</i>	11
IV. ASPECTOS CONCEPTUALES	13
1. Aproximaciones conceptuales de la igualdad: entre lo formal y lo material	14
2. La discriminación indirecta, múltiple e interseccional: perspectivas sobre la vulnerabilidad agravada	18
3. Los enfoques diferenciados como manifestación de la igualdad material	22
V. OBSERVACIONES A LAS PREGUNTAS DE LA COMISIÓN IDH	28
1. Sobre la Pregunta General	29
<i>1.1. ¿Es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas con enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias específicas no afecten la igualdad de condiciones con las demás personas privadas de la libertad, tanto en lo referente a sus condiciones de detención como en relación con los recursos que sean interpuestos para proteger sus derechos en el contexto de la privación de la libertad?</i>	29
<i>1.2. ¿Qué implicaciones concretas tiene el contenido de los derechos involucrados en tales artículos en el alcance de las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia?</i>	35
2. Sobre las mujeres privadas de la libertad embarazadas, en posparto y lactantes	38
2.1. Derechos involucrados	38
<i>2.2. ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica?</i>	42
<i>2.3. ¿Qué condiciones mínimas debe garantizar el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto?</i>	53
<i>2.4. ¿Qué medidas de seguridad puede adoptar el Estado al efectuar el traslado de mujeres embarazadas, a fin de que sean compatibles con sus necesidades especiales?</i>	57
<i>2.5. ¿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?</i>	59





2.6. <i>En los casos de mujeres privadas de la 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?</i>	63
3. Sobre las personas LGBT	65
3.1. <i>Derechos involucrados</i>	65
3.2. <i>¿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?</i>	70
3.3. <i>¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para prevenir todo acto de violencia contra personas LGTB privadas de libertad que no impliquen segregación del resto de la población carcelaria?</i>	74
3.4. <i>¿Cuáles son las obligaciones especiales que tienen los Estados respecto de las necesidades médicas especiales de personas trans privadas de la libertad y, en particular, de ser el caso, respecto de quienes deseen iniciar o continuar con su proceso de transición?</i>	76
3.5. <i>¿Qué medidas especiales deben adoptar los Estados para asegurar el derecho a la realización de visitas íntimas de personas LGBT?</i>	80
3.6. <i>¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados en materia de registro de los diferentes tipos de violencia contra personas privadas de la libertad LGBT?</i>	83
4. Sobre las personas indígenas	88
4.1. <i>Derechos involucrados</i>	88
4.2. <i>¿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?</i>	94
4.3. <i>¿Cuáles son los deberes del Estado en relación con la atención médica de las personas indígenas privadas de la libertad, en particular respecto a sus prácticas medicinales y medicinas tradicionales?</i>	97
4.4. <i>¿Qué medidas especiales tendrían los Estados que adoptar en relación con las actividades o programas desarrollados en el ámbito carcelario, así como las audiencias disciplinarias, atendiendo a las particularidades culturales y lingüísticas de las personas indígenas?</i>	100
4.5. <i>¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados para la prevención de todo acto de violencia respecto de las personas indígenas privadas de la libertad?</i>	102
VI. CONCLUSIONES	106
VII. BIBLIOGRAFÍA	108
1. Doctrina Jurisprudencial del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos	108
1.1. <i>Casos Contenciosos de la Corte IDH</i>	108
1.2. <i>Opiniones Consultivas de la Corte IDH</i>	110



1.3. Informes de la Comisión IDH	111
2. Libros, Revistas y Artículos de Investigación	111
3. Informes, Estudios y demás Documentos Legales	114
4. Sentencias de otros tribunales nacionales e internacionales	116
5. Instrumentos Internacionales	116
6. Notas Periodísticas, Blogs web y Fuentes Digitales	117
7. Entrevistas realizadas por el Equipo Jurídico	117





I. INTRODUCCIÓN

El 25 de noviembre de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana o la Comisión IDH”), haciendo uso de las facultades conferidas en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana o la CADH”), presentó ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana o la Corte IDH”) una Solicitud de Opinión Consultiva, a fin de que este Honorable Tribunal interprete los *“Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad”*.

En este marco, la Comisión IDH realiza consultas referentes a las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad, con el objetivo de enfrentar la situación de desigualdad real de grupos en situación especial de riesgo. En particular, de mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores; y niños y niñas que viven con sus madres en prisión. Con lo cual, se pretende el desarrollo de estándares obligacionales que coadyuven a que los Estados garanticen las condiciones mínimas necesarias para la plena vigencia de la igualdad formal y material en el contexto de privación de la libertad.

Es así, que de conformidad con lo establecido en el artículo 73.3 de su Reglamento, la Corte IDH invitó al Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (en adelante “CIPRODEH o el Centro”) a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Siendo de esta manera, que la Magistrada Presidenta de este Alto Tribunal, Jueza Elizabeth Odio Benito, fijó el 05 de noviembre de 2020 como fecha límite para la presentación de dichas observaciones escritas ante esta Honorable Sede.

Bajo este tenor, el CIPRODEH decidió elaborar el presente documento de observaciones respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva mencionada, para contribuir al desarrollo jurídico y pragmático de los derechos humanos en la región. No obstante, y sin perjuicio del enfoque interseccional que se ha pretendido otorgar a las respuestas aquí planteadas, el CIPRODEH ha delimitado el tratamiento de las medidas diferenciadas en torno a tres grupos en específico: las mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas. En ese sentido, el Centro implementó una metodología participativa para la construcción del documento y, en consecuencia, se determinó invitar a profesionales del Derecho para que voluntariamente contribuyeren a este cometido. Asimismo, con el objetivo de dotar a dichas observaciones de la suficiente legitimidad y representatividad, se conformó un equipo con personas pertenecientes a los tres grupos cuyas medidas diferenciadas son analizadas y abordadas en esta obra.





II. SOLICITUD E INTERÉS DE CONSTITUIRSE COMO AMICUS CURIAE

Enmarcados en el contexto de Solicitud referido anteriormente, comparecemos ante esta Distinguida Corte Interamericana con motivo de someter a su consideración el presente memorial de Derecho en nuestra calidad de *Amicus Curiae*. En el cual, ofrecemos de forma sistemática y organizada una serie de razonamientos jurídicos y técnicos efectuados en torno a las temáticas subyacentes a los puntos de consulta.

Desde su fundación, el CIPRODEH ha venido haciendo contribuciones para fortalecer el Estado de Derecho, la democracia y la prevalencia de los derechos humanos en Honduras. En esta dirección, contempla dentro de sus objetivos estratégicos la intención de promover la gestión del conocimiento, la generación de información, el análisis y el debate en materia de derechos humanos, como herramientas esenciales para el diseño de propuestas y modelos de cambio que brinden alternativas de solución a las distintas problemáticas de los derechos humanos, tanto a nivel interno como a nivel regional.

Paralelamente, el Centro incide en el desarrollo e implementación de políticas públicas con enfoque de derechos humanos, procurando la amplia participación ciudadana, para que el Estado asuma su rol de garante frente a los principales problemas y desafíos que los derechos humanos enfrentan en Honduras. Así, el CIPRODEH propicia la difusión, educación y apropiación de los derechos humanos entre la ciudadanía hondureña; generando su empoderamiento y participación activa en la reivindicación de los derechos y libertades ciudadanas.

En este orden de ideas, a la luz de las preocupaciones expresadas por la Comisión IDH y de las consideraciones generales sobre el Sistema Penitenciario que a continuación se ofrecen, manifestamos nuestro interés de constituirnos *Amicus Curiae* ante esta Alta Magistratura, con el propósito de contribuir al desarrollo evolutivo de los derechos humanos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En esta ocasión, en lo que concierne a los derechos humanos de las personas pertenecientes a los tres grupos vulnerables inicialmente referidos, en el contexto de privación de la libertad.

Bajo esta línea de pensamiento, estimamos y valoramos la oportunidad de que esta Ilustre Corte Interamericana conozca los argumentos jurídicos y técnicos aquí planteados, para proceder oportunamente a resolver la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana relativa a “*Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad*”.





III. CONSIDERACIONES GENERALES

1. Criterios para el direccionamiento de un diagnóstico aplicable

En la Solicitud de Opinión Consultiva bajo examen, la Comisión IDH ha señalado que se busca la configuración de nuevos estándares de protección diferenciada para los grupos de enfoque. Expresando, además, que estos deben diseñarse factorizando las “*condiciones deplorables de detención*”¹ y la situación de vulnerabilidad agravada bajo la que se encuentran.

Esto alude a una fenomenología penitenciaria que amerita de un abordaje preliminar que ilustre, a su vez, el marco sociológico al que se refiere la Comisión Interamericana, particularmente en el caso de la región de América Central. Será, para ello, útil exhibir algunas consideraciones fácticas y teóricas que puedan contextualizar las recomendaciones sustantivas que se plantean al final de este escrito. Se enfocan, primero, en el carácter del sistema de justicia penal, considerado ampliamente; y segundo, en las presentes condiciones relevantes para atender a los puntos de enfoque planteados en la Solicitud de Opinión Consultiva, según los grupos específicos a los que se refiere.

Igualmente, se anticipa elucidar por la vía de ejemplificación, en alguna medida, elementos terminológicos que son centralizados en la solicitud de opinión consultiva. Esto con el propósito de traer estas nociones a una nueva centralidad dentro del discurso del derecho internacional, con referencia a las formas de manifestación de la vulnerabilidad de las personas y las prácticas discriminantes.

2. Tendencias generales de la justicia penal en América Central

2.1. Aspectos generales de la práctica criminalizante

La criminalización es un proceso que se ha mostrado como frecuente y regularmente selectivo². Sus resultados (la imputación de responsabilidad por antijuridicidad y la pena) son precedidos por un examen de los elementos relativos a la volición de las personas o agrupaciones sujetas a la criminalización, de manera que pueda determinarse a quién y de cuál manera se castiga. Las personas sujetas a la selección criminalizante son, usualmente, identificables con grupos sociales que cuentan con

¹ Cfr. Comisión IDH. “*Solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad*”, en estas actuaciones, párr. 2. Disponible en: <https://bit.ly/31uR214>

² Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia (2002). “*Derecho Penal: Parte General*”, 2da Ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, p. 51.





experiencias diferenciadas de marginalización, discriminación u otras formas de violencia y prejuicio.

Es verificable que no toda persona que incurra en conductas criminales será punida, y que no toda persona que no amerite ser punida será absuelta de la pena. Los factores que determinan la estigmatización tienden, entonces, a ser identificables con los factores que determinan la incidencia o no de una convicción penal.

Tales prejuicios, por definición, se desentienden de criterios válidos de comprobación de las cualidades (e.g., mala fe, predisposición o predisposiciones a la criminalidad) atribuidas a las personas criminalizadas. Igualmente, y por su contenido emotivo y simplificante, tienden a persistir en la mentalidad de las personas o agrupaciones que promueven y efectúan la criminalización.

Consecuentemente, el hecho de que alguien haya sido objeto de estigmatización y selección criminalizante comporta una proclividad a que la violencia en su perjuicio continúe y se agrave en la experiencia penitenciaria. Además, tales prejuicios permean dentro de la población seleccionada misma, que ocasionan variaciones en el grado de vulnerabilidad intra-punidos y, por consiguiente, en el grado de afectación a su integridad personal que puede anticiparse desde su estadía en un establecimiento penitenciario.

Así, las circunstancias o características de vulnerabilidad diferenciada que pueden *prima facie* haber conducido al proceso de criminalización de las mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas pueden, en la experiencia de reclusión que usualmente resulta de este, incidir en las condiciones de vida carcelaria de la persona penada.

Por lo tanto, debe igualmente tenerse en cuenta que las condiciones de detención a las que se ha referido la Comisión IDH no incluyen una relación bilateral exclusiva entre quien sanciona y quien recibe la sanción, sino que deben factorizar, cuando menos, los siguientes modelos subjetivos:

- La situación de la persona punida frente a las personas a cargo de la conducción del discurso público-político a nivel de instituciones de representación social y espacios de decisión política.
- La situación de la persona punida frente a su comunidad más inmediata, tomando en cuenta las particularidades e idiosincrasias de los contextos sociales criminógenos (o asumidos como tales) y la posible influencia o interacción de estos contextos, especialmente, con mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas.





- La situación de la persona punida frente al personal policial-carcelario, tomando en cuenta las particularidades e idiosincrasias de los contextos sociales desde los que se extrae a sus miembros.
- La situación de la persona punida frente al resto de la población penitenciaria, vista generalmente, y vista desde las tendencias conductuales observables o anticipables en establecimientos penitenciarios específicos -según sus criterios y prácticas de clasificación-.
- La situación de la persona punida frente al resto de la comunidad civil, vista generalmente, cuya percepción de distanciamiento y peligrosidad, aunadas a los elementos retóricos de la justificación y la función de la pena, tiende a encontrarse altamente artificializada y precondicionada.

Desde una aproximación a los casos de interés, informada por los criterios mencionados, puede esperarse visibilizar que la situación de derechos humanos de las personas en condición de vulnerabilidad, en el contexto procesal y carcelario, debe interpretarse como en todo momento informada por los factores que conducen a la criminalización, en un primer momento, y que luego acompañan a la persona en su experiencia de encarcelamiento. Así -y entendido que estamos refiriéndonos a una configuración de interdependencia factorial cuyas consecuencias deben ser abordadas en función de más de una instancia de discriminación- consideramos que puede ser importante que esta Honorable Corte IDH considere establecer estándares diferenciados de trato:

- Relativos a la estigmatización que antecede a la criminalización de mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas.
- Relativos a los procesos selectivos que inducen al procesamiento penal de mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas.
- Relativos a la experiencia de detención y encarcelamiento de mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas.
- Relativos a los prospectos de experiencia post-carcelaria de mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas.

Igualmente, es importante que se tome en consideración que las prácticas discriminantes atienden a elementos volicionales -sea de agrupaciones o colectividades- que condicionan la posible experiencia carcelaria de las mujeres





embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas. De tal manera, y bajo los criterios mencionados, debe tomarse en cuenta que la aproximación a los patrones y conductas de violencias contra las personas penadas implica, necesariamente, que se realice con base en criterios (a) histórico-sociológicos, (b) políticos, (c) socio-económicos, (d) socio-políticos y (e) socio-legales.

En vista de ello, el conglomerado institucional que conforma cuanto usualmente se llama “justicia penal” no puede visualizarse en términos simplificados, binomiales o abstractos, sino como un aspecto de la fenomenología social cuya comprensión requiere de una óptica con pretensiones explicativas y holistas, que aborden correlaciones, discursos y construcciones. Consecuentemente, es nuestro parecer que es altamente recomendable que cualquier nuevo estándar que esta Honorable Corte tenga a bien producir, se oriente por una vía así informada.

2.2. A nivel de política y discurso

Ahora, lo anterior debe aplicarse al caso de cada contexto y circunstancia que pretenda estudiarse. A nivel de discurso, en años recientes, la región centroamericana ha mostrado el arraigo y replicación de tendencias político-penales fundamentadas sobre el discurso de enemistad social de la persona penada. Estas tienden a atender a programas de retórica populista autoritaria de “baja tolerancia” o análogas³, que asumen un espíritu de prevención general negativa, intensificado por dogmas discriminatorios usualmente informados por contenido obtenido del racismo, la misoginia, la homofobia, y otras formas de discriminación con pretensiones sistemáticas de opresión.

De este modo, asiéndose de una percepción de inseguridad, usualmente exacerbada por el surgimiento de redes de criminalidad organizada o de violencia por pandillas, actores políticos han recurrido a la noción de la “crisis de seguridad” como factor legitimante de un discurso penal reforzado⁴.

La suscripción a una política criminal, tomada desde la intención de enemistad, constituye, en sí misma, una instancia de discriminación. Esto porque permite que prejuicios sobre la identidad o características del agente a quien se estigmatiza incidan sobre la producción legislativa penal, e informan tanto los motivos como la direccionalidad de la legislación resultante. Es decir, la discriminación se

³ Barbara Hudson (2003). *“Understanding justice”*. Segunda Edición. Buckingham & Philadelphia: Open University Press, p. 126.

⁴ Leticia Salomón (2015). *“El manejo gubernamental de la inseguridad: descripción, impacto y resultados”*. En *Honduras Hoy: Criminalidad, acción estatal e impacto político y social*. Tegucigalpa: CEDOH, p. 122.





institucionaliza por medio de su entrada en los programas políticos y las relaciones de poder-opresión. Si la política criminal en la región ha visto una tendencia en este sentido, deberá entenderse que la situación de las mujeres, las personas indígenas y las personas LGTB, respecto a su vulnerabilidad en sede procesal penitenciaria, se agrava en dos aspectos:

- Estigmatización en tanto que vista como proclive a, y capaz de, criminalidad.
- Discriminación en tanto que persona encarcelada.

De lo que resulta, entonces, la vulnerabilidad agravada en tanto que mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGTB; y las personas indígenas.

Nótese, sin embargo, que *nada de cuanto hasta el momento se ha dicho admite de calificación según el lenguaje del estatuto penal o procesal*. Saludamos, entonces, que la Comisión IDH haya optado por incluir en su solicitud de opinión consultiva el término de “*discriminación indirecta*”. Este designa a la circunstancia en que, aun estando el texto de la ley redactada en términos neutrales, con ánimo generalizante e indistinto, esta afecta en grado o calidad desproporcionada a un grupo en contraste con otro, a causa de su situación en el contexto comunitario o estatal.

Así, la legislación existente sobre tratamiento penitenciario en los países de la región no debe verse como un conglomerado de textos dispersos que, por sí mismos, pueden ser analizados y adjudicados de efecto legal o social. Contrariamente, deben ser vistos dentro de un cuadro social en el que las personas sujetas a sus efectos pueden tener experiencias diferenciadas o agravadas de discriminación, marginalización u otras formas de violencia.

A manera de ejemplificar esto, tómense las dos circunstancias siguientes. Es, por ejemplo, importante abordar especial cuidado el caso de las mujeres embarazadas, en condición de reclusas, en países de la región donde existe la conculcación del derecho a la salud reproductiva y al aborto. Tal es el caso de países de la región como El Salvador, Honduras y otros⁵. Resulta de preocupación el escenario posible en el que expresiones, solicitudes, accidentes o actos tendientes al acceso a servicios de salud reproductiva precipite, además de la posibilidad de su denegatoria —que constituye un acto de

⁵ Cfr. e.g., Center for Reproductive Rights (2014). “*Marginalized, Persecuted and Imprisoned. The Effects of El Salvador’s Total Criminalization of Abortion*”. New York: Center for Reproductive Rights; Comisión IDH (2019). “*Situación de los derechos humanos en Honduras*”, OEA/Ser.L/V/II., párr. 133. Disponible en: <https://bit.ly/2Tf0Jzy>





victimización en sí—, juicios adicionales relativos a la calidad moral-jurídica de la mujer gestante y, con ello, un agravamiento de la criminalización o la estigmatización⁶.

Como hemos dicho, estos casos deben ser tratados bajo la óptica de su especial riesgo en cuanto a violaciones ulteriores relativas a la experiencia carcelaria, a causa de la susceptibilidad de la víctima frente al resto de la población reclusa, las agencias a cargo de la justicia penal, o la comunidad en general.

Igualmente, debe entenderse que la legislación penitenciaria puede coexistir con circunstancias en que otras leyes, si bien contenidas en cuerpos normativos distintos, contribuyen a reconocer, permitir y reforzar estigmas discriminatorios que serán transferidos a la experiencia penitenciaria. Por ejemplo, se ha reportado en el caso de Honduras, que legislación orientada a facilitar la selección policial incide en la detención y procesamiento de personas LGBTI por condición de su orientación sexual o identidad de género⁷. En ese sentido, si bien la ley penitenciaria puede no hacer una expresión concreta de criterios de estigmatización y discriminación, esta ley *es atendida y suplementada* por el estatuto que habilita los procesamientos criminales.

En vista de lo anterior, al darse una respuesta a la solicitud de opinión consultiva en el caso que atañe, debe tomarse en cuenta que la discriminación cuenta con elementos subjetivos, normativos y fenoménicos que se interrelacionan, se comunican y se informan mutuamente. De forma tal, que no puede hacerse una recomendación general viable que exista en términos abstractos o que se limite a regular la experiencia penitenciaria como estatuto normativo y orgánico, sino como un hecho social que, en esa condición, atiende a situaciones y contextos.

IV. ASPECTOS CONCEPTUALES

Vistas algunas consideraciones generales que caracterizan la situación del Sistema Penitenciario en los países de la región, es menester para este equipo jurídico delimitar, a manera de prefacio, una serie de elaboraciones conceptuales que permitan desarrollar con la mayor claridad y concreción posibles los planteamientos que a título de estándares o directrices se ofrecen en este trabajo. A su vez, estas precisiones terminológicas sirven de fundamento y antecedente para los argumentos esgrimidos

⁶ Cfr. e.g., Comisión IDH (2019). “Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233, párr. 208. Disponible en: <https://bit.ly/3dIfuEt>

⁷ Cfr. Comisión IDH. “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”. OAS/Ser.L/V/II.rev.2, párr. 89. Disponible en: <https://bit.ly/3kiinhG>





por el CIPRODEH con ocasión de responder las interrogantes planteadas por la Comisión IDH.

Es así, que al momento de analizar la necesidad, oportunidad y posibilidad de adoptar medidas con enfoque diferenciado en el contexto de privación de la libertad, resulta imprescindible establecer, en primera instancia, la base conceptual sobre la cual podrían construirse y posteriormente ejecutarse dichas medidas. De forma tal, que términos como *discriminación indirecta, múltiple e interseccional* confluyen entorno a los conceptos de *igualdad formal e igualdad material*, para deducir el contenido y alcance de la *vulnerabilidad agravada* que resulta de las primeras. Lo que posteriormente nos demanda introducir la metodología utilizada para la construcción de estas medidas con enfoque diferenciado en lo relativo a los tres grupos específicos objeto de análisis en este escrito.

1. Aproximaciones conceptuales de la igualdad: entre lo formal y lo material

El vocablo “igualdad” es un término que indudablemente se ha encontrado en constante evolución y construcción desde sus orígenes. De esta manera, ha sido objeto de inacabables reflexiones y debates, especialmente desde la perspectiva filosófico-jurídica. En esta línea, no es de interés para este equipo jurídico participar de este debate ontológico con la pretensión de precisar el contenido y alcance de este concepto. Sino más bien, vislumbrar algunas de sus propiedades que nos permitan hilvanar nuestras consideraciones en torno a las interrogantes planteadas por la Comisión IDH.

En primera instancia, es preciso recordar que la *igualdad formal* ha sido la que, como principio estricto y derecho fundamental, ha constituido uno de los firmes ideales y postulados que ilustran el contenido de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos⁸, así como, de la mayoría de las Constituciones Políticas de los países de la región. De aquí, que se erige el precepto elemental: *“todas las personas son iguales ante la ley”*. El cual, se presenta acompañado de la enunciación de una serie de razones específicas por las que se prohíbe la discriminación, y que, usualmente, culmina con una cláusula abierta que extiende este mandato a otras causas que no estén expresamente señaladas.

En este orden de ideas, la *igualdad formal* -referida en cuanto igualdad ante la ley e igualdad en su aplicación-, fue enunciada por Leibholz como *“el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de toda la ciudadanía, que implica la garantía de la*

⁸ Cfr. Aída Figueroa Bello (2012). *“Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa Constitucional española”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Revista Mexicana de Derecho Constitucional No. 26, pp. 131-132. Disponible en: <https://bit.ly/31tRJef>





paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho".⁹ Lo que para Kelsen, no sería más que el trato de conformidad con la norma.¹⁰ Así pues, Peces-Barba identifica la *igualdad formal* con el valor de seguridad jurídica, sin alcanzar la denominada igualdad real.¹¹ Y de este modo, se hace posible determinar la existencia de una relación simbiótica entre el principio de igualdad y el principio de legalidad como mandatos de optimización¹² del ordenamiento jurídico de todo Estado de Derecho.

Partiendo de esta premisa, es menester aclarar que la *igualdad formal* -en tanto igualdad ante la ley- se encuentra sujeta, hasta cierto punto, a la generalidad, universalidad e impersonalidad del Derecho. De esta forma, el valor jurídico de la igualdad se configura, al menos *prima facie*, como principio de ordenación general que muy difícilmente lograría la especificidad suficiente para alcanzar su materialización sin el detrimento de la universalidad lógica y coherente de la norma. En ese sentido, la igualdad ante la ley supone que todas las personas se sometan igualmente al ordenamiento jurídico, habida cuenta que todas ellas son titulares de los derechos reconocidos en ese mismo orden normativo¹³.

Ahora bien, sin perjuicio de que el principio de igualdad se instituye en sus comienzos como promesa de consistencia, en donde todas las personas son tratadas por igual sin importar sus excepciones¹⁴; resulta imprescindible acotar que la igualdad ante la ley no implica necesariamente que todas las personas sean tratadas de la misma manera, sino que por el contrario, habilita alguna diferenciación¹⁵. En esta dirección, hemos de comprender que el principio de igualdad ante la ley "*exige que toda norma jurídica sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo dicho supuesto*"¹⁶.

⁹ Apud. Gerhard Leibholz (1959). "*Die Gleichheit vor dem Gesetz*", Munich-Berlín, C. H. Beck (primera edición, 1925), p. 16.

¹⁰ Apud. Hans Kelsen, Norberto Bobbio y otros (1966). "*Crítica del Derecho Natural*", introducción y traducción de E. Díaz, Madrid, Taurus, p. 90.

¹¹ Gregorio Peces-Barba (1995). "*Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general*", p. 245.

¹² Al respecto de los principios jurídicos como mandatos de optimización véase: Robert Alexy (1993). "*Teoría de los derechos fundamentales*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

¹³ Cfr. Antonio Serrano González (1985). "*El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", en Lorenzo Martín Retortillo (1985). "*De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Zaragoza, Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho, p. 39. Disponible en: <https://bit.ly/35kRcwi>

¹⁴ Cfr. Karla Pérez Portilla (2010). "*Más allá de la igualdad formal*", Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 656. Disponible en: <https://bit.ly/2FMuZyt>

¹⁵ Cfr. Liliana Ronconi (2018). "*Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real*", Revista Isonomía no. 49, México, p. 105. Disponible en: <https://bit.ly/31rJBLv>

¹⁶ Robert Alexy (1993), Op. Cit., p. 382.





Así entonces, la norma determina ciertas clasificaciones primarias que permiten la exigencia de un trato idéntico entre quienes se encuentran en las mismas condiciones o circunstancias, mientras que promueve la disparidad en el trato para quienes se encuentran afuera de esas clasificaciones. Lo cual, deriva en la necesidad de que, al momento de la aplicación de la ley, se examine la norma hacia adentro para elucidar si se excluye de dichas clasificaciones a quienes deberían estar dentro.¹⁷

Sin embargo, es la determinación de la legitimidad de estas clasificaciones la que se vuelve inasequible desde la mera normatividad, y por tanto, convierte en insuficiente a la *igualdad formal* al momento de pretender agotar por sí misma el alcance del principio de igualdad.¹⁸ En ese marco, se desarrolla la *igualdad de no intervención* en donde “los jueces y las juezas se convierten en meros aplicadores de la ley, que sólo verifican si el caso cae dentro o fuera de las circunstancias descritas por las normas. Así se gana en seguridad jurídica como mera previsibilidad, sin embargo, esta postura implica un cierto rasgo conservador e interpretaciones racistas, xenófobas, sexistas, entre otras”.¹⁹

Lo anterior, concuerda con la tesis equívoca sostenida por Montesquieu quien afirmaba que “*los jueces de la nación no son... más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes.*”²⁰

De este modo, la *igualdad formal* al admitir clasificaciones -cuyo fundamento lógico parece ser abstracto o en ocasiones inexistente- que se encuentran orientadas por una visión reduccionista e insuficiente del mandato de igualdad, no hace posible la determinación previa de la razonabilidad de cualesquiera distinciones que eventualmente se podrían reconocer en la legislación con el fin de equiparar la experiencia de la igualdad jurídica entre miembros iguales y desiguales de una misma sociedad. Siendo entonces, este el momento en que se vuelve inexorable referirnos al complemento y extensión de la *igualdad formal*, que hace viable la plena satisfacción del principio de igualdad: la *igualdad material o real*. Evidentemente, siempre que sea a través de su implementación conjunta e interrelacionada.

Mediante esta dimensión material del principio de igualdad lo que se persigue es velar por la plena eficacia y vigencia de los derechos humanos como atributos inherentes a la dignidad humana de todas las personas, tanto en el plano de lo colectivo

¹⁷ Liliana Ronconi (2018), Op. Cit., p. 106.

¹⁸ Juan Antonio García Amado (1987). “*Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad*”, Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo IV, Madrid, p. 118. Disponible en: <https://bit.ly/3khtXd1>

¹⁹ Liliana Ronconi (2018), Op. Cit., p. 107.

²⁰ Montesquieu (1748). “*Del Espíritu de las Leyes*” p.110 (Tecnos: Madrid 1995).





como en la esfera de lo individual. Y es que, esta concepción de la igualdad no se conforma con que las personas “iguales” sean tratadas como “iguales”, sino que comienza a preguntarse por la razonabilidad del trato. Toda vez que resulta exiguo para satisfacer la pretensión de justicia dotar de legitimidad y validez a cualesquier distinción de trato por su solo reconocimiento en la legislación. Con ello, hemos de rechazar toda interpretación *ius positivista* que pretenda limitar el análisis de la razonabilidad de tal o cual trato a su sola aparición o no en la norma jurídica.

De esta manera, se han de tener por válidas únicamente aquellas clasificaciones que sean “objetivas y razonables”, exigiéndose así razones que hablen a favor o en contra del criterio utilizado por el legislador para clasificar.²¹ Bajo este tenor, el principio de igualdad implica que: “(a) Si no hay una razón suficiente para permitir un trato desigual, entonces está ordenado un trato igual y; (b) Si hay una razón suficiente para ordenar un trato desigual, entonces está ordenado un trato desigual”.²² En consecuencia, la *igualdad material* se traduce en acciones afirmativas que promueven la igualdad real a favor de las personas titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. O dicho de otro modo, la igualdad material se traduce al apotegma “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”²³ con el objeto de garantizar una vida humana digna.

Paralelamente, la Real Academia Española ha comprendido la igualdad material como el “mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad entre las personas, en su individualidad o colectividad, sea efectiva en la realidad de las cosas y no solo en las normas, removiéndolos obstáculos que dificulten o impidan su plenitud”.²⁴

Al tenor de lo anterior, hemos de convenir que esta concepción material de la igualdad traslada la discusión al plano fáctico para favorecer su entera satisfacción, en tanto principio y en tanto derecho. Y así, la *igualdad material* aspira a que las reflexiones teóricas sobre la igualdad superen las barreras de operatividad práctica que se imponen inicialmente para la *igualdad formal*. Desde este enfoque, debemos entender que para la efectiva protección de la igualdad se vuelve imperativa la cohesión indisoluble entre lo formal y lo material.

²¹ Liliana Ronconi (2018), Op. Cit., p. 108.

²² Robert Alexy (1993), Op. Cit., p. 386.

²³Cfr. Ignacio Burgoa (1968). “*Las garantías individuales*”. Porrúa. México. 5ª edición, p. 255. Disponible en: <https://bit.ly/3kiImFN>; Karla Perez Portilla (2005). “*Principio de igualdad: alcances y perspectivas*”, México, UNAM-Conapred, p. 91. Disponible en: <https://bit.ly/2HiNVFT>

²⁴Cfr. Diccionario de la Real Academia Española. Consultado el 11 de octubre de 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/3dI88AP>





Sobre esta línea de pensamiento, es importante recordar que la descomposición de la igualdad se muestra viable en dos sentidos: a) la igualdad como punto de partida, que implica más una obligación de no hacer para los Estados -también referida como igualdad negativa-, en tanto deben abstenerse de mermar el desarrollo de las personas sujetas a su jurisdicción mediante cualquier tipo de discriminación; y b) la igualdad como punto de llegada, la cual, se erige como resultado de la adopción de un conjunto de medidas por parte de los poderes públicos, que atienden a las particularidades fácticas de cada una de estas personas, en sus dimensiones individuales y colectivas²⁵.

En ese sentido, la no aparición de una disposición de corte discriminatorio dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, no le exime de su responsabilidad de hacer cesar los obstáculos estructurales que en la práctica enfrentan las personas en su búsqueda por experimentar la igualdad jurídica en el mismo grado de satisfacción. En virtud de ello, el marco obligacional para los Estados contiene deberes de protección tanto *de jure* como *de facto* en materia de igualdad. Es así, que esta Alta Magistratura ya ha reconocido la posibilidad de que coexistan situaciones discriminatorias de hecho y de derecho bajo contextos específicos.²⁶ Todo lo cual, deriva en la necesidad de relacionar a continuación nuestro análisis con los conceptos de *discriminación indirecta, múltiple e interseccional*; que ya han sido ampliamente discutidos en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

2. La discriminación indirecta, múltiple e interseccional: perspectivas sobre la vulnerabilidad agravada

Como hemos referido *supra*, estas facetas de la discriminación han recibido un tratamiento amplio y suficiente tanto por parte de la Comisión IDH como por parte de este Ilustre Tribunal Interamericano. Por lo cual, en esta sección hemos de limitarnos a recordar ligeramente algunos de estos criterios empleados²⁷, que resultan de trascendental importancia para favorecer el discernimiento de los argumentos que posteriormente se ofrecen. Especialmente, en lo que concierne a la vulnerabilidad agravada que emana de la pervivencia de estas distintas expresiones de la discriminación.

²⁵ Cfr. Carlos Alarcón Cabrera (1987). “Reflexiones sobre la igualdad material”, Anuario de Filosofía del Derecho, No. 4, pp. 31-32. Disponible en: <https://bit.ly/2Ha4wvF>

²⁶ Cfr. Corte IDH. “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. párr. 103. Disponible en: <https://bit.ly/2T9xZYZ>

²⁷ Para profundizar en los criterios adoptados por la Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos véase Comisión IDH (2019). “Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos”. Disponible en: <https://bit.ly/3m7VHRS>; véase también Corte IDH. “Cuadernillo de Jurisprudencia No. 14: Igualdad y no discriminación”. Disponible en: <https://bit.ly/2FQdPjE>





En ese sentido, y en lo relativo a la *discriminación indirecta*, este Ilustre Tribunal ha estimado que “una violación del derecho a la igualdad y no discriminación se produce también ante situaciones y casos de discriminación indirecta reflejada en el impacto desproporcionado de normas, acciones, políticas o en otras medidas que, aún cuando sean o parezcan ser neutrales en su formulación, o tengan un alcance general y no diferenciado, produzcan efectos negativos para ciertos grupos vulnerables”.²⁸

Empero, es posible que quien haya establecido esta norma o práctica no sea consciente de esas consecuencias reales y, en tal caso, la intención de discriminar no es lo esencial y procede una inversión de la carga de la prueba; lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio²⁹.

Atendiendo a lo anterior, para identificar la concurrencia de una *discriminación indirecta* resulta suficiente con analizar los efectos producidos por una ley, acción o medida en su aplicación al caso concreto, independientemente de que sea posible o no determinar que esta hubiese sido concebida o no con esa finalidad. Sin perjuicio de ello, hemos de convenir la pertinencia de realizar un recorrido a través del contenido, objeto y finalidad de la norma -lo que nos permitiría identificar un acto de discriminación directa-, para facilitar la posterior evaluación de las consecuencias reales y prácticas de su aplicación o ejecución -que coadyuvaría a retratar la discriminación indirecta-.

Así pues, para que la prevención de la aparición de esta expresión indirecta de la discriminación sea posible, será entonces indispensable que existan mecanismos prácticos que garanticen la adaptabilidad del objeto y la intención de la norma a las particularidades fácticas de una persona, grupo o situación en específico. Inicialmente, y partiendo de la presunción de legitimidad de las acciones del legislador, podríamos visualizar como legítimos también los resultados de su aplicación; de forma tal, que la igualdad debería primar inmaculada desde su concepción en el contenido de la norma (en cuanto objeto y finalidad) hasta sus efectos prácticos y reales (adecuándose apropiadamente a las peculiaridades de la persona destinataria de la norma).

Sin embargo, como ya hemos mencionado anteriormente, al momento de la aplicación de la ley convergen un sinnúmero de situaciones que muy difícilmente podrían haberse previsto al momento de la creación de la norma. Y así, este elemento

²⁸ Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 235 ; En el mismo sentido lo han adoptado El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁹ Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 257 ; *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C 315, párr. 125.





de imprevisibilidad hace imperativo que se promuevan acciones reales que atenúen estas consecuencias discriminatorias que puedan resultar de la aplicación de la normativa.

En este orden de ideas, devenimos en la necesidad de apuntar la relevancia del concepto de *discriminación múltiple o compuesta*. Pues, para deslindar la *discriminación indirecta* es oportuno direccionar nuestro enfoque principalmente a las singularidades que caracterizan las distintas realidades que confluyen dentro de una misma dimensión fáctica. Y así, se construye este término de *discriminación múltiple* desde la óptica de la persona destinataria de las normas, acciones o medidas estatales.

Sobre este particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha sostenido que algunas personas o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, y que “*esa discriminación acumulativa afecta a las personas de manera especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla*”.³⁰ Para que sea posible considerar una discriminación como “múltiple” es necesario que existan varios factores que motiven dicha discriminación.

Ahora bien, lo múltiple alude al carácter compuesto de las causas de discriminación. Lo que, a su vez, se refiere a la implicación de diversas categorías sospechosas³¹; es decir, características o rasgos personales que, como regla general, no deben utilizarse para establecer diferencias entre individuos (tales como la raza, el sexo, la religión, etc.) y que el ordenamiento jurídico ha señalado especialmente como indiciarios de discriminación.

Aunado a ello, es importante recalcar que la proyección de estas diversas causas de discriminación puede ser en forma separada o simultánea. A diferencia de lo que se instituye como *discriminación interseccional*, la cual, como oportunamente anota el magistrado Ferrer Macgregor, no sólo se circunscribe a una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación.³² Dicho de otra forma, toma lugar cuando en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos

³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2009). Observación General No. 20, E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009, párr. 17. Disponible en: <https://bit.ly/35mBAaA>

³¹ Para profundizar sobre la definición de las categorías sospechosas véase José Manuel Díaz de Valdés (2018). “*Las categorías sospechosas en el derecho chileno*”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.50 Valparaíso. Disponible en: <https://bit.ly/2HiOpfb>

³² Corte IDH. *Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en el Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, p. 10. Disponible en: <https://bit.ly/37pRmFj>





prohibidos de forma sinérgica, al punto de activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación, superando la suma simple de estas.

En consonancia con lo anterior, esta Alta Magistratura ha empleado el concepto de “interseccionalidad” para el análisis de casos de discriminación en que se presenta la confluencia en forma transversal de múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a una serie de condiciones particulares.³³ Puesto que los factores multidimensionales que configuran la realidad de una persona o grupo le sitúan, desde una perspectiva económica, sociológica y política, en una posición concreta frente al resto de sus pares y desiguales.

Esto, en términos prácticos, significa un riesgo patente para el pleno desarrollo de la dignidad humana de cada una de las personas que participan desde distintas posiciones en una vida común, a la vez que constituye un fuerte reto para los Estados en cuanto a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Toda vez que de no tomarse las medidas necesarias en los momentos oportunos para equilibrar estas realidades -que en principio son limitativas y condicionantes- se allanaría el camino para consecuencias muy adversas, y en ocasiones, irreparables. De aquí, que la Comisión IDH considera que la intersección de identidades y riesgos pueden acentuar violaciones de derechos humanos contra personas, grupos y colectividades en especial situación de vulnerabilidad y discriminación histórica en el hemisferio³⁴.

No obstante, la interseccionalidad representa también, una oportunidad para los Estados, en tanto herramienta catalizadora del cumplimiento de su deber de prevención. En otras palabras, utilizado apropiadamente, el enfoque de interseccionalidad hace posible la orientación de las actuaciones estatales en su esfuerzo por comprender a la persona humana desde una lógica integral. Lo que, facilitaría la adopción de medidas específicas que resuelvan las exigencias de igualdad, libertad y dignidad de una sociedad, *a priori* de que estas se constituyan en vulneraciones a derechos humanos o problemáticas irresolubles.

Así pues, esta interseccionalidad que interviene en un contexto plagado de discriminaciones indirectas y múltiples deviene naturalmente en la configuración de una condición de *vulnerabilidad agravada*. Y con ello, aludimos a una situación en que los atributos, elementos, características o circunstancias propias de una persona o grupo, le colocan en un estado permanente de alerta en lo que a vulneraciones a

³³ Cfr. Corte IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359, párr. 138.

³⁴ Comisión IDH. “*Plan Estratégico 2017-2021*”. OEA/Ser.L/V/II.161, Doc. 27/17, 20 de Marzo 2017, p. 31. Disponible en: <https://bit.ly/2FQehOS>





derechos humanos concierne. De forma tal, que existen personas con rasgos de identidad colectivos e individuales que les hacen más propensos a experimentar el detrimento de sus derechos humanos.

Y si bien, esta *vulnerabilidad agravada* emana principalmente de las actuaciones estatales, hemos de señalar que, partiendo del *efecto horizontal*³⁵ de los derechos humanos que se desarrolla en torno a la teoría del *Drittwirkung*³⁶, también proviene de patrones estructural e históricamente instituidos por la propia sociedad. Originándose así, la obligación para el Estado de adoptar medidas de todo tipo que prevengan la necesidad de su intervención en la esfera de lo privado. En otros términos, los Estados tienen el deber de otorgar las herramientas suficientes para que las relaciones privadas se desenvuelvan sobre la base de la igualdad, sin que se precise su injerencia directa dentro de las mismas.

Al respecto, esta Distinguida Corte IDH ha estatuido que *“los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”*³⁷.

Partiendo de todo lo antes expuesto, es que resulta imprescindible definir a continuación cómo es que podrían combatirse los efectos de esta condición de *vulnerabilidad agravada*, que evidentemente retrata la situación en que se encuentran los grupos que son objeto de este escrito.

3. Los enfoques diferenciados como manifestación de la igualdad material

Como corolario de lo hasta aquí indicado, subrayamos en esta sección, el ineludible mandato que se desprende de la igualdad, especialmente desde el plano material: tomar acciones para prevenir, combatir y erradicar las desigualdades reales y prácticas. Empero, esta prescripción no debe entenderse como una aplicación relativa de la ley - que con facilidad podría configurarse en tratos arbitrarios y selectivos, en menoscabo

³⁵ José Juan Anzures Gurría (2010). *“La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”*, Revista Cuestiones Constitucionales No. 22, pp. 3-51. Disponible en: <https://bit.ly/31uS8NI>

³⁶ Esta teoría se desarrolla inicialmente por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania con el caso de Lüth, en 1958. Según esta teoría una demanda particular puede sustentarse en los derechos fundamentales en contra de otro particular, o bien, respecto a las autoridades por la violación de dichos derechos. Así, el gobierno puede ser responsable por omisión de impedir, por conducto de los instrumentos jurisdiccionales o cualquier otra medida, la violación de los derechos fundamentales de una persona por otra persona privada; dando paso a la aplicación indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.

³⁷ Corte IDH. OC 18/03, Op. Cit., párr. 104.





de la seguridad jurídica y de la propia igualdad- sino que más se trata de una aplicación consecuente y coherente con el principio de igualdad como presupuesto para la plena vigencia y eficacia de los derechos humanos.³⁸

En ese sentido, es necesario contar con una herramienta de medición que nos permita identificar la necesidad, oportunidad y razonabilidad de un trato determinado, para posteriormente, definir su coherencia con el principio de igualdad, tanto formal como material. Bajo esta premisa, este equipo jurídico ha considerado la pertinencia de adaptar el denominado “*test de razonabilidad*” al contexto de la presente Solicitud de Opinión Consultiva.³⁹ Pues, tradicionalmente ha sido concebido con el ánimo de revisar, ya sea, si es válida y razonable la restricción de un derecho humano para realizar un objetivo de interés estatal; o si un trato diferenciado dirigido a una persona o grupo es discriminatorio.

Sobre este particular, es necesario acotar que existen tres modelos a través de los cuales se ha empleado este test, los cuales comparten su esencia de aplicación, pero se reservan paralelamente elementos propios que se adecúan a los distintos sistemas jurídicos del mundo. A saber, el modelo europeo, el modelo estadounidense y el modelo integrado. Empero, para efectos de nuestro interés, nos referiremos exclusivamente al modelo integrado del test de razonabilidad⁴⁰, sobre el cual descansa el análisis y

³⁸ Esta coherencia y apego del trato con el principio de igualdad se encuentra íntimamente relacionada a su compatibilidad con la Convención Americana y con la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

³⁹ Este test ha sido adecuado a los fines de esta Solicitud de Opinión Consultiva vinculando los criterios de aplicación, expuestos por parte de la Corte Constitucional Colombiana en su jurisprudencia, con el objetivo primordial de este escrito: determinar la razonabilidad de adoptarse una medida determinada con enfoque diferenciado, a fin de colocar a los iguales y desiguales en un mismo plano de igualdad de derechos, oportunidades y resultados.

⁴⁰ El modelo europeo del test de razonabilidad se edifica sobre la base del “juicio de proporcionalidad” que ha sido utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, y el Tribunal Constitucional Español, entre otros. Asimismo, y tal como lo advierte Liliana Ronconi, ha sido aplicado por otros tribunales, aunque no en materia de igualdad, como la Corte Interamericana en el caso “Kimel vs. Argentina”, sentencia del 2 de Mayo de 2008 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) y en “Gonzalez Lluy Talía vs. Ecuador”, sentencia del 1 de Septiembre de 2015 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C 298. Este modelo se estructura a partir de tres evaluaciones: el examen de adecuación técnica o idoneidad, el examen de medios alternativos o necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Por otra parte, el modelo estadounidense (que hace más referencia a la intensidad con la que se controla la constitucionalidad de las distinciones efectuadas) examina con mayor o menor exigencia la adecuación del medio utilizado por la norma con la finalidad perseguida, el peso de las razones para justificar la restricción y la existencia de alternativas. Desde esta perspectiva, se desarrolla a través de tres niveles de escrutinio: el de mera racionalidad, el intermedio y el estricto. Para profundizar en el contenido de estos dos modelos del test de razonabilidad véase Daniel Vásquez, 2018. “*Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Estudios Jurídicos no. 287. Disponible en:





desarrollo que posteriormente desplegamos a título de directrices específicas. Esto, en vista que al configurarse en una técnica que combina los elementos característicos tanto del modelo europeo como del modelo estadounidense facilita la intelección de la igualdad en su amplitud correspondiente⁴¹, analizando desde una óptica vasta y suficiente las distinciones que podrían tener lugar en el marco de su protección.

Es oportuno mencionar que si bien, esta Ilustre Corte Interamericana ha adoptado inicialmente el modelo europeo del test de razonabilidad (aunque no directamente en materia de igualdad), estimamos la pertinencia de que este Alto Tribunal considere -en el marco de la presente Solicitud de Opinión Consultiva- la utilización de este test integrado propuesto por la Corte Constitucional Colombiana y adaptado a los fines de esta solicitud por parte de este equipo jurídico, en aras de garantizar la evaluación más abarcadora posible a la hora de dilucidar la razonabilidad de los tratos diferenciados.

En ese sentido, y a efectos de propiciar el entendimiento de la funcionalidad y aplicabilidad de este test integrado, se presenta a continuación de forma sintetizada la estructura y metodología del mismo, que se desprende de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.⁴²

No obstante, al tratarse de un test originalmente pensado para el ámbito constitucional, nos es imperativo vislumbrar su adaptabilidad al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Sin menoscabo de que la consecución de esta adaptabilidad debería, a primera vista, satisfacerse a través de las obligaciones del Control de Convencionalidad que se derivan del artículo 2 de la Convención Americana. De manera que, el contenido de las Constituciones Políticas y del resto del ordenamiento jurídico de los países de la región no podrían desconocer ni total ni parcialmente los preceptos convencionales en materia de derechos humanos. Tomando en consideración que una de las limitaciones invariables del poder soberano que se expresa por medio del texto fundamental de cualquier Estado, es precisamente el respeto y la garantía de los derechos humanos.

En atención a lo anterior, es menester acotar que con el ánimo de establecer un test que resulte suficiente para abordar la razonabilidad de las medidas que se encuentren formalmente reconocidas en la normativa de un Estado, así como de las medidas que

<https://bit.ly/37n8pbb> ; véase también Liliana Ronconi, 2018. “Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”, Revista Isonomía no. 49, México. Disponible en: <https://bit.ly/35mEpK1> .

⁴¹ La Corte Constitucional Colombiana elabora este test en aras de la protección de la igualdad en tanto principio, valor y derecho. Sin que eso signifique la realización de un tratamiento ininteligible de estas figuras jurídicas, y que más bien resulte amplio y suficiente. Al respecto de la diferenciación entre principio, valor y derecho véase las Sentencias T-406 de 1992, T-881 de 2002, C-818 de 2010 y C-250 de 2012.

⁴² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C/015-14 del 23 de enero de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/3dK7LFE>





en la práctica deban adoptarse por parte de sus agentes estatales que interactúen con las personas privadas de libertad, hemos propuesto algunas variables que complementan los razonamientos de la Corte Constitucional Colombiana; que se originan con una suerte de parámetros de compatibilidad entre las actuaciones estatales y el contenido del estamento jurídico interamericano en materia de derechos humanos. Lo que, en consecuencia, permitiría examinar integralmente el comportamiento estatal, tanto en lo relativo a su normatividad como en lo referente a la situación real de igualdad de sus habitantes.

Tabla No. 1. Test de razonabilidad integrado.

TEST DE RAZONABILIDAD INTEGRADO⁴³

Etapas del análisis	Primera etapa:	Segunda etapa:	Tercera etapa:
	<p>Establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o <i>tertium comparationis</i>.</p> <p>Es decir, determinar si el análisis se precisa:</p> <p>-Desde la identidad individual / colectiva de una persona / grupo en particular: ¿se trata de personas o grupos que se encuentran en un plano de individualidad comparable o equiparable?</p> <p>-Desde un supuesto de hecho que</p>	<p>Definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Para ello, es necesario un enfoque de interseccionalidad desde el que se pueda vislumbrar con exactitud la posición de privilegio o desventaja en que se encuentra una persona o grupo con respecto al resto de la sociedad, para visibilizar los elementos de identidad que significan un riesgo en materia de igualdad.</p> <p>-De existir una amenaza jurídica para la igualdad: analizar la</p>	<p>Averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente y convencionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p> <p>Para ello, será imprescindible elucidar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. De manera que sea posible obtener una medida objetiva, legítima y</p>

⁴³ Es importante aclarar que las primeras dos filas de esta tabla no contienen una relación de correspondencia directa con las filas subsiguientes, de forma que solamente exponen, por un lado, las tres etapas generales del análisis; y por otra parte, los objetos del análisis. Cuestiones que también son independientes una de la otra. Mientras que las últimas dos columnas sí se corresponden entre sí: grados de intensidad - reglas de aplicación en sus distintos grados.





	<p>concreta realidades comparables o equiparables: ¿son los supuestos de hecho que se ponen en perspectiva susceptibles de compararse entre sí?</p> <p>Todo esto, implica el análisis del contexto, el orden de sucesión y la relación de los hechos.</p>	<p>gravedad de esta amenaza para evaluar la pertinencia de eliminarla de la norma, sin que se perjudique la seguridad jurídica.</p> <p>-De existir una amenaza fáctica para la igualdad: analizar la posibilidad de mejorar la experiencia de la igualdad a través de un trato diferenciado.</p> <p>-De no existir una amenaza fáctica ni jurídica: analizar la posibilidad de que esta aparente pretensión de igualdad subsista al trasladarse del plano formal al plano material.</p>	<p>razonable.</p> <p>Este razonamiento se podrá llevar a cabo desde distintos niveles de intensidad que se corresponden con la gravedad de la amenaza que se hubiere identificado con anterioridad. A lo que se van a sumar reglas de aplicación específicas para cada nivel de intensidad, adecuando el análisis a las particularidades del caso.</p>
<p>Objetos a analizar</p>	<p>Primer objeto:</p> <p>Pretensión de igualdad: La finalidad de la medida siempre debe ser procurar la igualdad.</p>	<p>Segundo objeto:</p> <p>Medio empleado para la consecución de esta pretensión de igualdad: elementos que constituyen la medida.</p>	<p>Tercer Objeto:</p> <p>Relación de correspondencia entre el medio empleado y la finalidad de igualdad pretendida.</p>
<p>Finalidad del Escrutinio</p>		<p>Grados de Intensidad</p>	
<p>Primer grado: Escrutinio leve</p> <p>Este grado del test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, es decir, se circunscribe a verificar si dichos fin y medio no están constitucional o convencionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. El</p>		<p>Primer grado: Escrutinio leve</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Idoneidad o adecuación de la medida:</i> alcanza para afirmar que el medio es idóneo con que contribuya de alguna manera en la consecución del fin de igualdad propuesto. • <i>Medios alternativos y necesidad de la medida:</i> se analiza la posibilidad de que exista otra medida alternativa que posibilite alcanzar el fin propuesto en similares condiciones a las que permitiría la medida con enfoque 	





test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas concebidas en la ley o derivadas de su aplicación.

Así, se previenen tratos que no tienen un mínimo de racionalidad, que son manifiestamente contrarias al principio de igualdad o cuyos efectos negativos para la experiencia práctica de la igualdad se muestran inevitables.

Segundo grado: Escrutinio intermedio

Este grado del test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve la protección del derecho de igualdad o la garantía en el ejercicio en condiciones de igualdad de un derecho reconocido en la CADH. Y a la vez, que la medida sea adecuada y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

Tercer grado: Escrutinio estricto

Este grado del test busca establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser reemplazado por otro menos lesivo. Para aplicar un test estricto, es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las

diferenciado. Es decir, ¿existe alguna forma de trato no diferenciado que promueva en forma equiparable la igualdad como lo haría la medida con enfoque diferenciado?

- *Proporcionalidad en sentido estricto*: se presume que la medida con enfoque diferenciado es proporcional siempre que sea legítima. Y para ello, solo será necesario algún argumento que hable a favor de la satisfacción de ese fin mediante la distinción que efectúa la medida diferenciada.

Segundo grado: Escrutinio intermedio

- *Idoneidad o adecuación de la medida*: el medio debe guardar una relación sustancial con el fin de igualdad pretendido. No alcanza entonces con que se fomente la igualdad de *alguna manera*, sino que se requiere un tipo de fomento contrastable.

- *Medios alternativos y necesidad de la medida*: se parte de la presunción de que el medio elegido fomenta el fin de igualdad en forma suficiente; sin embargo, se debe analizar la posibilidad de que la adopción de esta medida con enfoque diferenciado pueda o no restringir indebidamente el derecho de la persona con quien se busca equiparar a quien se encuentra en posición de desigualdad.

- *Proporcionalidad en sentido estricto*: No alcanza con que las razones que sustentan la promoción del fin sean atendibles, se requiere que la justificación sea más que plausible.

Tercer grado: Escrutinio estricto

- *Idoneidad o adecuación de la medida*: la medida adoptada debe ser la más idónea para alcanzar el fin propuesto. Para ello, es pertinente que se analice la irreparabilidad del daño. Además, no alcanza con que se fomente la pretensión de igualdad de *alguna forma*, sino que tiene que existir una relación de fomento palpable.





previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 24 de la CADH; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta; que pertenezcan a grupos en condición de vulnerabilidad; que han sido discriminados históricamente; a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o; a minorías insulares y discretas.

- *Medios alternativos y necesidad de la medida:* se parte de la presunción de que no existen otros medios alternativos menos lesivos a través de los cuales pueda resolverse la problemática de igualdad suscitada.
- *Proporcionalidad en sentido estricto:* El grado de satisfacción de la pretensión de igualdad debe ser mayor a la afectación de la seguridad jurídica o de los otros bienes jurídicos que estén en juego.

Fuente: Elaboración propia con base en los criterios de la Corte Constitucional de Colombia.

V. OBSERVACIONES A LAS PREGUNTAS DE LA COMISIÓN IDH

En este memorial de Derecho, el CIPRODEH argumenta sus convicciones respecto del objeto de la Solicitud de Opinión Consultiva sometida al conocimiento de esta Respetable Corte IDH. Bajo esta perspectiva, las y los autores hemos pretendido plasmar en su contenido, una serie de explicaciones lo suficientemente amplias como para elucidar alternativas de medidas, estándares o directrices que permitan orientar el marco obligacional de los Estados en torno a las poblaciones vulnerables en el contexto de privación de la libertad. Dichas propuestas han sido entonadas desde un enfoque holístico e interseccional.

De este modo, y habiéndose dilucidado los aspectos conceptuales más relevantes, se presentan en las siguientes líneas los razonamientos que resultan de una labor lógico-inductiva ejecutada en los términos establecidos en el acápite primero. Lo que hace posible la aplicación general de cualesquiera de las directrices u orientaciones que se ofrecen por parte de este equipo jurídico en esta pieza de trabajo, sin menoscabo de las particularidades situacionales del Sistema Penitenciario de cada Estado que pudiesen exigir mayor especificidad.

En ese sentido, el CIPRODEH responde en el orden original las interrogantes planteadas por parte de la Comisión Interamericana en su Solicitud de Opinión Consultiva, en lo que refiere a la pregunta general, y las preguntas específicas que abarcan a las mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas. No obstante, este equipo jurídico ha considerado la pertinencia de establecer, previo al desarrollo de las interrogantes específicas, un marco normativo en el que se esclarezca el alcance de los derechos involucrados en lo relativo a cada grupo vulnerable en particular.





Atendido esto, en cada una de estas secciones se desarrollan criterios específicos que pretenden configurarse como herramientas orientadoras para esta Ilustre Corte IDH al momento de resolver los cuestionamientos adjudicados a su consideración.

1. Sobre la Pregunta General

En concatenación con lo mencionado anteriormente, la interrogante general planteada por parte de la Comisión IDH es respondida de forma circunscrita a los tres grupos vulnerables que son objeto de análisis para el equipo jurídico del CIPRODEH. Y bajo ese criterio, se erige, de esta primera pregunta, la premisa sobre la cual se edifican posteriormente los razonamientos especializados e individualizados que atienden las necesidades y preocupaciones particulares en torno a dichos grupos.

Así también, se vuelve oportuna la aproximación de esta pregunta general en dos vías, sin que ello signifique su disociación: por un lado, la posibilidad de justificar las medidas o enfoques diferenciados sobre la base de los artículos 24 y 1.1; y por otra parte, las implicaciones que podrían tener los derechos involucrados en dichos artículos, con relación a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

1.1. ¿Es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas con enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias específicas no afecten la igualdad de condiciones con las demás personas privadas de la libertad, tanto en lo referente a sus condiciones de detención como en relación con los recursos que sean interpuestos para proteger sus derechos en el contexto de la privación de la libertad?

A manera de introducción sobre este punto, resulta primordial precisar sucintamente el contenido de la igualdad preceptuado en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, toda vez que se trata de dos dimensiones distintas pero interrelacionadas y hasta inseparables de la idea de la igualdad. En ese sentido, y de conformidad a la labor hermenéutica que esta Distinguida Corte IDH ha efectuado en torno a las concepciones de igualdad que figuran en la CADH, se erige la igualdad en tanto cláusula subordinada y en cuanto cláusula autónoma.

Bajo este tenor, reconoce que el artículo 1.1 de este estamento jurídico comprende la igualdad en tanto cláusula subordinada, es decir, como una garantía accesoria a cada uno de los derechos y libertades contenidos en el mismo cuerpo legal. En razón de lo cual, establece que se trata de una “*norma de carácter general cuyo contenido se extiende*





a todas las disposiciones del tratado".⁴⁴ Desde esta óptica, la igualdad no sólo se convierte en un principio que optimiza la efectividad de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, sino que rige y hace factible la operatividad práctica de los mismos.

En este orden de ideas, *"todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma"*.⁴⁵ Por consiguiente, el artículo 1.1 dirime obligaciones de garantía y respeto generales y a la vez específicas. Generales, en tanto deben asegurar la protección de todos los derechos reconocidos en la CADH en condiciones de igualdad, lo que se configura en deber global de garantía. Específicas, en cuanto cada uno de estos derechos constituye mandatos inmediatos y particulares de igualdad, que permiten operativizar sus contenidos.

Por otra parte, el artículo 24 configura la igualdad en cuanto cláusula autónoma, esto es, como derecho independiente. Por ende, se ha estatuido que *"está garantizado en sí mismo y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido en el Pacto"*.⁴⁶ Su alcance permite la extensión de la prohibición de discriminación *"a todas las disposiciones de derecho interno de los Estados Parte, al condenar todo trato discriminatorio de origen legal"*.⁴⁷ Así entonces, el artículo 24 genera obligaciones y deberes de protección específicos para los Estados, pues, se refiere específicamente a la garantía de igualdad frente a las disposiciones de derecho interno de los Estados y las actuaciones de sus autoridades.

Como corolario de lo anterior, este Honorable Tribunal ha entendido que *"el artículo 1.1 incorpora una prohibición de discriminación en el ejercicio y aplicación de los derechos consagrados en el mismo instrumento, mientras que el artículo 24 prohíbe dicha discriminación en lo que respecta no sólo a los derechos establecidos en la Convención, sino a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación"*.⁴⁸ De allí que, *"si un Estado*

⁴⁴ Corte IDH. *"Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización"*. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984, p. 53. Disponible en: <https://bit.ly/35lbUMr>

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Anne Bayefsky (1990). *"El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional"*, traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 3. Título original: Bayefsky, Anne, "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2, 1990, págs. 1-34. Disponible en: <https://bit.ly/3kgmtXu>

⁴⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4/84, Op. Cit., párr. 67.

⁴⁸ Comisión IDH. *Informe No. 80/15. Caso 12.689. Fondo. J.S.C.H y M.G.S. México. 28 de octubre de 2015*, párr. 82. Disponible en: <https://bit.ly/3jhPukv>; Comisión IDH. *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.502. Karen Atala e hijas. Chile. 17 de septiembre de 2010*, párr. 79. Disponible en: <https://bit.ly/37rHris>





discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, violaría el artículo 24".⁴⁹

Sobre este carácter ambivalente de la igualdad, subyace la posibilidad de afirmar que el régimen internacional de los derechos humanos ha sido creado y funciona sobre la premisa básica de la igualdad entre todos los seres humanos, por lo que todas las discriminaciones se encuentran precluidas del mismo.⁵⁰

Sin perjuicio de ello, no todas las distinciones de trato son discriminatorias. A *contrario sensu*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que *"el derecho a no sufrir discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en el Convenio también se conculca cuando los Estados, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de modo distinto a personas cuyas situaciones difieren considerablemente"*.⁵¹ En consonancia con ello, al trasladarlo al contexto interamericano este Distinguido Tribunal ha determinado que:

"una distinción constituye discriminación cuando a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue".⁵²

De la eventualidad en que podrían existir situaciones análogas o similares, que reconoce el inciso a) de esta consideración de la Corte IDH, también dimana la posibilidad de que coexistan situaciones disímiles que ameriten un trato diferenciado en aras de la protección integral de la igualdad, en tanto cláusula subordinada y en cuanto cláusula autónoma. Pues, existen *"ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia; y, por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles"*.⁵³

⁴⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, párr. 209.

⁵⁰ Cfr. Comisión IDH. Comunicado de Prensa del 21 de marzo de 2005. Día Internacional para la Eliminación de las Discriminación Racial. Recuperado de: <https://bit.ly/3dMgasn>

⁵¹ TEDH. *Case of Thlimmenos vs. Greece* (Application nº 34369/97), 6 de abril de 2000, párr. 44 [traducción libre]. Disponible en: <https://bit.ly/31rsIQK>

⁵² Comisión IDH. Informe No. 73/00, Caso 11.784, Marcelino Hanríquez et al vs. Argentina, párr. 37. Disponible en: <https://bit.ly/3kvegix>

⁵³ Corte IDH. *"Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 46. Disponible en: <https://bit.ly/3dMJGxW>





Partiendo de estas premisas, este equipo jurídico es del criterio que un tratamiento holístico y suficiente de la igualdad deviene inexorablemente en la necesidad de que los Estados observen de forma permanente su obligación de tomar medidas de “acción afirmativa” o “acción positiva”, que ubiquen a iguales y desiguales en un mismo plano de derechos, oportunidades y resultados.

Consideración, que se reafirma por esta propia Corte IDH cuando reconoce que *“la acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables.”*⁵⁴ De tal manera que el deber de proteger los derechos humanos exige una actitud proactiva de los Estados, lo que se traduce finalmente, en la adopción de medidas con enfoque diferenciado. Asimismo, se trata de una visión compartida en todo Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, toda vez que la Comisión IDH también ha considerado que *“la distinción es necesaria para hacer justicia o proteger a personas que requieren la aplicación de medidas especiales”*.⁵⁵

Con la pretensión de facilitar la intelección de los comentarios vertidos, es preciso recordar que toda persona es un universo en su unipersonalidad, configurado por rasgos de identidad únicos que condicionan su experiencia de igualdad al converger en un mismo plano fáctico con otras personas de características identitarias distintas, ya sea esto para su beneficio o perjuicio. A esta situación, se suman cuestiones exógenas a su individualidad que terminan posicionando a tal o cual en estados y condiciones particulares, referenciados dentro de la órbita del universo social.

Bajo este tenor, el punto de llegada idealmente es el mismo: igualdad en el ejercicio de los derechos e igualdad de resultados (sin que esto signifique la equivalencia del producto). Mientras que el punto de partida, en teoría, debería ser la igualdad de condiciones y de oportunidades. Sin embargo, la realidad -ocasionada mayormente por la propia sociedad que por factores biológicos y naturales- es que existen grupos cuyo punto de partida es más bien la desigualdad de oportunidades y condiciones, lo que hace inalcanzable la realización plena de la igualdad.

Es así, que al extrapolar esta discusión al ámbito del acceso a la justicia para los grupos objeto de este escrito y al contexto de nuestros países, se evidencia que sin estas medidas de enfoques diferenciados se vuelve inasequible la igualdad. Bajo esa perspectiva, esta Alta Magistratura ha indicado que *“el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se*

⁵⁴ Corte IDH. *Voto Concurrente del Juez A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva “El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*. OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16. Disponible en: <https://bit.ly/3kcV5JY>

⁵⁵ Comisión IDH. Informe N° 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001, p. 31. Disponible en: <https://bit.ly/3of3b7w>





*atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”.*⁵⁶

En el mismo sentido, reconoce que *“los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.*⁵⁷ Así, este se configura como un deber que permea el funcionamiento de todo el andamiaje estatal, tanto en lo que refiere a su legislación como en lo que concierne a las actuaciones particulares de sus agentes.

Empero, este equipo jurídico es del criterio que, a todo lo expuesto los párrafos que anteceden no debe atribuírsele un carácter omnímodo. Y es que, las acciones que tengan por finalidad compensar las situaciones de previa desventaja que han sufrido los grupos aquí analizados no son contrarias a la igualdad; no obstante, su validez se sujeta directamente a la real operancia de circunstancias discriminatorias. Tal cual, se sostiene por parte de la Corte Constitucional Colombiana en su jurisprudencia:

*“No basta la sola condición de pertenencia a un grupo social para predicar la compatibilidad de supuestas medidas protectoras con las normas sobre igualdad y no discriminación. Por el contrario, deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que las justifiquen.”*⁵⁸

Al tenor de esta afirmación, es indispensable que se identifique la amenaza para la igualdad -en tanto cláusula subordinada o autónoma- que justifique la adopción de una medida con enfoque diferenciado para coadyuvar a prevenirla o combatirla, y así, no resulte esta arbitraria o inadecuada. Esto, a su vez, exige que se esclarezca la legitimidad jurídica de cualesquiera tratos diferenciados. Misma que se obtiene mediante la relación de correspondencia entre el alcance y metodología de aplicación de la medida y su finalidad, todo lo cual, debe orbitar en la periferia de la igualdad. Consiguientemente, estas medidas diferenciales deben exhibir un círculo virtuoso de

⁵⁶ Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A No. 16, párr. 119. Disponible en: <https://bit.ly/2TczxkT>

⁵⁷ Corte IDH. *Caso de las niñas Yean y Bossico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141.

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-410/94, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <https://bit.ly/3kikvGc>





razonabilidad y proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido: la igualdad.

Todo lo anterior, adquiere mayor relevancia cuando recordamos que este Alto Tribunal ha estipulado que *“no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”*.⁵⁹

A la luz de los argumentos esgrimidos en esta sección, nos es posible determinar que los artículos 1.1 y 24 de la CADH sí justifican la adopción de medidas con enfoque diferenciado para equilibrar la experiencia de igualdad de las personas pertenecientes a los grupos *infra* analizados, sin embargo, estas acciones afirmativas o positivas deben sustentarse sobre argumentos *de jure* y *de facto* que sean suficientes para elucidar la objetividad y razonabilidad de las mismas en cada caso en particular.

Bajo esta premisa, se observa a continuación una pequeña infografía⁶⁰ que recoge la visión desde la que proponemos posteriormente una serie de criterios mínimos que deben ser asegurados por los Estados para que la idea de igualdad subsista en la práctica, especialmente bajo las realidades concretas que viven cada uno de estos grupos en el contexto de privación de la libertad.

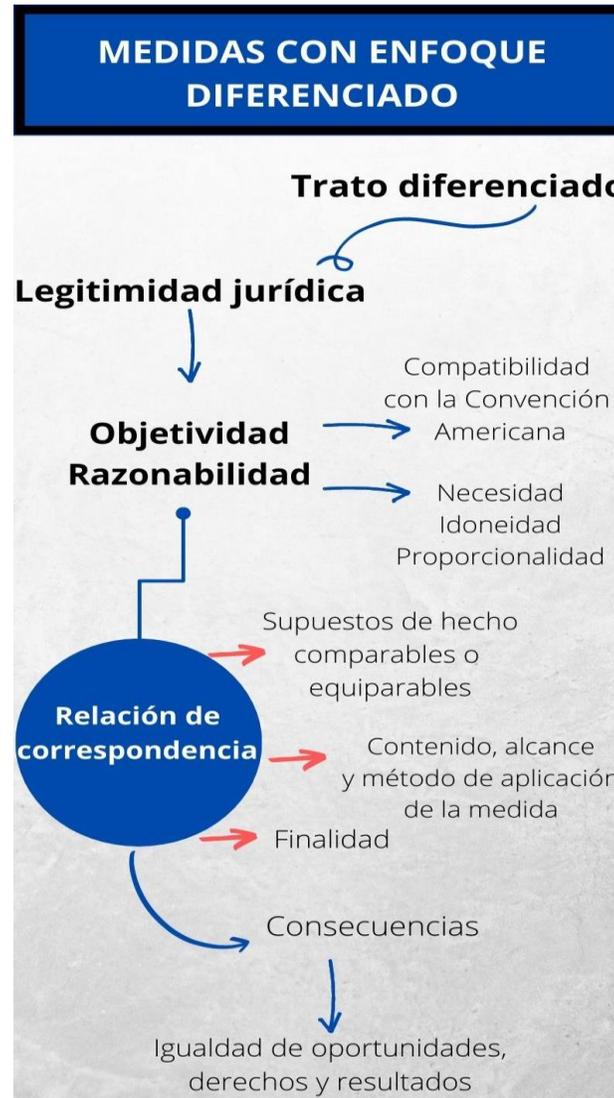
⁵⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva 04/84, Op. Cit., párr. 57.

⁶⁰ Esta, a su vez, nos remite a la Tabla 1: Test de Razonabilidad Integrado. Desarrollada en el acápite correspondiente a los aspectos conceptuales que soportan los criterios de este equipo jurídico.





Imagen No. 1. Medidas con enfoque diferenciado



Fuente: Elaboración propia

1.2. ¿Qué implicaciones concretas tiene el contenido de los derechos involucrados en tales artículos en el alcance de las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia?

En principio, es menester recordar que las implicaciones concretas del artículo 1.1, que concibe la igualdad como cláusula subordinada, se extienden a todos los derechos reconocidos en la CADH y eventualmente, a aquellos derechos que no estando consagrados taxativamente en la Convención Americana formen parte del *corpus juris* interamericano. Mientras tanto, el artículo 24, que instituye la igualdad como derecho o cláusula autónoma, tiene sus propias implicaciones prácticas y operativas. Sin





embargo, este equipo jurídico es del criterio que sin perjuicio de los distintos alcances que estas concepciones de la igualdad mantienen, es imprescindible que exista un tratamiento íntegro que haga concurrir ambas dimensiones al momento de establecer el marco obligacional de los Estados en materia de igualdad.

Bajo este tenor, desplegamos en esta sección una serie de obligaciones con una suerte de “exigencias mínimas”, que pretenden sustanciarse como las bases sobre las cuales deberán los Estados edificar posteriormente sus propios marcos de protección, que sean amplios y suficientes para mantener indemne la igualdad en sus contextos de país particulares. Esta afirmación guarda una relación directa con el principio de progresividad e integralidad maximizadora de los derechos humanos.

De acuerdo al principio de progresividad *“la plena efectividad de todos los derechos humanos podrá lograrse en un periodo de tiempo, pero impone la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr ese objetivo”*.⁶¹ Y simultáneamente, el principio de integralidad maximizadora de los derechos humanos implica *“el desarrollo y amplitud de protección de los derechos humanos, significando que en ningún momento pueden ser irrestrictos o ser aplicados con una menor protección de la que ya se ha aplicado con anterioridad”*.⁶² Lo que se relaciona intrínsecamente con la no regresividad que es correlativa al principio de progresividad.

Estos principios en su conjunto hacen posible también el principio *pro homine*. Pues, conllevan el deber de aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que de igual modo, comporta una interpretación *pro-cives* o *favor libertatis*, o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos.⁶³ Todo lo cual, se operativiza mediante las normas de interpretación contempladas en el artículo 29 de la CADH.

⁶¹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (2016). *“Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos”*, p. 4. Disponible en: <https://bit.ly/3md5FS1>; Apud. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 3, de 1990, párr. 9. Disponible en: <https://bit.ly/3kkbqMZ>

⁶² José Guadalupe de la O Soto (2016). *“El principio de progresividad de los derechos humanos en México: reseña de una sentencia judicial”*, Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública No. 22, p. 121. Disponible en: <https://bit.ly/2T9qu4e>

⁶³ Cfr. Humberto Nogueira Alcalá (2003). *“Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”*, Revista Ius et Praxis · Año 9 · N° 1, p. 71. Disponible en: <https://bit.ly/31rSowQ>





Habiéndose aclarado lo anterior, este equipo jurídico es del criterio que las obligaciones estatales que tienen los Estados en materia de igualdad -entendida como cláusula subordinada y autónoma- tienen las siguientes implicaciones concretas:

- Realizar un estricto control de convencionalidad para que tanto la igualdad como cláusula autónoma y como cláusula subordinada se vean reflejadas en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado. Es decir, debe concebirse en tanto principio de ordenación que operativiza el resto de derechos constitucionales y convencionales, y en tanto derecho autónomo.
- Adoptar medidas con enfoque diferenciado de corte correctivo en su normativa interna: esto implica que todas aquellas legislaciones que no exhiben un enfoque de interseccionalidad desde el punto de vista teleológico del Derecho sean reformadas, de tal modo que contengan una visión de la dignidad humana lo suficientemente amplia como para integrar a las distintas identidades individuales y colectivas que confluyen dentro de una misma sociedad. Esto, en ocasiones puede incluir la estipulación explícita de procesos individualizados que reconozcan estas identidades, según se requiera en los contextos situacionales de cada Estado. Sin embargo, debe protegerse la intangibilidad del carácter *erga omnes* de la norma y velar por la seguridad jurídica que debe distinguir a todo sistema jurídico. A la luz de esta obligación debe corregirse toda desigualdad *de jure* preexistente en la normativa interna de todos los Estados.
- Adoptar medidas con enfoque diferenciado de corte preventivo en su normativa interna: con esto nos referimos a la necesidad de que, más allá de corregir las desigualdades históricas y anteriores, se puedan formular normativas que prevean nuevas posibilidades y expresiones de la discriminación, marginación o desigualdad. De tal forma, que aquellas remediadas con el control correctivo no muten a nuevas modalidades de desigualdad. Así también, estas disposiciones preventivas deben estar visiblemente justificadas sobre la pretensión de igualdad.
- Realizar una revisión exhaustiva y periódica del funcionamiento del Sistema Penitenciario. De tal modo, que se identifique la situación particular de cada uno de estos grupos en el contexto de privación de la libertad, con miras a determinar la existencia de patrones “ocultos” y estructurales de discriminación.
- Adoptar medidas con enfoque diferenciado de corte correctivo en la actuación de todos sus funcionarios: con ello, hemos de entender que el control de convencionalidad deriva no sólo en la adopción de normativas que sean compatibles con la Convención Americana, sino que se extiende a todas las actuaciones de los agentes estatales en su calidad de tales. Bajo esta premisa, deberán adoptarse medidas institucionales y operativas que corrijan toda situación de desigualdad real que sea posible de visibilizar al momento de la revisión interna





del funcionamiento del Sistema Penitenciario. Para que, *a posteriori* se instauren Sistemas Carcelarios que estén completamente armonizados con la premisa de la igualdad real.

- Adoptar medidas con enfoque diferenciado de corte preventivo en la actuación de todos sus funcionarios: habiéndose instituido un aparataje estatal penitenciario que, al menos *prima facie*, evidencie una naturaleza igualitaria en su operatividad, es necesario que los Estados tomen cualesquiera otra medida que sea indispensable para obtener un sólo plano de igualdad de derechos, oportunidades y resultados, en el que interactúen distintas identidades individuales y colectivas sin que se promuevan relaciones de inferioridad o superioridad entre ellas. Para lo que será inexcusable que exista una correlación directa entre la posible amenaza a la igualdad y la medida que se emplee.
- Estandarizar indicadores para medir y monitorear el cumplimiento y la situación de la igualdad en tanto derecho autónomo en el contexto de privación de la libertad.
- Estandarizar indicadores específicos para medir y monitorear el cumplimiento de la igualdad en tanto cláusula subordinada, al momento de ejercerse cualesquiera otro de los derechos reconocidos en la Convención Americana.
- Reducir los márgenes de discrecionalidad en la aplicación de las leyes.
- Adoptar una metodología interna -que, *obiter dictum*, debe ser compatible con la Convención Americana- para examinar la razonabilidad de las medidas con enfoque diferenciado que puedan eventualmente adoptarse con el objetivo de proteger la igualdad.

2. Sobre las mujeres privadas de la libertad embarazadas, en posparto y lactantes

2.1. Derechos involucrados

En el contexto de mujeres privadas de libertad en estado de embarazo, post parto y lactancia y en atención a las interrogantes planteadas por la Comisión IDH, las cuales serán abordadas en los acápite subsiguientes, este equipo jurídico es del criterio que, *prima facie*, se puede aseverar que entre los derechos principalmente involucrados en el análisis a desarrollar se encuentran: el derecho a la vida, integridad personal, libertad de expresión y acceso a la información, protección familiar, igualdad ante la ley y desarrollo progresivo, reconocidos en los artículos 4, 5, 13, 17, 24 y 26 de la CADH, respectivamente; asimismo, en el marco del tema de estudio, es fundamental hacer alusión a los derechos a la salud y a la alimentación establecidos en los artículos 10 y 12 del Protocolo de San Salvador; y, finalmente, el derecho a vivir libre de violencia,





contemplado en el artículo 3 de la Convención de Belém Do Pará, que debe primar sin excepción.

Este Alto Tribunal Interamericano ha sido enfático en la afirmación que sobre el principio fundamental de igualdad y no discriminación –que ha ingresado en el dominio del *Jus Cogens*- descansa el ordenamiento jurídico nacional e internacional, y por tanto, la responsabilidad internacional de los Estados. Por otra parte, el derecho humano de Igualdad ante la Ley, reconocido en el artículo 24 de la CADH, manda a los Estados a abstenerse de brindar una protección desigual en la aplicación de la ley interna.

En consecuencia, es deber del Estado combatir todo tipo de prácticas discriminatorias y adoptar normas y medidas que aseguren el pleno goce de los derechos humanos y una verdadera igualdad ante la ley para todas las personas⁶⁴. En esa línea, la regla de Bangkok número 64 ha establecido que las cárceles, en definitiva, no están diseñadas para las mujeres embarazadas, por lo que tal y como lo reconoce la Recomendación General 24 del Comité de la CEDAW, es fundamental que los Estados tengan en consideración los factores biológicos que difieren a la mujer del hombre, tales como la función reproductiva⁶⁵.

Al tenor de lo anterior, resulta imperativo que las mujeres embarazadas y en lactancia reciban un trato compatible con su dignidad humana y sean “*proveídas con condiciones especiales*”, como ha señalado esta Corte en el *Caso del Penal Castro Castro Vs. Perú*, involucrándose así, el derecho a la vida en su arista de vida digna. Por ese motivo, en su interpretación más amplia, este derecho converge con el derecho a la salud, en virtud que, por el contrario, la desatención de las necesidades fisiológicas de la mujer, así como la indiferencia ante sus necesidades de salud pre y post natal, configuran graves condiciones de detención⁶⁶ y por tanto, el menoscabo de los derechos antes mencionados, e incluso, un grave riesgo para el goce del derecho a la vida en sentido estricto.⁶⁷

En atención a dicha prerrogativa, el derecho a la salud implica el deber de adoptar medidas que garanticen que las madres, en especial durante la gestación, el parto y la

⁶⁴ Corte IDH. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C 350, párr. 289.

⁶⁵ Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 24: “*La mujer y la salud*”. 2 de febrero de 1999, párr. 12. Disponible en: <https://bit.ly/34iTHjD>

⁶⁶ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C 160, párr. 319.

⁶⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xàkmok Kàsek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C 214, párr. 233.





lactancia, gocen del acceso a servicios adecuados de atención médica.⁶⁸ En concordancia con ello, el artículo 12 de la CEDAW señala que una atención adecuada incluye, además, la entrega de alimentos en la calidad y cantidad suficientes para garantizar que las mujeres y sus hijos e hijas gocen de las condiciones mínimas de una vida digna durante el embarazo y la lactancia.⁶⁹

A la luz de dicho argumento, y sobre la base del artículo 13 de la CADH, este Tribunal ha destacado que es deber del Estado garantizar el acceso a la información en temas de salud y nutrición. En ese entendimiento, se ha determinado que el consentimiento informado de la paciente, constituye un requisito *sine qua non* para llevar a cabo cualquier práctica médica, en aras de asegurar que la misma adquiera el conocimiento necesario para tomar decisiones libres y responsables sobre su cuerpo, reconociendo esta autonomía como un elemento propio de la dignidad humana.⁷⁰

Asimismo, conforme establece la Regla de Bangkok número 48, este asesoramiento tiene un papel trascendental, con relación a los cuidados de salud y dieta que deben ser observados según las circunstancias particulares de las pacientes. Dicha afirmación cobra particular relevancia considerando la relación asimétrica de poder que existe en la relación médico-paciente, la cual, radica en el conocimiento especializado y el alcance de la información que se posee.⁷¹

En este orden de ideas, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha establecido que el Estado debe asegurar que en los centros de detención existan condiciones adecuadas para mantener la higiene y la salud de las prisioneras, especialmente la de aquellas en estado de embarazo o lactancia o que estén acompañadas por sus hijos o hijas. En ese sentido, el derecho a la integridad personal juega un rol fundamental en el caso de estudio, toda vez que la contravención de ese deber, podría derivar en un sufrimiento adicional o en una tortura psicológica para las detenidas⁷², cuyo estado constituye una condición particular de vulnerabilidad, en razón de las situaciones fácticas específicas a las que se encuentran sometidas. A partir de esta disposición, se deriva la flexibilidad

⁶⁸ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Serie C 146, párr. 177.

⁶⁹ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C 125, párr. 221.

⁷⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C 329, párr. 157-159.

⁷¹ *Ibíd.* párr. 160.

⁷² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Op. Cit., párr. 331.





que deben observar los distintos regímenes penitenciarios ante las necesidades de las mujeres embarazadas o en estado post parto o lactancia.

Desde esta óptica, será preciso que este grupo reciba la atención especial que las circunstancias requieren por parte del personal penitenciario, pues esta Honorable Magistratura ha convenido que es deber del Estado proteger a las mujeres contra toda forma de violencia y discriminación, ante el fin de garantizar su integridad personal, más aún cuando se encuentran bajo custodia estatal, como es el caso de las mujeres privadas de libertad en centros penitenciarios estatales.

Por un lado, el sometimiento a situaciones de violencia y tensión, puede tener consecuencias irreversibles para una mujer comprendida en este grupo que se enfrenta a condiciones de vulnerabilidad multicausales⁷³, y a su vez, como lo señala el Preámbulo de la Convención de Belém Do Pará, este fenómeno “*trasciende todos los sectores de la sociedad (...) y afecta negativamente sus propias bases*”. Sobre este particular, no se omite reiterar que atendiendo a las disposiciones de los artículos 8 y 25 de la CADH, todos los casos de violaciones a los derechos humanos de la mujer, deben ser objeto de la investigación, juzgamiento y sanción a que haya lugar.

Finalmente, un factor indisoluble del análisis en cuestión radica en la relación de una madre con sus hijos o hijas, en cualquier etapa. Partiendo de esa afirmación, podemos vislumbrar el derecho de protección familiar a la luz del derecho de integridad personal, habida cuenta que la incomunicación severa entre ambos, puede generar afectaciones psicológicas particulares en las madres.⁷⁴ Todo ello, sin desconocer las repercusiones ocasionadas en el entorno familiar y en el interés superior del niño, el cual debe prevalecer en todas las decisiones de la esfera pública y privada, particularmente al evaluar los efectos que puede generar una condena en los hijos e hijas de padres encarcelados⁷⁵.

A la luz de esta breve consideración jurídica, a continuación se desarrollarán con mayor especificidad las preguntas formuladas por la Honorable Comisión Interamericana en la solicitud objeto del presente escrito, exponiendo una serie de

⁷³ Cfr. Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 2012, párr. 10 y 14.

⁷⁴ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 330.

⁷⁵ Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 29 de mayo de 2013, párr. 69. Disponible en: <https://bit.ly/2Hky7SP>





directrices con un enfoque diferenciado para mujeres privadas de la libertad embarazadas, en posparto y lactantes.

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

Como se estableció en el acápite que nos antecede, al entender el derecho a la salud como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en América Latina nos recuerdan que este también es un derecho que debe ser garantizado a las y los privados de libertad, habida cuenta que el daño a la salud, constituye una afectación del derecho a la integridad personal y a la vida.

En ese sentido, El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos Crueles o Degradantes ha indicado que el servicio de salud en los centros de privación de libertad debe proveer, al menos, dietas apropiadas, tratamientos médicos y de enfermería y otras facilidades necesarias, en condiciones equiparables con aquellas disfrutadas por las y los pacientes en la comunidad exterior, lo que configura el principio de equivalencia de la atención médica⁷⁶. Este último, ha sido considerado como el “*medio idóneo para garantizar el principio de no discriminación en el acceso a la salud de las personas privadas de libertad*” por parte de la Comisión IDH⁷⁷.

Obligaciones específicas en materia de alimentación

Bajo esta línea de pensamiento, el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la alimentación como un elemento propio del derecho a la salud. Por ello, este equipo jurídico ha concluido que en materia de alimentación de mujeres embarazadas, posparto y en lactancia, privadas de libertad, los Estados deben tener en consideración al menos lo siguiente:

- ➔ Garantizar el acceso periódico a una asistencia médica nutricional adecuada, en función de las circunstancias particulares de salud de cada interna en estado de embarazo, posparto o lactancia: sobre este aspecto, el Profesor de la Universidad de Tufts, Ian Darnton-Hill, ha expresado que el estado nutricional

⁷⁶ Apud. Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos Inhumanos Crueles y Degradantes. Tercer Informe General de Actividades durante el período del 1 de enero a diciembre de 1992. 4 de junio de 1993, párr. 39; En el mismo sentido: TEDH. *Caso Kudhobin v. Russia*. Resolución de 6 de octubre de 2006, párr. 56.

⁷⁷ Comisión IDH. Informe No. 96/17 Caso No. 12.818, Informe de fondo. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc 114. 5 de septiembre de 2017, párr. 65. Disponible en: <https://bit.ly/34gXOg4>





de una mujer durante el embarazo, puede tener un impacto directo en la salud del feto, el lactante y la madre, aunado a que una buena nutrición contribuye a la recuperación de la madre después del parto⁷⁸.

- Por esta razón, será fundamental que, de manera progresiva, las autoridades estatales responsables del régimen penitenciario, asignen personal médico especializado en temas de nutrición, a los distintos recintos o centros de privación de la libertad para mujeres, -sea de manera permanente o a través de las visitas periódicas necesarias-, que provean a las mujeres embarazadas, en postparto o lactancia, una asesoría profesional y personalizada, y oriente su alimentación, así como su actividad física, según sus necesidades y condiciones especiales. Lo anterior, con el fin de proporcionar los medios requeridos para el disfrute de un estado nutricional acorde con las condiciones fisiológicas de cada interna y la de sus hijos, y consecuentemente, garantizar el pleno goce del derecho a la salud y prevenir afectaciones a los derechos a la vida e integridad personal.
- Capacitación nutricional obligatoria, verbal y escrita, para el personal responsable de la recepción, preparación, distribución y entrega de alimentos en los centros penitenciarios: sobre este particular, será fundamental que estas personas adquieran formación suficiente para, al menos, requerir la provisión de alimentos en la cantidad y calidad adecuada, preparar los alimentos de la manera más óptima y salubre y distribuirlos de manera puntual, balanceada y proporcional.
- Proveer una alimentación compatible con las necesidades particulares de cada interna y respetuosa de las recomendaciones emitidas por los profesionales de la nutrición para cada una de manera específica: Esta alimentación debe adecuarse a las cantidades requeridas por las internas, proporcionarse puntualmente y contar con una calidad acorde a la dignidad humana, que bajo ninguna circunstancia, puede ser desconocida por las autoridades y el personal penitenciario. Todo lo anterior, debe presentarse como la materialización de la atención profesional brindada en primera instancia, pues la asesoría profesional resultaría insuficiente por sí sola, pero indispensable para la satisfacción de esta recomendación.
- En concordancia con ello, según estudios en la materia, durante la gestación, el cuerpo y la mente se preparan para la lactancia⁷⁹, por lo que será fundamental

⁷⁸ Ian Darnton-Hill. “Asesoramiento sobre nutrición durante el embarazo: fundamento biológico, conductual y contextual”. OMS. Julio de 2013. Consultado el 10 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/2HnnZss>

⁷⁹ Armada Valdés Soler, Adriana Rozo Mariño. “Guías alimentarias para gestantes y madres en lactancia: bases técnicas”. Colombia, p. 12. Disponible en: <https://bit.ly/2HiIW8a>





que las provisiones alimentarias se adapten a los requerimientos de cada una de sus etapas. Asimismo, es preciso determinar que, como regla general y sin perjuicio de lo que determinen los y las profesionales en cada caso específico, la dieta de las privadas de libertad comprendidas en el grupo objeto de análisis, deberá estar compuesta por todos los grupos de alimentos, cada uno al menos tres veces por semana, según las necesidades especiales de las internas, a saber⁸⁰:

- a. **Carbohidratos:** generan el requerimiento energético durante la gestación;
- b. **Proteínas:** principal componente estructural de las células y los tejidos. Constituye la mayor porción de sustancia de los músculos y órganos aparte del agua. Durante la gestación, se deposita en el feto, la placenta y los tejidos maternos, requiriendo así un aporte adicional de este nutriente;
- c. **Vitaminas y minerales:** tienen funciones primordialmente catalíticas y es esencial para el metabolismo de otros nutrientes, así como para mantener el bienestar biológico de la madre y sus hijos o hijas. Por tanto, según estudios del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante “UNICEF”) y la Organización Panamericana de la Salud (en adelante “OPS”), han considerado que deben estar presentes en la alimentación diaria, en cantidades adecuadas para cada persona;
- d. **Calcio:** Estos aumentan durante la gestación, pues a medida avanza, hay mayor absorción, siendo el tercer trimestre del embarazo el momento en el que deposita la mayor cantidad en el feto. En estos casos, la intolerancia a la lactosa deberá ser debidamente evaluada, en aras de determinar los tipos de alimentos que aportarán este elemento. La relevancia de la ingesta de calcio se deriva de la relación que existe entre su bajo consumo y los desórdenes de hipertensivos de la gestación, los cuales ocasionan prematuridad, bajo peso al nacer e incluso, mortalidad neonatal, entre otras consecuencias;
- e. **Ácido Fólico:** También conocido como folato, es una coenzima necesaria para el metabolismo, el cambio tisular y el crecimiento normal. Una ingestión inadecuada durante las primeras semanas de gestación puede provocar riesgos de defectos en el tubo neural y malformaciones. Su aporte se asocia con un peso de nacimiento adecuado. Sobre este grupo alimentario es importante hacer mención que puede obtenerse de alimentos como vegetales de hojas verdes, huevos y frutas cítricas o a través de suplementos vitamínicos.

⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 8-12





- f. **Hierro:** su falta de ingesta puede provocar anemia. La anemia durante el embarazo se vincula con el incremento de la mortalidad materna y riesgos fetales, partos prematuros y mortalidad neonatal.
- Contar con al menos un médico general y enfermeras o enfermeros en el recinto o centro de privación de la libertad, con el propósito de monitorear la salud nutricional de las internas embarazadas, en postparto o lactancia, principalmente en lo atinente a:
 - a. Colaborar técnicamente en el registro del estado de salud, enfermedades de base y pre condiciones particulares, en una base de datos de mujeres embarazadas, en postparto o lactancia, así como cualesquier otros datos importantes que deban ser considerados por las y los nutriólogos y nutricionistas que presten sus servicios a determinado centro penitenciario e intervengan en la vida alimentaria de las internas;
 - b. Ganancia o pérdida de peso de mujeres embarazadas, en posparto y lactancia: En los casos de mujeres con exceso de peso, existe riesgo de que acaezcan complicaciones relacionadas con la desproporción céfalo-pélvica, por lo que es recomendable llevar un control sobre la ganancia de peso durante el primer trimestre de la gestación. En cuanto a las mujeres que padecen deficiencias de peso, se puede provocar retraso de crecimiento intrauterino, mortalidad perinatal y bajo peso al nacer, siendo necesario promover una mayor ganancia de peso y la complementación alimentaria que corresponda, progresivamente. En ambos casos, deberá existir comunicación fluida y directa con las y los expertos en el área, en función de obtener recomendaciones emitidas con base en los historiales nutricionales y de salud de cada paciente, así como planes orientados al consumo adecuado de alimentos⁸¹;
 - c. Idoneidad de la actividad física que desarrollen las internas, atendiendo las recomendaciones que emitan las y los expertos de la nutrición al respecto, y considerando las respuestas de aquellas ante dicha actividad. En este caso, se debe procurar que las actividades físicas se realicen en territorios y entornos sanos y apropiados.
 - d. Contención de emergencias derivadas de una ingesta inadecuada de alimentos o problemas de peso y reacciones alérgicas, entre otras que puedan surgir en cada caso concreto.

Obligaciones específicas en materia de salud y vestimenta

⁸¹ *Ibíd.* p. 7.





La Organización Mundial de la Salud (en adelante “OMS”) ha determinado que una atención sanitaria de calidad durante el embarazo, el parto y después, puede ser decisiva en la prevención de la mortalidad materna y perinatal. En el mismo sentido, el Director del Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas de la OMS, Doctor Ian Askew, señala que *“El embarazo debe ser una experiencia positiva para todas las mujeres, y estas deben recibir una atención que respete su dignidad”*.⁸² Por tal motivo, este equipo jurídico tiene a bien formular las directrices siguientes:

- Apelar a medidas alternativas a la privación de la libertad: Como se ha expresado *supra*, las cárceles no están diseñadas para las mujeres embarazadas ni para aquellas con niñas y niños pequeños. Por ese motivo, la Regla de Bangkok número 64 establece que los Estados a través de las y los operadores de justicia, deben hacer los esfuerzos necesarios para mantener a esas mujeres fuera de la cárcel “cuando sea posible y apropiado”, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y los riesgos que esto podría implicar para la sociedad. Esta medida, y todas las que se adopten en el marco del grupo objeto de estudio, deben considerar primordialmente el Interés Superior del Niño. No obstante, en caso de no ser posible, se recomienda lo siguiente:
- Habilitar instalaciones especiales para mujeres embarazadas, en postparto o lactancia en todos los centros penitenciarios o de privación de la libertad: a la luz de la regla de Mandela número 28, estas áreas deberán ser apropiadas para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo e inmediatamente después, garantizando el acceso a la salud para sus hijos e hijas y los cuidados de guardería que sea posible implementar.
- Manejar estadísticas sobre mujeres embarazadas, en posparto y lactancia a través de una base de datos integral en materia de acceso a la salud: Dicho registro, deberá contener, al menos, todos los datos siguientes, sin perjuicio de otros que se considere necesario incluir:
 - a. Número de mujeres en estado de embarazo, posparto y lactancia, de manera desagregada, con sus respectivos nombres, edad, domicilio, contactos de emergencia y otros datos generales relevantes;
 - b. Número y datos generales del personal responsable del cuidado de las mujeres comprendidas en este grupo vulnerable, en especial a las y los encargados de su alimentación, vigilancia y atención médica;

⁸² Organización Mundial de la Salud. *“La OMS señala que las embarazadas deben poder tener acceso a una atención adecuada en el momento adecuado”*. OMS. Ginebra. 7 de noviembre de 2016. Consultado el 12 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/34dSERY>





- c. Pre-condiciones de salud (cáncer, diabetes, anemia, obesidad, entre otros) y necesidades especiales identificadas y validadas por médicos;
 - d. Visitas, consultas y revisiones médicas y nutricionales de las que sean objeto, con registro de las recomendaciones, recetas y cuidados particulares necesarios, según los resultados de cada atención médica, así como el nivel de cumplimiento de la obligación del derecho de la mujer a los servicios de salud y los medicamentos;
 - e. Medicamentos, vacunas y otros tratamientos médicos a los que se sometan durante su embarazo y después del mismo;
 - f. Enfermedades y afectaciones que surjan en el marco del embarazo o con posterioridad a este, así como los cuidados a seguir;
 - g. Emergencias e incidentes y las respuestas del Estado ante estos últimos;
 - h. Actos de violencia perpetrados contra las mujeres que pertenecen a este grupo, con indicación del tipo de violencia, descripción de los hechos y autoridades responsables;
 - i. Abortos y mortalidad fetal, perinatal, neonatal e infantil, causas y tratamientos;
 - j. Mortalidad materna y sus causas.
 - k. Comunicaciones y notificaciones en materia de salud, efectuadas a los familiares de las internas.
- Garantizar el acceso periódico a la atención médica cualificada y especializada que corresponda, incluyendo la ginecológica y obstétrica, durante el embarazo, el periodo posparto y la lactancia⁸³: sobre este aspecto, la OMS ha puntualizado respecto al número mínimo de evaluaciones maternas y fetales que deben llevarse a cabo durante la gestación, estimando un promedio de ocho visitas o consultas médicas como absolutamente necesarias⁸⁴. En ese caso, se procurará que las revisiones sean realizadas por médicas, de lo contrario, se debe garantizar que la paciente atendida por un médico, esté acompañada por personal penitenciario femenino.
- Todo lo anterior, podría facilitar la detección temprana de problemas, mejorar la comunicación entre las y los profesionales sanitarios y las embarazadas e incrementar la probabilidad de que el embarazo tenga un desenlace adecuado. De esa forma, se recomienda que las evaluaciones se den en las semanas 12, 20,

⁸³ Matías Meza-Lopehandía, Paola Truffello G, Christine Weidenslaufer (2019). “Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad”, Chile. p. 3. Disponible en: <https://bit.ly/3jeSZrB>

⁸⁴ Organización Mundial de la Salud. “La OMS señala que las embarazadas deben poder tener acceso a una atención adecuada en el momento adecuado”, Op. Cit.





26, 30, 34, 36, 38 y 40 semanas de gestación, por lo que los Estados deberán garantizar el acceso a un número igual o cercano a las ocho visitas médicas a las mujeres privadas de libertad en estado de embarazo, así como la realización de una ecografía antes de las 24 semanas. En esa línea, esta Corte Interamericana también ha destacado la importancia del acceso a controles posparto y en el periodo de lactancia⁸⁵, en aras de adoptar medidas preventivas, otorgar un tratamiento médico adecuado según las particularidades de cada caso y reducir las desigualdades en materia de salud⁸⁶.

- En el marco de esta pregunta, la Regla de Bangkok número 9 también determina que, si las reclusas están acompañadas por sus hijos o hijas, los niños también deberán someterse a un reconocimiento médico, si es posible, de un pediatra, que le brinde una atención médica adecuada y equivalente a la que se presta en el exterior.
- Sumado a ello, será indispensable que todos los centros de privación de la libertad cuenten con al menos un médico general y enfermeras y enfermeros que puedan atender regularmente a las pacientes toda vez que sea necesario y hacer frente a las emergencias médicas que en el marco de la privación de la libertad puedan surgir para las embarazadas o mujeres en estado posparto y lactancia, en especial, cuando se trata de abortos involuntarios, muerte fetal o nacimientos que por la premura de tiempo o cualquier otro motivo no haya podido atenderse en un hospital civil.
- Garantizar el acceso a las vacunas, medicamentos y suplementos que, por recomendación del personal médico, sean necesarios para la preservación de la salud de las madres y sus hijos o hijas: este acceso puede darse, en la medida de lo posible, mediante el abastecimiento progresivo de dispensarios en instalaciones carcelarias. Asimismo, complementaria, pero no primordialmente, esta directriz puede ser satisfecha a través de las y los familiares que se encuentren en la posibilidad de proporcionarlos, sin que la imposibilidad de este segundo escenario pueda constituirse como una justificación válida para excusar el cumplimiento de este deber estatal o colocar a las internas en una posición grave de desigualdad en materia de acceso a la salud. En ningún caso debe consentirse que la mujer embarazada, en postparto o lactancia se auto medique o ingiera medicamentos no prescritos por un médico.

⁸⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Op. Cit., párr. 233.

⁸⁶ Organización Mundial de la Salud. *“La OMS señala que las embarazadas deben poder tener acceso a una atención adecuada en el momento adecuado”*. Op. Cit.





- Proveer y asegurar a diario el acceso efectivo a materiales de higiene y aseo personal, incluyendo el agua, jabón, toallas limpias, papel higiénico y otros insumos que se consideren necesarios; así como el uso regular de los retretes, permitiendo la posibilidad de bañarse y limpiar la ropa que requieran regularmente, en condiciones mínimamente dignas⁸⁷.
- Flexibilizar el régimen penitenciario en cuanto a la vestimenta de las mujeres comprendidas en el grupo de estudio, asegurándoles gozar diariamente del uso de ropa cómoda, liviana y adecuada para su condición especial, incluyendo calzado comfortable⁸⁸, conforme las posibilidades del centro penal, con el fin último de garantizar una experiencia digna durante el embarazo y posteriormente. Esto último, considerando el incremento de peso que se produce a partir de la gestación y las necesidades particulares que de este estado se derivan. En ese sentido, corresponderá a las autoridades penitenciarias la entrega de la vestimenta requerida, sin perjuicio de la apertura responsable que puede generarse a las y los familiares que puedan proveerla a las internas.
- Asegurar que las mujeres embarazadas, en posparto y lactancia no estén en obligación de realizar actividades de alto impacto o exigencia física y psíquica o cualesquiera que puedan colocar en riesgo su integridad personal, su salud, su embarazo y su vida y la de sus hijos o hijas. Para tales efectos, será preciso que los y las profesionales de la salud que presten sus servicios en los distintos centros penitenciarios, autoricen las actividades que las mismas están en posibilidades de realizar fuera de peligro. Cabe resaltar que en todos los casos, principalmente durante el puerperio, se permita a la mujer el goce de un descanso adecuado para su recuperación.
- Capacitar de manera integral al personal penitenciario, según sus respectivas funciones y áreas de trabajo, para dar un trato especializado y acorde a su condición a las mujeres embarazadas, en posparto o lactancia, principalmente, en lo que concierne al uso de la fuerza y los medios de coerción, que de conformidad con la Regla de Bangkok número 24, bajo ninguna circunstancia podrán ser utilizados en su contra, debiéndose prever mecanismos alternos y proporcionales para la consecución de sus fines. A esta premisa se suma, que

⁸⁷ Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 319.

⁸⁸ Hospital Universitario 12 de octubre (2010). *“Información y recomendaciones para embarazadas: embarazo, parto, posparto y lactancia”*, Madrid. p. 3. Disponible en: <https://bit.ly/3dIraXA>





como lo ha establecido esta Corte, las mujeres deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas por personal femenino.⁸⁹

- Formulación, adopción e implementación de políticas de prevención en cuanto a:
 - a. Afectaciones a la salud durante y después del embarazo;
 - b. Mortalidad materna, fetal, perinatal, neonatal e infantil; y,
 - c. Violencia bajo cualquier modalidad, especialmente en el ámbito gineco-obstétrico.

En esa línea, será fundamental que, además, se contemplen herramientas y protocolos que faciliten la investigación, juzgamiento y sanción de todos los actos perpetrados por agentes del Estado o personas particulares, que puedan ir en detrimento de la integridad personal, la salud y la vida de las madres y sus hijos e hijas y de sus derechos humanos, en general.

Obligaciones específicas en materia de salud mental y asistencia psicológica

La salud mental, en palabras de la OMS, es un “*componente integral y esencial de la salud*”. Además, se le ha considerado como fundamento para el bienestar individual y consecuentemente, el funcionamiento eficaz de la comunidad. En consonancia con ello, es apremiante la adopción de acciones que fomenten entornos y condiciones de vida que propicien la salud mental, considerando todas las transformaciones que acontecen durante y después del embarazo.⁹⁰

Según datos proporcionados por el *Royal College of Psychiatrists*, la depresión y la ansiedad constituyen las afectaciones mentales más frecuentes durante el embarazo, pues afectan a un aproximado de 10 a 15 de cada 100 mujeres embarazadas. En esta línea, la manera en que el estado de salud psicológica puede verse lesionada, encuentra un fuerte vínculo con los acontecimientos de estrés que experimente, debiéndose tomar en cuenta la existencia de pre-condiciones o problemas de salud mental u otras experiencias que puedan influir en su estado psicológico.⁹¹

⁸⁹ Corte IDH. *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela*. Op. Cit., párr. 14.

⁹⁰ Organización Mundial de la Salud (2018). “*Salud mental: fortalecer nuestra respuesta*”. Ginebra. 30 de marzo de 2018. Consultado el 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3lJoITE>

⁹¹ Royal College of Psychiatrists. “*La salud mental durante el embarazo*”. London. Consultado el 15 de octubre de 2020. Accesible en: <https://bit.ly/2T5f3u5>





Aunado a lo anterior, la OMS también ha destacado que la depresión posparto afecta a 1 de cada 6 mujeres que dan a luz, lo que trae consigo sentimientos de ansiedad, inquietud, desesperanza e incluso de autolesión. Lo anterior, sumado a otros síntomas como el llanto, la falta de lazos de afecto con el bebé y dudas sobre sus capacidades para cuidar de sí misma y de su hijo o hija⁹².

A la luz de las afirmaciones vertidas, este equipo jurídico es del criterio que la salud mental es un tema de salud pública y que por tanto, debe ser atendida oportunamente por el Estado respecto a las mujeres que se encuentran bajo su custodia. En virtud de ello, se vislumbra la necesidad de acatar las directrices expuestas a continuación:

- Disponer de una base de datos en la que se registre el estado de salud mental de toda interna que ingrese a la cárcel, así como de sus antecedentes y los de sus familiares y en su caso, de los cuidados, medicamentos, tratamientos y mecanismos de prevención que se deben cumplir en cada caso. Toda información ingresada debe ser validada por parte de una o un profesional de la psicología o la psiquiatría. Aunado a esto, será importante registrar los casos de violencia contra la mujer, su declaración íntegra y la constancia de remisión ante el personal profesional capacitado para su atención.
- Garantizar el acceso a atención psicológica y social profesional, especializada y de calidad: Las evaluaciones y visitas de atención psicológica se deben proveer periódicamente, pero también en las circunstancias que las mujeres del grupo objeto de esta solicitud lo requieran, especialmente a partir de cualesquier experiencias que puedan afectar su bienestar psíquico o emocional o generar inquietudes, preocupaciones o cambios de ánimo leves, por periodos cortos de tiempo. De igual forma, ofrecer una atención integral, también implica que en todos los casos que sea necesario, la asistencia pueda ser extendida a los hijos e hijas.
- Para esos efectos, será imperativo que todos los recintos o centros de privación de la libertad cuenten con al menos una o un profesional de la psicología e incrementar progresivamente la cantidad de personal con experticia en la materia, en aras que la atención pueda ser proporcionada oportunamente y como instrumento de prevención de efectos negativos en la salud mental de las internas. Asimismo, es importante que las recomendaciones que emita la o el psicólogo, se adapten a las circunstancias de la privación de la libertad y

⁹² Organización Mundial de la Salud (2016-2017). “¿Se pregunta por qué no está contenta tras el nacimiento de su hijo?”. OMS. Ginebra. 2017. Consultado el 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3nSsg7U>





atiendan a un análisis holístico de las experiencias y antecedentes de cada una de las pacientes y de lo que permitirá mayores beneficios para ellas y sus hijos o hijas.

- Proveer el acceso a atención psiquiátrica bajo circunstancias particulares: El Instituto Nacional de la Salud Mental de los Estados Unidos, ha diferenciado la tristeza posparto (contemplada en la directriz previa) de la depresión perinatal, requiriendo esta última de un tratamiento médico más especializado. Dicha afectación permanece por lapsos más duraderos de tiempo y provoca sentimientos muy fuertes de ansiedad o infelicidad, por tratarse de una enfermedad médica real, en cuyo caso se debe prestar especial atención a los antecedentes psiquiátricos familiares.⁹³
- Sumado a ello, después del embarazo puede darse lo que se conoce como psicosis posparto, descrita como “una enfermedad mental grave que ocurre después de dar a luz” que genera riesgos de auto lesiones o de daños para los hijos, siendo necesario recibir la asistencia profesional a con la premura del caso.
- Se ha hecho mención de todo lo anterior, con el ánimo de determinar la necesidad de acceder no solo a los servicios de atención psicológica que sean necesarios, sino también, de identificar los casos en que se requiere la intervención de profesionales de la salud para tratar afecciones todavía más complejas, derivadas del embarazo o el parto.
- En esa línea, las terapias, tratamientos y medicamentos que se recomienden, deben emitirse sobre la base de los antecedentes, el estado de salud y el contexto de privación de libertad que enfrentan las pacientes, considerando los efectos que los mismos pueden generar con relación a la madre, la lactancia y el interés superior del niño y la niña. En todos los casos, corresponde al Estado garantizar el acceso a los tratamientos, terapias y medicamentos recomendados por las y los profesionales de la salud mental, debiéndose proveer de todos los medios a su alcance para que estos sean gozados a plenitud.
- En aquellos casos en que se registren alteraciones en la salud mental de las internas embarazadas, en postparto o lactancia, es preciso monitorear y vigilar regularmente el estado de salud mental y su evolución en el marco de las recomendaciones, terapias, tratamientos o medicamentos que sean indicados por las y los profesionales de la psicología y la psiquiatría y proporcionados por las autoridades penitenciarias, así como informar de manera escrita, oficial y periódica a estos últimos sobre todo lo observado.
- Abstenerse de adoptar medidas coercitivas o disciplinarias que puedan tener efectos negativos en la salud mental de las mujeres embarazadas, en post parto

⁹³ National Institute of Mental Health. *Depresión Perinatal*. Estados Unidos de América. Consultado el 15 de octubre de 2020. Accesible en: <https://bit.ly/31bRUKW>





o lactancia y la de sus hijos, en especial, las que involucren el uso de la fuerza o la aplicación de sanciones de aislamiento e incomunicación y separación de madre-hijo o hija.⁹⁴ Lo anterior, requerirá estrictamente la capacitación del personal penitenciario para otorgar el tratamiento adecuado a estas mujeres en todo momento.

- Impulsar campañas de promoción de la salud mental, educando tanto al personal penitenciario como a las internas sobre la importancia de aquella, destacando, entre otras cosas, la necesidad de las mujeres comprendidas en el grupo objeto de la presente solicitud, de recibir un trato especial y adecuado para su condición. En el marco de esas campañas, es pertinente la conformación de grupos de apoyo y el impulso de programas de atención psicológica para madres, en los cuales, se conduzca un diálogo sano y el intercambio de experiencias que aspiren a su rehabilitación.
- Garantizar el goce de actividades de recreación, compatibles con la privación de la libertad y la disponibilidad de los centros penitenciarios, que permitan el desarrollo del embarazo y las etapas posteriores en un ambiente sano, acorde a sus condiciones y necesidades especiales y compatible con su dignidad humana y la de sus hijos o hijas.

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

La OMS, en relación al trabajo de parto y el parto, resalta la importancia de una atención centrada en la mujer, a través de un enfoque holístico basado en los derechos humanos, con el propósito de proporcionar una “experiencia de parto positiva”. Lo anterior incluye, dar a luz a un bebé sano en un ambiente seguro desde el punto de vista clínico y psicológico, contar con apoyo práctico y emocional continuo, ser asistida por personal amable y con competencias técnicas adecuadas y participar activamente en la toma de decisiones con respecto a su condición, garantizando la protección a la dignidad humana, bajo los principios de igualdad, no discriminación, legalidad y confidencialidad.

En ese orden de ideas, este equipo jurídico ha tenido a bien establecer como condiciones mínimas a garantizar por el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto, las siguientes:

Condiciones mínimas generales al interior del centro penitenciario

⁹⁴ Matías Meza-Lopehandía, et. al. *Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad*. Op. Cit., p. 4.





- Disposiciones legislativas referente a los protocolos y medidas a adoptar por las autoridades y el personal penitenciario de acuerdo a sus funciones, personal médico y mujeres privadas de libertad en el trabajo de parto y en el parto, que garanticen una experiencia de parto positiva.
- Personal penitenciario capacitado de acuerdo a sus funciones específicas, en relación a la aplicación de una atención respetuosa de la maternidad, parto respetado y a la atención especial que requiere una mujer embarazada en trabajo de parto y en el parto.
- Lo anterior en relación a la plena movilidad de la mujer privada de libertad sin utilización de medidas de sujeción o inmovilización como esposas o grilletes, vestimenta adecuada, uso de lenguaje y trato adecuado, prohibición del uso excesivo de la fuerza, el respeto a sus derechos fundamentales, acciones consecutivas de violencia obstétrica, uso de métodos simples y culturalmente aceptables, confidencialidad, entre otras.
- Personal médico especializado al interior del centro penitenciario capaz de atender las situaciones derivadas del trabajo de parto y el parto, y con las aptitudes apropiadas para prestar una atención digna y continua a las mujeres embarazadas privadas de libertad. En razón a lo anterior, el Centro Penitenciario deberá de contar al menos con un médico general y/o enfermero o enfermera permanente.
- Infraestructura adecuada al interior del centro penitenciario, con un módulo específico de maternidad, que cuente con zonas de trabajo de parto, parto y neonatal limpias, adecuadamente iluminadas y bien ventiladas que permitan mantener la privacidad de las mujeres privadas de libertad, además de baños limpios y accesibles para su uso por parte de las mujeres en trabajo de parto y parto y agua potable con acceso a jabón o gel a base de alcohol.
- Clínica al interior del Centro Penitenciario con todos los suministros técnicos necesarios para atender una emergencia en relación al trabajo de parto y el parto y el establecimiento de una farmacia que cuente con un sistema de gestión de medicamentos y suministros dirigido por personal capacitado.
- En ese sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja reconoce la importancia de las áreas de salud dentro del Centro Penitenciario, y cómo estas deben ser independientes de otras áreas del Centro, tales como talleres o áreas de visita, con el fin de que sean de fácil acceso por las personas privadas de libertad⁹⁵. Aunado a lo anterior, dicho Comité reconoce la importancia del alojamiento separado de las mujeres embarazadas privadas de libertad, haciendo un especial énfasis en las que se encuentran en las últimas semanas de embarazo, trabajo de

⁹⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja (2013). *Agua, Saneamiento y Hábitat en las Cárceles*. Ginebra, p. 63. Consultado el 16 de octubre del 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3m3N9eA>





parto y parto, etapas durante las cuales es posible que las mujeres deban utilizar los retretes y duchas con mayor frecuencia y puedan necesitar un espacio más amplio para desplazarse⁹⁶. Cabe mencionar, que establecer un alojamiento separado no significa que las mujeres embarazadas deban estar aisladas. Las rutinas y procedimientos del Centro Penitenciario deben permitir: i) que las mujeres privadas de libertad en estas condiciones estén en contacto con otras detenidas y ii) accedan a los servicios y tratamiento especial de acuerdo a su condición.

- *Condiciones mínimas con relación al trabajo de parto y parto.*
- La OMS en el Manual “Recomendaciones de la OMS para la conducción del trabajo de parto” señala que el trabajo de parto deberá de realizarse salvaguardando en todo momento el respeto por los derechos humanos de las mujeres y su dignidad como receptora de cuidados, en ese sentido, recalca como deber mínimo estatal el *mantener normas éticas y de seguridad en la práctica clínica*⁹⁷.
- Alentar la movilidad y la adopción de una posición erguida: La OMS, mediante el Grupo Especializado de Desarrollo de Guías para el Trabajo de Parto y el Parto, recalca la importancia de la plena movilidad y la adopción de una posición erguida durante el trabajo de parto, enfatizando los beneficios clínicos en términos de reducir los partos por cesáreas.
- En ese mismo orden de ideas, las Reglas de Bangkok en su artículo 24 establece que la coerción física durante el trabajo de parto puede causar complicaciones tales como hemorragias o disminución de la frecuencia cardiaca fetal⁹⁸, además recalca, que la utilización de dichas medidas de sujeción durante este periodo constituye una violación en contra de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y podría ser calificado como trato inhumano y degradante⁹⁹
- Por otro lado, en relación al parto el *Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos* y la *Asociación Americana de Salud Pública* han condenado la práctica del uso de grilletes, ya que pone en riesgo la salud de la mujer y causa dolor severo y traumas. Asimismo, el *Centro de Derechos Reproductivos* indica que el movimiento no restringido es vital durante el parto, nacimiento y período

⁹⁶ *Ibíd.*

⁹⁷ Organización Mundial de la Salud. “*Recomendaciones de la OMS para la conducción del trabajo de parto*”. Ginebra. 2015. p. 4. Consultado el 9 de octubre del 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/2HkSRcY>

⁹⁸ Organización de las Naciones Unidas (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes. (Reglas de Bangkok)*. Op. Cit.

⁹⁹ El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Penas Inhumanas y Degradantes. “*Los estándares CPT*”, (2002) 1 - Rev, 2006, Extracto del 10mo Informe General, párr. 27.





- posterior al parto. Los grilletes obstaculizan la capacidad de la mujer de moverse para aliviar el dolor de sus contracciones, incrementando el estrés en el cuerpo de la mujer y ocasionando reduciendo el flujo de oxígeno al feto¹⁰⁰.
- Durante el trabajo de parto y parto la mujer privada de libertad deberá de ser acompañada por una persona de su elección, con el objetivo de brindar apoyo emocional.
 - La OMS, ha abordado de manera reiterada la importancia de respetar el derecho y la voluntad de la mujer de ser acompañada por alguien de su elección¹⁰¹, y recalca el deber estatal de disponer en todos los centros de salud, personal de apoyo durante el trabajo de parto y parto. En ese sentido, el Grupo Especializado de Desarrollo de Guías, establece que dicho acompañamiento deberá de atender lo relativo a la privacidad, preferencia culturales y uso de recursos, implementando medidas sencillas que atiendan la sensibilidad de cada una de las características culturales¹⁰², en este caso, de las mujeres privadas de libertad.
 - Asegurar en todo momento la privacidad y confidencialidad de la mujer privada de libertad, tanto en el Centro Penitenciario, su traslado y en el Centro de Salud respectivo, durante el trabajo de parto y parto, garantizando el derecho a la dignidad, inherente a toda persona humana.
 - El uso de la terminología correcta durante el trabajo de parto por el personal penitenciario y personal médico. Tales como, “*trabajo de parto*”, “*periodo de dilatación*”, “*fase latente del periodo de dilatación*”, “*fase activa del periodo de dilatación*”. La OMS reconoce que el uso de la terminología correcta durante el trabajo de parto garantiza un parto normal, con un buen resultado para la madre y el bebé. Asimismo, la comunicación efectiva entre los prestadores de atención de salud y las mujeres en trabajo de parto y parto será indispensable, y deberá de garantizarse por medio del uso de métodos simples y culturalmente aceptables.¹⁰³

¹⁰⁰ Organización de las Naciones Unidas (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*. Op. Cit.

¹⁰¹ Organización Mundial de la Salud (2018). “*Recomendaciones de la OMS para una experiencia de parto positiva*”. p. 29. Consultado el 16 de octubre del 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/2HhBXML>

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ *Ibíd.* p. 25.





- El Centro Penitenciario o Centro de Salud donde se lleva a cabo el trabajo de parto deberá de contar con instalaciones que permitan hacer un control cercano y regular la frecuencia cardiaca fetal y el patrón de contracciones uterinas.¹⁰⁴
- Brindar información específica a la mujer embarazada sobre su condición y sus características, con el propósito de garantizar un parto informado y una experiencia de parto positiva.
- Atender a las implicaciones culturales específicas de las mujeres indígenas privadas de libertad durante el trabajo de parto, parto y puerperio, garantizando el derecho de un parto culturalmente adecuado.¹⁰⁵

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

El traslado de una mujer embarazada puede ser un factor determinante para la preservación de la vida y la salud de la madre y la/el que está por nacer, pues, en este caso, comprende el tiempo transcurrido entre la salida del centro penitenciario y la llegada al hospital o centro de salud en el que la reclusa recibirá la atención médica necesaria. Partiendo de esa premisa, es fundamental que durante esta etapa las autoridades penitenciarias estén en la disposición de garantizar condiciones dignas de traslado a la mujer embarazada, como parte de una experiencia de parto positiva, tomando como base las recomendaciones formuladas a continuación:

- Incorporar el registro de todo traslado que deba efectuarse, en la base de datos a la que se ha hecho alusión en los acápites que anteceden, así como dejar constancia de los motivos del traslado, los datos de las autoridades responsables del mismo, el estado de la paciente al momento de realizarlo y el hospital civil de destino.
- Informar tanto a la paciente, como a sus familiares, sobre la necesidad de efectuar el traslado, con indicación del procedimiento y las condiciones en las que será movilizada, su estado de salud, el lugar de destino y el tiempo estimado de llegada. Asimismo, el equipo de traslado deberá notificar al centro

¹⁰⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud. “Recomendaciones de la OMS para la conducción del trabajo de parto”. Ginebra. 2015. Op. Cit., p. 4.

¹⁰⁵ Cfr. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (2016). “Intercambio de Experiencias. Parto Culturalmente Seguro”. Tegucigalpa, Honduras. Disponible en: <https://bit.ly/3dI6jUx>





penitenciario inmediatamente al momento que la paciente haya sido ingresada en el hospital civil en el que será atendida.

- En aplicación de la Regla de Bangkok número 24, bajo ninguna circunstancia se justifica el uso de la fuerza u otros medios que puedan resultar perjudiciales para la mujer o el feto, con motivo de proceder a efectuar un traslado o durante el mismo. Por tanto, en todos los casos se deberá apelar a medidas menos severas y compatibles con su condición especial. Paralelamente, la mujer embarazada que será trasladada, en ningún momento podrá ser sometida a malos tratos, insultos, amenazas, burlas, ofensas u otros similares, durante su traslado y en todo momento será tratada con dignidad.
- El traslado de la mujer embarazada privada de libertad deberá realizarse en una ambulancia certificada por el centro penitenciario y por el centro de salud más cercano, con el objeto de que el mismo tenga lugar en condiciones aptas y mínimamente dignas. Por esa razón, será imperativo que el centro penitenciario cuente con ambulancias disponibles y que regularmente se verifique que estas unidades están en condiciones de salubridad y preparadas, en la calidad y la cantidad que corresponda, con el equipo y los instrumentos necesarios para la movilización de las pacientes, a fin de lograr un traslado seguro, en el momento que sea requerido.
- En todos los casos que sea solicitado y notificado un traslado, incluso en aquellos de alta urgencia, inmediatamente se debe verificar y hacer constar el correcto funcionamiento mecánico de los vehículos a utilizar, sin que esto signifique retrasos significativos y por tanto, la desnaturalización de la emergencia.
- Garantizar movilidad suficiente al interior de la ambulancia: en el sentido de garantizar a la mujer embarazada en trabajo de parto o parto, la libertad necesaria para adoptar posiciones cómodas de acuerdo a su condición. En razón de lo anterior, no deberá ser objeto del uso de esposas, ni de otras medidas de sujeción o inmovilización por parte del personal penitenciario o personal médico.
- Garantizar a la mujer embarazada privada de libertad el acompañamiento de un médico y/o enfermero o enfermera, dotados de las capacidades técnicas para asistir a la paciente durante el traslado y atender las circunstancias que se deriven del mismo. En función de lo anterior, el personal de salud que preste sus servicios deberá estar en la disposición de, -al menos-, atender el parto cuando este ocurra previo a la llegada al hospital civil en el que la interna será atendida,





estabilizar a la paciente en casos de hemorragia o emergencia obstétrica y brindar reanimación cardiopulmonar neonatal, en caso de ser necesario¹⁰⁶.

- Trasladar a la paciente al hospital civil más cercano para su atención inmediata bajo los principios de igualdad y no discriminación: Para ello, será pertinente que el equipo de traslado comunique a la brevedad posible sobre el traslado de la mujer embarazada y las condiciones en que se lleva a cabo, al personal del hospital civil en el que se prevee la paciente sea atendida. Lo anterior, con el propósito de asegurar que la paciente sea asistida oportunamente y en condiciones adecuadas según su estado.

2.5. ¿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?

La Comisión IDH ha interpretado el artículo 13 de la Convención Americana como la obligación positiva estatal de permitir a los ciudadanos y ciudadanas acceder a la información que se encuentra en su poder.¹⁰⁷ En ese sentido, la Declaración de los Principios, establece en su artículo tercero que *“toda persona tiene derecho de acceder a la información sobre sí misma o sus bienes que en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en base de datos, registros públicos o privados [...]”* asimismo, señala en el principio cuarto que *“el acceso a la información [...] es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar ese derecho”*.¹⁰⁸

Es menester señalar que el derecho de acceso a la información tiene una función instrumental esencial. En particular, la implementación adecuada del derecho de acceso a la información, en todas sus dimensiones, es condición esencial para la realización de los derechos sociales, especialmente de los grupos excluidos y marginados por la sociedad y el Estado.¹⁰⁹

En ese sentido, la Comisión Interamericana, atendiendo al carácter instrumental del derecho de acceso a la información, considera que la implementación efectiva de este derecho en favor de las mujeres debe necesariamente abarcar el acceso a la información

¹⁰⁶ Ministerio de Salud (2012). *“Recomendaciones para la práctica del traslado neonatal”*. Argentina. Primera Edición, p. 11. Disponible en: <https://bit.ly/37naggd>

¹⁰⁷ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre del 2006. Serie C. No. 151. párr. 58 a y b.

¹⁰⁸ Organización de Estados Americanos. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*. Disponible en: <https://bit.ly/2Hm1W5J>

¹⁰⁹ Cfr. Organización de Estados Americanos/Comisión IDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *“El Derecho de acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano”*. p. 2. Párr. 5. Disponible en: <https://bit.ly/31rU1KQ>





en materia de su salud sexual y reproductiva, pues éste habilita a las mujeres para tomar decisiones libres e informadas respecto de los aspectos más íntimos de su personalidad¹¹⁰. Dicha afirmación atiende de manera especial el deber estatal de garantizar el derecho de acceso a la información a las mujeres privadas de libertad en condición de embarazo, parto, post parto y lactancia, en razón de su condición de salud especial. En ese sentido, atendiendo a una interpretación evolutiva de los derechos humanos¹¹¹, el derecho de acceso a la información de este grupo específico deberá de enmarcarse en dos principios fundamentales: i) confidencialidad y ii) consentimiento informado.

i) Confidencialidad

La regla 8 de las Reglas de Bangkok, establece que El Estado deberá respetar el derecho de la mujer privada de libertad a la confidencialidad médica, teniendo un cuidado particular en lo relativo al historial médico de salud reproductiva, y a evitar cualquier medida de coacción con el propósito de brindar cualquier tipo de información que pueda poner en peligro la vida e integridad personal de madre y el bebé, en su caso.

ii) Consentimiento informado

Esta Corte IDH entiende como Consentimiento Informado del paciente, una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia.¹¹² En ese sentido, además de conllevar aceptación tácita del paciente, el consentimiento deberá de ser libre, previo, pleno e informado.¹¹³

Corolario a lo anterior, este Alto Tribunal recalca que el consentimiento informado, cobra relevancia la especial relación entre médico y paciente, la cual debe operar bajo los principios de ética médica, autonomía del paciente, beneficencia, no maleficencia y justicia.¹¹⁴

En ese orden de ideas, esta Ilustre Magistratura ha establecido en la misma sentencia, que los Estados tienen la obligación internacional de asegurar la obtención

¹¹⁰ Comisión IDH (2015). “Acceso a la Información, violencia contra las mujeres y administración de justicia en las Américas”, p. 54. Párr. 99. Consultado el 16 de octubre del 2020, extraído de: <https://bit.ly/37ppocX>

¹¹¹ Esta Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en diferentes ocasiones que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. En ese sentido ver: Corte IDH, OC- 22/16. De fecha 26 de febrero del 2016.

¹¹² Cfr. Corte IDH. *Caso I.V. Vs Bolivia*. Sentencia del 30 de noviembre del 2016. Serie C. No. 329. Op. Cit. párr. 159.

¹¹³ *Ibíd.* párr. 166.

¹¹⁴ *Ibíd.* párr. 160.





del consentimiento informado antes de realizar cualquier acto médico¹¹⁵. En ese sentido, podrá entenderse en el contexto de las mujeres privadas de libertad embarazadas y en condición de parto y post parto como un acto médico, aquellos relativos al trabajo de parto, parto y lactancia, tales como la inducción al parto, cesáreas, prescripción de medicamentos, vitaminas, proteínas, así como los actos relativos a la medicina ginecológica y obstétrica, entre otros.

Cabe mencionar que la necesidad de obtención del consentimiento informado, no solamente protege en este caso específico, el derecho de las mujeres privadas de libertad en estas condiciones especiales, de someterse o no a un acto médico propio de su condición, sino, que es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos derechos humanos reconocidos por la CADH, como lo son la dignidad, libertad personal, integridad personal, incluida la atención a la salud y en particular la salud sexual y reproductiva.¹¹⁶

En ese mismo orden de ideas, esta Distinguida Corte Interamericana, ha señalado que, un consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad.¹¹⁷ En ese sentido, en relación a las mujeres privadas de libertad embarazadas o en condición de parto y post parto, podrán considerarse *inter alia* en esta situación al momento del trabajo de parto, del parto o de cesárea o mientras se encuentra bajo los efectos ocasionados por sedantes y/o atravesando una situación difícil antes, durante o después de un incidente o tratamiento relacionado con el embarazo. Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concluye que la solicitud de consentimiento mientras la mujer se encuentra en trabajo de parto o poco antes de someterse a una cesárea, no permite que la decisión sea tomada de manera autónoma.¹¹⁸

Por otro lado, el Estado deberá de atender a su deber estatal de garantizar a las mujeres privadas de libertad embarazadas y en condición de parto y post parto, el derecho a la información en su sentido estricto, otorgando la información específica siguiente: a) la evaluación de los diagnósticos realizados en los chequeos prenatales, así como también los referentes al trabajo de parto, post parto y lactancia, b) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos de cualquier medicamento ingerido o

¹¹⁵ *Ibíd.* párr. 165.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ En ese mismo sentido, consultar: Consideraciones éticas sobre la esterilización de 2011 de la FIGO, Declaración sobre la Esterilización Forzada de 2012 de la Asociación Médica Mundial y la Declaración Institucional de las Naciones Unidas.

¹¹⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso I.V. Vs Bolivia*. Sentencia del 30 de noviembre del 2016. Serie C. No. 329. Op. Cit., párr. 183.





práctica realizada durante el periodo de embarazo, parto, post parto y lactancia, c) los posibles efectos desfavorables de cualquier medicamento ingerido o práctica realizada durante el periodo de embarazo, parto, post parto y lactancia, d) las prácticas alternativas durante el periodo de embarazo, parto, post parto y lactancia, así como los posibles riesgos, malestares, beneficios y efectos secundarios en cada una de las etapas, e) lo que se estima ocurrirá durante el embarazo y antes y después del trabajo de parto, parto y lactancia.¹¹⁹

Aunado a todo lo anterior, esta Honorable Corte establece que el derecho de acceso a la información, en este caso de las mujeres privadas de libertad en estas condiciones específicas, deberá de ser garantizado por los agentes estatales de los centros Penitenciarios y de los Centros de Salud, tomando en cuenta las particularidades y necesidades de cada una de las mujeres, como por ejemplo, su cultura, religión, tradiciones, cosmovisión, estilos de vida, e incluso, su nivel educativo. Todo lo anterior, derivada de la obligación del Estado de brindar una *atención en salud culturalmente aceptable*.

Esta Corte resalta que, desde la Declaración de Helsinki, se estableció la necesidad de “*prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada participante potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información*”. De igual manera, la Declaración de Lisboa señala que la información debe ser entregada “*de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pudiera entenderla*”. Al respecto, la orientación de la información no sólo va dirigida a lo que el médico podría considerar como razonable y necesario compartir¹²⁰, sino que también debería enfocarse en lo que es importante para mujeres privadas de libertad embarazadas, en post parto y lactancia, atendiendo a las condiciones culturales específicas de cada una de ellas.

En ese sentido, las exigencias de confidencialidad y consentimiento informado relativas al derecho de acceso a la información, en la relación médico-paciente, fomentan la autonomía individual de la persona y el estímulo de la toma de decisiones propias de manera racional, de acuerdo a sus particularidades específicas, entendiendo así el proceso de acceso a la información no como una concesión graciable del médico, sino como un verdadero derecho de la mujer privada de libertad.¹²¹

¹¹⁹ *Ibíd.* párr. 189. En ese mismo sentido, Sosa Aguerre, T. (1996). “*Relación vinculante entre médico y paciente: el consentimiento*”, Sindicato Médico de Uruguay: II Jornadas de Responsabilidades Médicas. Montevideo.

¹²⁰ *Ibíd.* párr. 192.

¹²¹ Cfr. Oscar Vera Casco (2016). “*El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica*”, Revista médica La Paz. Vol. 22. no. 1. Disponible en: <https://bit.ly/2T9hcFo>





2.6. En los casos de mujeres privadas de la 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?

En una sentencia dictada contra el Estado de Perú, esta Honorable Magistratura destacó que -particularmente- para una madre privada de libertad, la imposibilidad de comunicarse con sus hijos o hijas, constituye una aflicción psicológica muy fuerte.¹²² Desde esa perspectiva, se ha considerado que cuando una madre no puede estar con sus hijos o hijas en la prisión, carga con un peso doble. Por un lado, debido a la incertidumbre sobre quién tendrá a su cargo el cuidado y bienestar de aquellos, pero sobre todo, sufre la interrupción del vínculo materno-filial, lo que ocasiona serios daños emocionales para ambos.¹²³

Al tenor de esta aseveración, se fortalece la afirmación respecto a que el sistema penitenciario está fundamentado sobre una visión androcéntrica masculina, pues los efectos de la privación de la libertad de una madre se extienden a su familia¹²⁴. Por esta razón, es imperativo que los Estados adopten políticas públicas integrales, encaminadas a la protección de la familia, principalmente en contextos de privación de la libertad.

En ese sentido, este equipo jurídico es del criterio que, para asegurar el vínculo estrecho entre madre e hijo/a, en los términos que nos conciernen, los Estados deben comprometerse a la observancia de -al menos- lo dispuesto a continuación:

- ☉ A la luz de una serie de buenas prácticas internacionales¹²⁵, en el supuesto que nos atañe, tras realizar un exámen legal exhaustivo, proporcional, objetivo y razonable, las y los operadores de justicia deben ponderar la posibilidad de aplazar la ejecución de las sentencias condenatorias de las mujeres con hijos o hijas menores de nueve meses, cuando **a)** las circunstancias médicas lo justifiquen; **b)** no se ponga en peligro el interés superior del niño/a; **c)** la madre no haya sido condenada por delitos muy graves; y, **d)** dicha medida no signifique un riesgo para la sociedad y el orden público. Esta consideración podrá ser

¹²² Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Op. Cit., párr. 330.

¹²³ María Mauersberger (2016). *“El dilema de la madre entre rejas: delincuente y mala madre, una doble culpa”*. Trabajo Social 18: 113-125. Bogotá: Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, p. 117. Disponible en: <https://bit.ly/3kibzRa>

¹²⁴ *Ibíd.*

¹²⁵ Matías Meza-Lopehandía, et. al (2019). *“Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad”*. Op. Cit., pp. 9 y 10.





valorada en los casos de hijos o hijas de padres privados de la libertad simultáneamente.

- Garantizar el goce de visitas periódicas entre madres e hijos e hijas: esta recomendación se realiza en aras de que ambas partes estén en la posibilidad de mantener una comunicación fluida y constante, que permita la intervención de la madre en la crianza de su hijo o hija. Para estos efectos, las autoridades penitenciarias deberán fijar horarios que, según se estime proporcional y conveniente, promueva la mayor cantidad de visitas entre las madres y sus hijos e hijas, las cuales no podrán ser inferiores a una vez por mes en los casos de niñas y niños pequeños, mayores a los seis meses de edad.
- Sobre este particular, es menester de este equipo jurídico destacar que, salvo circunstancias excepcionales debidamente justificadas, se debe garantizar la plena convivencia entre madre e hijo o hija, principalmente en los primeros meses de vida de los segundos, habida cuenta que tanto la OMS como la UNICEF han coincidido en que la lactancia materna durante los primeros seis meses es esencial para la preservación de la vida de las y los menores y juega un rol muy importante en el bienestar de la madre¹²⁶. Es por ello, que como lo establece la Regla de Bangkok número 48 en su numeral 2, el personal penitenciario no impedirá que las reclusas puedan amamantar a sus hijos e hijas.
- Sobre la base de la Regla de Bangkok número 52, el centro penitenciario debe disponer de espacios específicos y adecuados en condiciones higiénicas y mínimamente dignas, para la recepción de niñas y niños pequeños, que permitan la sana, libre y plena interacción madre-hijo/a en sentido amplio, fuera de ambientes hostiles o violentos en los que existan riesgos para la integridad o la vida de aquellos.
- Garantizar a la madre privada de libertad el acceso a la información y la participación en la toma de decisiones sobre la vida y el desarrollo de sus hijos: para este fin, es fundamental permitir a la madre mantener regularmente el contacto con los familiares o personas que estén a cargo del cuidado de sus hijos o hijas, mediante visitas al centro penitenciario, por vía telefónica o a través de cualquier medio legalmente aceptable, con objeto de que ésta pueda ser incluida efectivamente en la toma de decisiones sobre alimentación, salud, educación, religión y todos los aspectos que considere relevantes respecto a sus hijos e hijas. Asimismo, cuando las circunstancias lo justifiquen y sea estrictamente necesario, se debe permitir la comunicación directa con los hijos e hijas, fuera del horario de visitas.

¹²⁶ Organización Mundial de la Salud (2020). “Alimentación del lactante y el niño pequeño”. OMS. Ginebra. 24 de agosto de 2020. Consultado el 16 de octubre de 2020, accesible en: <https://bit.ly/37jStX4>





- Cabe hacer mención que el personal penitenciario deberá estar en la disposición de atender consultas y facilitar dicha comunicación cuando la madre, los hijos o las personas responsables de los hijos lo soliciten, en los casos que proceda. Ello, aunado al deber de informar a la madre, con humanidad y gentileza, sobre todo acontecimiento importante con relación a sus hijos e hijas, en los ámbitos antes mencionados.
- Promover, adoptar e implementar programas de formación para madres privadas de libertad, encaminados a asegurar el mejor desenvolvimiento de aquellas en la crianza de sus hijos e hijas, sobre la base del Interés Superior del Niño y la Niña.

3. Sobre las personas LGBT

3.1. Derechos involucrados

Las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, son una serie de estándares básicos que indican el piso mínimo que soporta la conducta estatal, particularmente la conducta de los servidores y operadores del sistema de justicia en la esfera de los derechos.

A este respecto, las reglas establecen que “[l]a privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de los derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores”,¹²⁷ esta situación se ve agravada en el caso de una detención ilegal.¹²⁸ Sobre este particular, la doctrina y la jurisprudencia reconocen taxativamente el deber especial que los Estados tienen con respecto a las personas privadas de libertad, pues tiene una posición especial de garante en la tutela de sus derechos humanos. Es decir, que se trata de personas que están directamente bajo el control y la custodia del Estado en establecimientos bajo la guardia y responsabilidad inmediata de éste.

Aunado a lo anterior, las personas LGBTI privadas de libertad se enfrentan a una situación de vulnerabilidad que ve agravada a causa de serios obstáculos culturales, cuya base reposa en la errónea concepción de que la heteronormatividad, la cisonormatividad y los binarios de sexo y género son reglas o medidas únicas y universalmente aceptables, lo cual refuerza el estigma, los estereotipos y las prácticas

¹²⁷ Véase: Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Aprobadas en el seno de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 2008. Disponible en: <https://bit.ly/2Hjdk2b>

¹²⁸ Cfr. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.





de discriminación -incluyendo la discriminación estructural- y violencia por prejuicio contra las personas LGBT y contra las mujeres.¹²⁹

Sobre este punto, la Comisión, en el escrito de la presente solicitud de mérito de opinión consultiva, ha establecido que *“las personas LGBT privadas de su libertad enfrentan afectaciones desproporcionadas debido a la estigmatización y los prejuicios existentes con base en la orientación sexual, identidad de género o características sexuales diversas. [...] entre estas afectaciones se encuentran: i) la exposición a un mayor riesgo de violencia; ii) determinación del ingreso a las unidades carcelarias sin considerar la identidad de género; iii) segregación dentro de la misma prisión; iv) falta de reconocimiento de la identidad de género; v) mayores obstáculos para la realización de visitas íntimas, y vi) falta de acceso a los servicios de salud necesarios”*.¹³⁰

En otras palabras, las personas LGBT privadas de libertad, son una categoría de personas cuya vulnerabilidad se ve agravada en medida que en el análisis se logra ubicar a cada persona de manera individual, en un punto de intersección que permite tener una mirada clara de la acumulación de razones, causas, circunstancias, pretextos u otras que generan afectación negativa directa o indirecta a sus derechos humanos. Por ello, resulta necesario estimar el alcance de los derechos humanos que se ven afectados de manera desproporcionada debido a la estigmatización y los prejuicios existentes con base en la orientación sexual, identidad de género o características sexuales diversas.

Es así, que circunscribiéndose a las consultas particulares *sub judice*, elevadas por la Ilustre Comisión IDH ante esta Sede, este equipo jurídico arriba a la conclusión que, las consultas relativas a las personas LGBT, involucran el derecho a la Vida (artículo 4.1. de la CADH), la Integridad Personal (artículo 5 de la CADH), Protección de la Honra y de la Dignidad (Artículo 11 de la CADH), Libertad de Pensamiento y de Expresión (Artículo 13 de la CADH), Protección a la Familia (Artículo 17 de la CADH) y el derecho de Igualdad ante la Ley (Artículo 24 de la CADH) y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, sobre el derecho de las mujeres a vivir libre de violencia.

Respecto del derecho a la vida involucrado en el estudio de mérito, esta representación recuerda lo establecido por esta Honorable Corte Interamericana, al señalar que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental que constituye un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos y que este derecho

¹²⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C 239, párr. 267 ; Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

¹³⁰ Comisión IDH (2019). Solicitud de Opinión Consultiva, Op. Cit., párr. 29-30.





comporta una doble dimensión, una negativa y otra positiva, la primera implica el derecho a no ser privado de la vida de manera arbitraria y la segunda comprende el derecho a que no se le impida al titular del derecho, el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.¹³¹

De este modo, los Estados deben garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de este derecho fundamental, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. En concreto, para que las medidas adoptadas por el Estado sean armónicas con la Convención, es indispensable que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que las salvaguardas a este derecho sean prácticas y efectivas (*effet utile*).¹³²

En correlato a la protección del derecho a la vida, la Convención Americana protege el derecho a la integridad personal, el cual se encuentra dentro del dominio del *Jus Cogens*¹³³, y cuyo contenido abarca el deber del Estado de abstenerse de realizar alguna acción u omisión de las prohibidas por el artículo 5 de la Convención y de proteger a los titulares del derecho frente a amenazas de terceros; además, el derecho refiere “[...] a la cualidad de todo individuo de ser merecedor de respeto, sin que nadie pueda, en principio, interferir con él o con sus decisiones respecto de él, sugiriendo, de este modo, que el individuo es el dueño de sí mismo, tiene autonomía personal, y por lo tanto, está facultado para decidir a su respecto, sin que el Estado tenga, en principio, la facultad de impedirselo”.¹³⁴

En este sentido, este Tribunal Interamericano ha opinado que “[la] infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser

¹³¹ Cfr. Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

¹³² Cfr. Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 64 ; *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C 166, párr. 79.

¹³³ Cfr. Corte IDH. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C 237, párr. 50.

¹³⁴ Est. cit. Cecilia Medina Quiroga (2003). *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.





demostrados en cada situación concreta”¹³⁵. Así pues, al momento de determinar la vulneración del derecho a la integridad personal, se debe adoptar un enfoque diferenciado, tomando en cuenta las características personas de la víctima, ya que estas pueden cambiar la percepción de la realidad del titular del derecho, y consecuentemente pueden agravar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.¹³⁶

Adicionalmente, esta Alta Magistratura ha reconocido que “[...] *las amenazas y el peligro real de someter a una persona a graves lesiones físicas produce, en determinadas circunstancias, una angustia moral de tal grado que puede ser considerada «tortura psicológica»*”.¹³⁷ Por otro lado, también ha indicado que “*las malas condiciones de vida que padecen los miembros de una comunidad y el estado general de abandono en la que se encuentran generan sufrimientos que necesariamente afectan la integridad psíquica y moral de los miembros [de una comunidad]*”.¹³⁸

En este marco, es relevante introducir el involucramiento del derecho a la Protección de la Honra y de la Dignidad que, comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público.¹³⁹ En este mismo sentido la vida privada también comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.¹⁴⁰

¹³⁵ Cfr. Corte IDH., *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. En el mismo sentido: *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1996, párr 196; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, párr. 147; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr 388.

¹³⁶Cfr. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Op. Cit., párr. 52; *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párr. 176; *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr 362; *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

¹³⁷ Cfr. *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*, Op. Cit., párr. 52.

¹³⁸ Cfr. Corte IDH. *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 201. Serie C 250, párr. 164.

¹³⁹ Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 48.

¹⁴⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, op. cit., párr. 129; Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, op. cit., párr. 119.





Bajo esta línea argumentativa, es indispensable relacionar estos derechos con el derecho a Libertad de Pensamiento y de Expresión como derechos autónomos e instrumentales, protegidos por diversos instrumentos del SIDH.¹⁴¹ Al tenor de esta relación, se ha dicho que, la libertad de expresión es un reflejo del valor de la dignidad humana que, permite pensar la realidad desde una perspectiva propia e individual y permite la comunicación con otros individuos para construir, no solo el proyecto de vida que cada titular del derecho decide asumir, sino también el modelo social en el que los sujetos desean vivir.

Por otro lado, los órganos del SIDH han resaltado la “estrecha”, “indisoluble”, “esencial” y “fundamental relación estructural de la libertad de expresión con la democracia.¹⁴² Asimismo, de la interpretación evolutiva del derecho a la libertad de expresión se desprende que, este es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales.

En el caso particular de las personas privadas de libertad, el Principio XVI de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, promueve los derechos que componen el espacio cívico, es decir el derecho a la Libertad de expresión, asociación y reunión de las personas privadas de libertad, señalando que “[l]as personas privadas de libertad tendrán derecho a la libertad de expresión en su propio idioma, asociación y reunión pacíficas, tomando en cuenta los límites estrictamente necesarios en una sociedad democrática, para respetar los derechos de los demás o para proteger la salud o la moral públicas, y para preservar el orden público, la seguridad y la disciplina interna en los lugares de privación de libertad, así como los demás límites permitidos en las leyes y en el derecho internacional de los derechos humanos”.

Aunado a lo anterior, este equipo hace eco de lo opinado por esta Honorable Corte IDH, sobre la protección de los derechos producto de relaciones afectivas entre parejas, las cuales suelen estar tutelados y protegidos por la Convención a través del instituto de la familia y el de la vida familiar¹⁴³. A este respecto este Distinguido Tribunal opinó

¹⁴¹ Véase: Convención Americana (en su artículo 13), la Declaración Americana (en su artículo IV), y la Carta Democrática Interamericana (en su artículo 4).

¹⁴² Cfr. Corte IDH. “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Op. Cit., párr. 85; Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 112; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 82; Corte IDH, *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Corte IDH, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116.

¹⁴³ Véase: artículo 11.2. y 17.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.





que “[l]a Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198)”.¹⁴⁴

Finalmente, y como ya lo hemos resaltado en otros acápite del presente escrito, este equipo jurídico hace hincapié en que, sobre el principio fundamental de igualdad y no discriminación descansa el ordenamiento jurídico nacional e internacional, y, por tanto, la responsabilidad internacional de los Estados. Por otra parte, el derecho humano de Igualdad ante la Ley, reconocido en el artículo 24 de la CADH, manda a los Estados a abstenerse de brindar una protección desigual en la aplicación de la ley interna.¹⁴⁵

3.2. ¿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?

Previo a responder concretamente esta consulta, es importante enfatizar en que el Estado se encuentra obligado a respetar y garantizar “[...] la individualidad de cada [persona], así como el derecho a ser tratad[a] de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas”.¹⁴⁶ El cumplimiento de estos deberes debe traer consigo el efecto tutelar de los derechos humanos de las personas LGBT privadas de libertad, lo cual implica el ejercicio efectivo de la “[...] facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los

¹⁴⁴ Cfr. Corte IDH. “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”. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica, Serie A No. 24. Disponible en: <https://bit.ly/31vUoEp>

¹⁴⁵ Supra.

¹⁴⁶ Ibíd. párr. 95.





*componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas [como] es precisamente la identidad de género y sexual.*¹⁴⁷

Así pues, esta representación trae a memoria de esta honorable Magistratura que en el pasado, se ha entendido que “[...] *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.*”¹⁴⁸

Asimismo, esta Corte IDH comparte el criterio de la Asamblea General de la OEA, en cuanto a 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*”, y concluyó que “[...] *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.*”¹⁴⁹

En este marco y en los términos de la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 Solicitada por la República de Costa Rica referente a la 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, este equipo arriba a las consideraciones siguientes:

- Esta discusión, que sostenemos con ocasión de la Solicitud de Opinión Consultiva realizada por la Comisión IDH, es una genuina oportunidad para que la Corte Interamericana recuerde a los Estados del hemisferio que, el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento

¹⁴⁷ Al respecto, véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-594/93.

¹⁴⁸ Cfr. Supra Opinión Consultiva OC-24/17.

¹⁴⁹ Cfr. OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), “Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’”, de 3 de junio de 2008, y Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad de Género de 8 de junio de 2010.





de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana.¹⁵⁰

- El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta una condición que facilita la determinación de la unidad a la que debe ingresar una persona privada de libertad.
- Los Estados que aún no garantizan los derechos y libertades derivadas del reconocimiento de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los términos de la OC-24-17 *supra* referida, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.
- El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, 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

Respecto de la consulta concreta que nos ocupa, este equipo resalta que la adopción de medidas afirmativas dirigidas a satisfacer las necesidades de protección o garantía de los derechos humanos de un grupo en específico -en este caso de las personas LGBT privadas de libertad-, siempre y cuando sean idóneas, necesarias, razonables, proporcionales y compatibles con la CADH, son, *per se* una demostración del compromiso de los Estados con la adopción de un enfoque diferenciado y pragmático y sustentan su aspiración de cumplir con sus obligaciones internacionales a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, es menester recordar la adopción de medidas afirmativas de forma aislada, no satisface efectivamente el cumplimiento de los deberes Estatales, pues resulta indispensable que, las medidas adoptadas por los Estados tengan un *efecto útil*, de modo que generen las condiciones necesarias para remover los obstáculos que emanan del ordenamiento jurídico doméstico, de la estructura social, política y cultural y de esta forma, asegurar que la maquinaria de los Estados implemente de forma real y efectiva las normas internacionales de derechos humanos.

En este sentido, este equipo compareciente es del criterio que, la adopción de medidas para el reconocimiento del derecho a solicitar un cambio de nombre,

¹⁵⁰ Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17, Op. Cit.





adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto percibida son estrictamente necesarias, razonables y proporcionales, que eliminan la persistencia del problema en cuestión.

Así pues, este equipo es del criterio que, los Estados deben tomar las siguientes medidas con un enfoque diferenciado:

- Asegurar las condiciones necesarias para que las personas trans -en general- puedan ejercitar práctica y efectivamente los derechos a la Vida (artículo 4.1. de la CADH), la Integridad Personal (artículo 5 de la CADH), Protección de la Honra y de la Dignidad (Artículo 11 de la CADH), Libertad de Pensamiento y de Expresión (Artículo 13 de la CADH), Protección a la Familia (Artículo 17 de la CADH) y el derecho de Igualdad ante la Ley (Artículo 24 de la CADH), cuyo involucramiento es ineludible en la pregunta de mérito.
- Asegurar que las autoridades competentes respeten y garanticen la individualidad de cada persona LGBT privada de libertad, así como su derecho a ser tratada de conformidad con su identidad de género auto percibida y demás derechos involucrados.
- Adoptar disposiciones de derecho interno que reconozcan legalmente el derecho de toda persona a solicitar un cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto percibida y demás derechos reconocidos en el marco de la decisión emanada en la Opinión Consultiva No. 24/2017, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Particularmente y para efectos de esta Opinión Consultiva, los Estados deben adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales.
- Adoptar disposiciones de derecho interno para establecer los derechos de la persona en cuestión, como un límite la discrecionalidad de la autoridad judicial o de quien corresponda la decisión de determinar la unidad a la que debe ingresar la persona titular del derecho, de modo que sea el/la titular del derecho quien tenga la posibilidad de decidir la unidad que es compatible con su identidad de género auto percibida.
- Establecer progresivamente un mecanismo dotado de institucionalidad con las características propias y adecuadas a cada contexto y a su derecho interno, de modo que todas las personas que deseen solicitar un cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los





registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto percibida, tengan la posibilidad *práctica y efectiva* de hacerlo (*effet utile*).

- Los Estados deben asegurar que los mecanismos para estos fines cumplan con los requisitos señalados por esta honorable Magistratura en su reciente Opinión Consultiva No. 24/2017:
 - a. Deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto percibida;
 - b. Deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes;
 - c. Deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género;
 - d. Deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad.
 - e. No deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

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

Este equipo jurídico es de la opinión que los Estados deben asumir, como un deber jurídico propio, la obligación de adoptar medidas para prevenir todo acto de violencia contra personas LGTB privadas de libertad sin que estas no impliquen segregación del resto de la población carcelaria. Sobre este particular, nos suscribimos a las conclusiones siguientes respecto de las obligaciones específicas en la materia:

- Los Estados tienen el deber de propiciar las condiciones necesarias para que las personas trans puedan ejercitar práctica y efectivamente los derechos a la Vida (artículo 4.1. de la CADH), la Integridad Personal (artículo 5 de la CADH), Protección de la Honra y de la Dignidad (Artículo 11 de la CADH), Libertad de Pensamiento y de Expresión (Artículo 13 de la CADH), Protección a la Familia (Artículo 17 de la CADH) y el derecho de Igualdad ante la Ley (Artículo 24 de la CADH), cuyo involucramiento es ineludible en la pregunta de mérito.

Esta obligación comprende el deber de adoptar medidas para remover los obstáculos, aunque no provengan de la legalidad, sino que de la estructura social y de la cultura. En razón de ello, los Estados deben promover los derechos humanos, que en sentido amplio comprende: **1)** dar a conocer los derechos humanos de las





personas LGBT a la comunidad penitenciaria y 2) emprender las campañas necesarias para que se creen las condiciones que permitan, por una parte, que los derechos humanos puedan ser ejercidos por los titulares y, por otro lado, que sean respetados por toda la comunidad penitenciaria, incluyendo tanto a particulares como a los agentes del Estado.

- Adicionalmente a las medidas antes referidas, el Estado debe asegurar que el personal que guarda contacto con las personas privadas de libertad, particularmente aquellas que son LGBT, o aquellas que concursan para cumplir con esta labor, cuenten con capacitación, entrenamiento y sensibilización en materia de derechos humanos de las personas LGBT. Esta obligación implica el deber de crear o fortalecer mecanismos de entrenamientos especializados para todos los operadores de justicia (incluyendo jueces, juezas, fiscales y defensores públicos) y de seguridad sobre los derechos humanos de las personas LGBTI.
- Los Estados tienen el deber de reconocer la identidad de género como un derecho protegido por la Convención, como una medida para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans, 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.
- Los Estados tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como toda forma de abuso policial, incluyendo la adopción de protocolos y directrices dirigidos a los agentes encargados de hacer cumplir la ley, así como la capacitación y sensibilización sobre derechos humanos, orientaciones sexuales e identidades de género no normativas, cuerpos diversos, y los derechos de las personas LGBTI.¹⁵¹
- Los Estados tienen el deber de diseñar e implementar políticas y programas para eliminar la estigmatización, los estereotipos y la discriminación contra las personas LGBTI o aquellas percibidas como tales. En particular, adoptar medidas comprensivas para promover el respeto a los derechos de las personas LGBTI y la aceptación social de la diversidad de orientaciones sexuales, identidades de género y las personas que se ubican fuera del binario hombre/mujer, o cuyos cuerpos no

¹⁵¹ Cfr. Comisión IDH (2015). “Violencia contra personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”. OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36 12 noviembre 2015. Original: inglés. Disponible en: <https://bit.ly/35g0lkm>





coinciden con el estándar socialmente aceptado de los cuerpos masculino y femenino.¹⁵²

- Los Estados deben asegurar las condiciones necesarias para que se habilite un ambiente de asociacionismo y espacio cívico sólido y efectivo entre personas LGBT, con propósitos comunes, incluyendo la generación de programas de empoderamiento de las personas LGBT.

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

Sobre este particular, hemos de tomar como consideración general, que la Convención Americana protege uno de los valores más fundamentales y consustancial a la persona, esto es la dignidad humana. La dignidad es entendida como principio y como derecho fundamental oponible *erga omnes* como expresión del interés colectivo de la comunidad internacional, cuya limitación, restricción, derogación o suspensión, es inadmisibles en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁵³

Bajo este tenor y al corriente del principio de interdependencia de los derechos humanos, este equipo arribó a la convicción que, las obligaciones especiales que tienen los Estados respecto de las necesidades médicas especiales de personas trans privadas de la libertad y, en particular, de ser el caso, respecto de quienes deseen iniciar o continuar con su proceso de transición, se relacionan con los deberes generales de respeto, garantía y adopción de medidas señalados en el artículo 1.1 y 2 del Pacto de San José, respecto de los derechos a la Vida (artículo 4.1. de la CADH), la Integridad Personal (artículo 5 de la CADH), Protección de la Honra y de la Dignidad (Artículo 11 de la CADH), Libertad de Pensamiento y de Expresión (Artículo 13 de la CADH), Protección a la Familia (Artículo 17 de la CADH) y el derecho de Igualdad ante la Ley (Artículo 24 de la CADH), cuyo desarrollo evolutivo ha sido amplio y profundo en el estrado de este Alto Tribunal.

En este sentido, esta representación resalta que esta Magna Magistratura ya expuso con anterioridad que, el *“derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar su propia personalidad, aspiraciones,*

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ Cfr. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Opinión “sobre el alcance del derecho a la identidad”, resolución CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, párr. 12, y Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 123.





*determinar su identidad y definir sus relaciones personales*¹⁵⁴. Adicionalmente, la Corte IDH también ha expresado que “[e]l concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior”.¹⁵⁵

Si bien es cierto, el derecho de toda persona a solicitar un cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto percibida, constituye un factor que facilita la determinación de la unidad penitenciaria a la que debe ingresar una persona LGBT privada de libertad tomando en cuenta su identidad de género, no es menos cierto que estas variables no son absolutamente independientes al tenor de la realidad que enfrentan estas personas respecto de los obstáculos de *facto* y de *jure*, que les impiden acceder a la prestación y suministro de bienes y servicios que son una condición *sine qua non* del derecho a la salud.

Así pues, es menester de este equipo recordar que, el Estado, en su posición de garante de los derechos y libertades fundamentales de sus habitantes, se encuentra en la obligación de garantizar que todas las personas -de manera indiscriminada-, sea dentro o fuera del contexto de la privación de la libertad, disfruten del más alto nivel posible de salud física y mental, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.¹⁵⁶ De esta forma, los Estados tienen el deber de adoptar medidas especiales encaminadas a garantizar que estas condiciones, bienes y servicios lleguen a las personas colocadas en situación de vulnerabilidad y en su caso, adoptar medidas que satisfagan sus necesidades especiales de garantía y protección de sus derechos.

En este sentido, este equipo ha razonado que, si bien, el deber de “[...] *generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan*”¹⁵⁷, constituye un deber general, el Estado debe implementar un enfoque diferenciado al momento de la adopción de las medidas destinadas a generar estas condiciones, pues como se ha dicho, se trata de

¹⁵⁴ Cfr. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 Solicitada por la República de Costa Rica 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)

¹⁵⁵ Cfr. Cfr. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 149; Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 194, y Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, párr. 200.

¹⁵⁶ Ibid., Cfr. *Principio No. 17*

¹⁵⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125





personas y grupos con necesidades particulares que, finalmente, si no son satisfechas, están siendo privadas por parte del Estado de sus derechos humanos, ya sea por acción u omisión. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.¹⁵⁸

Bajo esta línea, hemos de referirnos a los principios de Yogyakarta, particularmente, al Principio 17. C, el cual reconoce que los Estados se “[...] *asegurarán que los establecimientos, productos y servicios para la salud estén diseñados de modo que mejoren el estado de salud de todas las personas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género; que respondan a sus necesidades y tengan en cuenta sus singularidades, y que las historias clínicas relativas a estos aspectos sean tratadas con confidencialidad*”¹⁵⁹.

Asimismo, el principio 9. B habla explícitamente de la salud reproductiva y la terapia correspondiente, expresando que en cumplimiento de sus obligaciones estatales se “[...] *proveerán 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*”.¹⁶⁰

En el marco de esta aspiración, y como ya lo hemos expresado en este escrito de mérito, la Corte Interamericana ya ha señalado que, el cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 (derecho al nombre), pero también por los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada) de la Convención Americana (*supra*).

En este contexto el Estado tiene las siguientes obligaciones especiales respecto de las necesidades médicas especiales de personas trans privadas de la libertad y, en particular, respecto de quienes deseen iniciar o continuar con su proceso de transición:

- Los Estados deben reconocer públicamente que, el derecho de las personas trans a adecuar su imagen con la identidad de género auto percibida, es un asunto de salud pública y un deber jurídico propio.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Principios de Yogyakarta, Op. Cit., Principio No. 17. literal C.

¹⁶⁰ Ibid., Principio No. 9 literal B.





- Los Estados deben desarrollar políticas institucionales en relación a las personas trans y mecanismos para su aplicación y monitoreo.
- Proveer tratamiento médico y de enfermería en condiciones comparables con aquellas disfrutadas por pacientes en la comunidad exterior.¹⁶¹ En atención al supra referido principio de equivalencia de la atención médica.¹⁶² En otras palabras, los Estados que aún no garantizan ni aseguran el derecho a solicitar un cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto percibida y demás derechos reconocidos en el marco de la decisión emanada en la Opinión Consultiva No. 24/2017, deben adoptar medidas para asegurar a todas las personas trans, -ya sea en contexto de privación de la libertad o no- gocen de tales derechos, de modo que, en efecto extensivo, estas medidas estén disponibles en el catálogo de prestación y suministro de bienes y servicios de salud ofrecidos en los centros penitenciarios para las personas trans privadas de libertad que deseen iniciar o continuar con su proceso de transición.
- Los Estados deben asegurar que, la prestación y suministro de bienes y servicios de salud incluyan como mínimo: **a)** Planes de información, formación y autocuidado para personas trans privadas de libertad que deseen iniciar o continuar con su proceso de transición. Estos servicios educativos y de información deben tener un enfoque de derechos humanos e interseccional; **b)** Oferta de servicios integrales de salud, incluyendo la atención de la salud mental y nutricional, que incluyen servicios de consejería, promoción de grupos de apoyo, inclusión de la familia, entre otros; **c)** Disponibilidad de los servicios y suministros de salud indispensables para que las personas trans privadas de libertad que deseen iniciar o continuar con su proceso de transición, accedan a ellos sin obstáculo alguno.
- Los Estados deben asegurar que los servicios y suministros de salud cumplan con los estándares mínimos de accesibilidad, asequibilidad, aceptabilidad y calidad.

161 Cfr. Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C 312, párr. 189.

162 Apud. Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos Inhumanos Crueles y Degradantes. Tercer Informe General de Actividades durante el período del 1 de enero a diciembre de 1992. 4 de junio de 1993, párr. 39; En el mismo sentido: TEDH. Caso Kudhobin v. Russia. Resolución de 6 de octubre de 2006, párr. 56.





- Los Estados deben adoptar leyes de identidad de género que reconozcan el derecho de las personas trans a rectificar su nombre y el componente sexo en sus certificados de nacimiento, documentos de identidad y demás documentos legales.
- Los Estados deben asegurar que los mecanismos para que las personas trans privadas de libertad que deseen iniciar o continuar con su proceso de transición, cumplan con los requisitos señalados por esta honorable Magistratura en la reciente Opinión Consultiva supra referida.

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

El derecho a las visitas íntimas de las y los privados de libertad debe ser interpretado atendiendo al carácter evolutivo de los derechos humanos. De esta forma, estas visitas no deben ser entendidas u otorgadas dentro del marco restrictivo del término *visitas conyugales*, pues la utilización de tal expresión, de acuerdo con la misma exégesis de su composición, denota la relación jurídica que prima entre los partícipes de tal unión¹⁶³.

En virtud de dicha prerrogativa, el término *visitas íntimas* engloba una lectura progresiva de los derechos humanos, en tanto, no supedita la realización del encuentro del detenido o detenida con su pareja a que esta deba demostrar que es su cónyuge por estar unidos/as en matrimonio o ser su compañero/a permanente de hogar, sino que, en su lugar, comprende todas las otras posibilidades existentes en torno a la forma en la que desee relacionarse el interno o interna en su esfera privada¹⁶⁴. Al respecto, esta Alta Magistratura ha establecido que la orientación sexual de una persona y las conductas que se despliegan de ella son parte integral de la personalidad de todo ser humano y un factor importante para su autodeterminación y su plan de vida.¹⁶⁵

En esa línea, es preciso destacar que, en su oportunidad, la Corte Constitucional de Colombia determinó que el derecho a la visita íntima para las personas privadas de libertad no puede estar supeditado ni ser objeto de ningún tipo de discriminación, en

¹⁶³ Sobre este particular, véase hacer mención que la Corte IDH en el caso *Atala Rifo y Niñas Vs. Chile*, acuñó la posición del TEDH, en cuanto al concepto de familia y vida familiar, estableciendo que: “[...] la noción de “vida familiar” abarca a una pareja del mismo sexo que convive en una relación estable de facto, tal como abarcaría a una pareja de diferente sexo en la misma situación”.

¹⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-002/18*.

¹⁶⁵ Corte IDH. *Caso Atala Rifo y Niñas vs. Chile*. Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 139, citando Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Clift Vs. Reino Unido*, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 57. En el mismo sentido véase CIDH, *Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas*. 17 de septiembre de 2010, párr. 111.





especial respecto a la orientación sexual de la persona privada de libertad solicitante¹⁶⁶. En el mismo sentido, respecto a las personas LGBT privadas de libertad, la Comisión Interamericana ha considerado que este derecho debe ser garantizado por los Estados en cada uno de los centros penitenciarios o de detención y que su prohibición configura una intervención arbitraria por parte del estado, y consecuentemente, una violación directa al contenido del artículo 11.2 de la CADH, el cual, se extiende a la protección de la autonomía sexual, siendo ésta una parte esencial de la intimidad de la persona.¹⁶⁷

En ese orden de ideas, el derecho a las visitas íntimas se encuentra ligado a derechos fundamentales como la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, la unidad familiar, la vida privada y la sexualidad¹⁶⁸, por lo que, su ejercicio debe analizarse y garantizarse principalmente en dos etapas. La primera, donde la visita íntima busca tutelar el derecho a la vida privada y familiar de las y los privados de libertad; y, la segunda, en la que el derecho tutelado por el acceso a la visita íntima incluye acumulativamente el derecho a la salud y a la sexualidad, sin discriminación de ninguna clase.¹⁶⁹

Por todo lo anterior, este equipo jurídico tiene a bien establecer como medidas especiales y mínimas a adoptar por los Estados para garantizar el derecho de visitas íntimas a las personas LGBT privadas de libertad, las siguientes:

- Realizar un diagnóstico exhaustivo sobre las condiciones y los riesgos de vulnerabilidad del Sistema Penitenciario en relación al derecho de acceso a visitas íntimas de las personas LGBT.
- Promover e implementar programas de sensibilización y capacitación dirigidos a funcionarios y directivos del sistema Penitenciario, custodios/as, jueces, y demás autoridades y personal que en el ejercicio de sus funciones tengan cualquier tipo de relación con esta población.
- Diseñar, adoptar e implementar protocolos para la concesión de las visitas íntimas al interior de los Centros de Detención y Centros Penitenciarios, que

¹⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia Caso 499-03*.

¹⁶⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 122/18, Caso No. 11,656*. Fondo (publicación). Marta Lucía Álvarez Giraldo. Colombia. OEA/Ser.L/V/II.169. 5 de octubre de 2018, párr. 34.

¹⁶⁸ *Ibidem*, párrs. 84, 94, 95, 142, 185

¹⁶⁹ Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe. *Opinión Técnica Consultiva No. 003/2013. Visitas íntimas para las personas privadas de libertad en Panamá*. Pág. 3.





disminuyan los riesgos de abuso e injerencias arbitrarias en el procedimiento, en estricta observancia de los principios de igualdad y no discriminación.

- Adoptar dentro de las legislaciones nacionales de cada Estado el derecho a la visita íntima como un derecho que instrumentaliza, por un lado, la realización del derecho a la vida privada y familiar, y, por otra parte, el derecho a la sexualidad y el más alto nivel de salud física y mental¹⁷⁰.
- Garantizar el acceso a atención médica de índole sexual y reproductiva de manera individualizada para la realización de evaluaciones regulares, la práctica de exámenes y la atención de consultas a todas las personas LGBT que reciban visitas íntimas, así como a sus respectivas parejas, en aras de dotar a las y los privados de libertad de los medios necesarios para el mantenimiento de una vida sexual sana. Asimismo, es imperativo que, a la luz de este deber, se asegure el acceso a los medicamentos y tratamientos a los que haya lugar por recomendación de las y los profesionales del área de la salud.
- Implementar programas para la capacitación y formación tanto a las autoridades y personal penitenciario, como a las personas privadas de libertad, sobre las medidas de atención preventiva en materia de salud reproductiva, inclusive en relación con el VIH y demás enfermedades de transmisión sexual, tomando en consideración los problemas de salud propios de cada una de las personas en relación con su identidad de género y orientación sexual.
- Determinar de manera objetiva y razonable la frecuencia y horarios específicos para la realización de visitas íntimas, para cada uno de las y los privados de libertad miembros de la comunidad LGBT. En ese sentido, los Centros Penitenciarios deberán tener disponibilidad de recursos materiales y humanos para supervisar el cumplimiento de este derecho, atendiendo a los estándares de derechos humanos y velando por el bienestar de las y los privados de libertad y sus respectivas parejas¹⁷¹.
- Sobre la base del principio de progresividad de los derechos humanos e igualdad y no discriminación, los centros de privación de la libertad deben disponer de espacios adecuados destinados a la realización de visitas íntimas entre personas LGBT, independientemente del sexo y/o género con el que se identifiquen las personas que participen de las mismas. Esto, con el objeto de prevenir y

¹⁷⁰ *Op. Cit.* Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe. *Opinión Técnica Consultiva No. 003/2013. Visitas íntimas para las personas privadas de libertad en Panamá.* Pág. 11.

¹⁷¹ En este sentido, consultar la legislación vigente en la materia de la República Oriental de Uruguay y la República Argentina. Asimismo, consultar las recomendaciones de la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe, *Opinión Técnica Consultiva No. 003/2013. Visitas íntimas para las personas privadas de libertad en Panamá.*





combatir cualesquier injerencia arbitraria por parte de las autoridades penitenciarias en la vida privada, la integridad personal y la autonomía y libertad sexual de la población LGBT privada de la libertad.

- Corolario a lo anterior, la visita íntima deberá de realizarse bajo condiciones dignas, seguras y libres de violencia, que garanticen privacidad, seguridad, higiene y salubridad, mobiliario y espacio suficiente, acceso a agua potable y acceso al uso de preservativos.
- ➔ Reglamentar la imposición de sanciones objetivas, razonables y proporcionales para las autoridades y/o el personal penitenciario que por cualquier motivo no justificado o discriminatorio obstaculice la consumación de visitas íntimas entre personas LGBT. En función de lo anterior, será precisa la habilitación de mecanismos y procedimientos garantes del debido proceso para la interposición y tramitación de quejas o denuncias tanto por parte de las personas LGBT que consideren vulnerado este derecho, como de oficio por el personal penitenciario que tenga conocimiento de una violación al mismo.

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

En consonancia con lo establecido en la sección 3.4 del presente acápite, es preciso atender esta interrogante planteada por la Comisión IDH recalcando, en primer lugar, que la obligación estatal de registrar los diferentes tipos de violencia que afectan a las personas LGTB en el contexto de privación de libertad se erige también como una medida que cumple una labor coadyuvante en cuanto a la prevención de estos actos de violencia. En ese sentido, este equipo jurídico es del criterio que el registro de todo acto de violencia que se suscitare dentro de los recintos penitenciarios constituye una obligación de carácter general, indistintamente de la identidad de la persona que sea perjudicada en su ejecución.

No obstante, hemos convenido la pertinencia de que, atendiendo a la situación particular de las personas LGTB en los centros penitenciarios, los Estados se vean compelidos en todo momento a:

- ➔ Construir una base de datos lo suficientemente amplia como para poder registrar las modalidades de ejecución, parámetros temporales y espaciales de recurrencia y el resto de características fenomenológicas de los actos de violencia con el ánimo de identificar los contextos y situaciones que propician su realización en perjuicio de las personas LGTB. En ese sentido, se deben adoptar las siguientes acciones en el marco de esta base de datos:





- Dejar constancia, en los formularios de registro común de actos de violencia, de la identidad particular de las personas LGTB. De modo que, se entrelace el reconocimiento formal (a través de la ley de identidad que hemos mencionado supra) a las prácticas penitenciarias. Esta praxis contribuirá a combatir la invisibilidad que se ha adjudicado a los actos de violencia que se cometen en perjuicio de las personas LGTB. Esto, más allá de implicar cualquier grado de segregación en el registro, reafirma la identidad de estas personas y hace posible el ejercicio de procesos especializados que responden al libre desarrollo de la personalidad jurídica. De aquí que, se hace viable la activación oportuna de medidas de investigación reforzadas.
- Realizar un detalle circunstanciado y exacto de los hechos: modo, lugar, fecha, hora y actores implicados.
- Establecer de forma clara y precisa el tipo de violencia que se hubiere sufrido. En ese sentido, es necesario que previamente se hayan conocido y reconocido los diferentes tipos de violencia a la que pueden ser sujetas las personas LGTB.
- Constatar la implicación o complicidad de cualesquiera agentes estatales que, habiendo estado en la capacidad de prevenir el acto de violencia o debiendo de haberlo estado, no se aprestaren a hacerlo cesar -ya sea por omisión o aquiescencia-. Y posteriormente, aplicar las sanciones administrativas o penales correspondientes. Las políticas y prácticas administrativas a nivel penitenciario deben ser inequívocas acerca de que la complicidad del personal en la ejecución de cualquier abuso o acto de violencia física, sexual, psicológica, o de otro tipo; y con respecto a la falta de respuesta oportuna a los miedos o incidentes de violencia o acoso, a través de la sanción de las medidas disciplinarias o penales correspondientes.¹⁷²
- Certificar de manera puntual, el procedimiento seguido para la satisfacción de los principios de la debida diligencia una vez que se hayan conocido los hechos. Así, se debe llevar una bitácora de todo proceso administrativo o penal que se pudiese derivar de los actos de violencia.
- Desarrollar un banco de datos correlativo a la base de datos correspondiente a los actos de violencia, en el que se almacenen los datos de contacto de los y las profesionales del Derecho que asisten a cada una de las personas privadas de libertad, así como de un contacto de emergencia. De forma que se establezcan redes de comunicación que permitan la interposición oportuna

¹⁷² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2009). *“Manual sobre Reclusos con necesidades especiales”*. Disponible en: <https://bit.ly/34f06vV>





de las acciones legales que se pudieren derivar de los actos de violencia. Y en cuanto a las personas LGTB, se debe reconocer (siempre que se hayan adoptado las reformas legislativas necesarias) el derecho a que sea su pareja quien figure como contacto de emergencia y no necesariamente un familiar consanguíneo.

- ➔ Capacitar al personal penitenciario para aplicar una metodología de monitoreo y recopilación de información que sea propicia para la implementación de una debida diligencia estricta o reforzada. De forma tal, que se intensifiquen la aplicación de los principios de la debida diligencia, particularmente los de oficiosidad, oportunidad, competencia y exhaustividad. Así, por ejemplo, cuando se alegue violación se deberá recolectar evidencia física de la violación de inmediato. Dependiendo de la violencia cometida, deberá ocurrir un procedimiento disciplinario interno o un juicio penal externo, que implique la recolección de evidencia física, entrevistas con testigos e interrogación de sospechosos. El cual, deberá ser empleado y dirigido por el personal especialmente capacitado para tratar temas de violencia contra las personas LGTB.
- ➔ Garantizar la participación de la sociedad civil en el monitoreo de los actos de violencia que acaecieren en los centros de reclusión, asegurando especialmente el involucramiento de las y los familiares de las personas LGTB privadas de libertad, y de aquellas organizaciones no gubernamentales que se involucran en la defensa de los derechos de estas personas. En ese sentido, deben establecerse mecanismos de cooperación entre estos actores para permitir la reacción y acompañamiento oportuno.
- ➔ Establecer protocolos de atención médica con personal capacitado y especializado en temas de violencia contra personas LGTB. Y en la medida de lo posible, se deberá velar por la inclusión de personas LGTB en el andamiaje estatal penitenciario, con la intención de promover la representatividad.
- ➔ Visibilizar los patrones estructurales de violencia en perjuicio de las personas LGTB, tanto en su vida en libertad como en el contexto de privación de la libertad, con el único objetivo de hacer conciencia y sentar precedentes disuasivos en la materia; evitando en todo momento la revictimización de estas personas. Para lo cual, será necesario que existan redes de colaboración entre el Estado y las personas de la comunidad LGTB que se encuentren dispuestas a hacerlo.
- ➔ El personal penitenciario deberá estar capacitado para implementar procedimientos específicos en casos de ataque sexual, para detectar señales de temor y depresión entre personas homosexuales, bisexuales y transexuales





recluidas; y asegurar que reciban protección inmediata y ayuda cuando sea necesario. El personal deberá estar dispuesto a escuchar las preocupaciones y quejas de dichas personas y tomar estas quejas con la debida seriedad y compromiso. También deberán ser capacitados para detectar señales de tendencias suicidas, y enviar a las y los reclusos a los servicios de apoyo psicológico cuando sea necesario.¹⁷³ Todo lo anterior, deberá informarse tanto a la dirección de los centros penitenciarios como a las y los familiares de la persona LGTB agraviada, su representante legal, organizaciones no gubernamentales y cualquiera otra interesada; a través de informes mensuales debidamente detallados.

- ☉ Poner a disponibilidad de las personas LGTB privadas de libertad un mecanismo efectivo, accesible y confidencial de quejas. Al igual que al resto de la población penitenciaria, las personas LGTB deberán poder quejarse por abusos o temor a abusos, sin arriesgarse a represalias por parte del personal u otras personas reclusas. Sus quejas deberán recibir respuesta rápida y efectiva. Las víctimas o potenciales víctimas de abuso deberán ser colocadas de inmediato en una posición en la que se proteja su seguridad y, si ya ha ocurrido el abuso, la persona LGTB agraviada deberá tener fácil acceso a cualquier tipo de atención médica que requiera. Sobre este particular, es necesario que, de conformidad a las particularidades y gravedad de la situación de violencia, se evalúe la necesidad de segregar *temporalmente* a la persona LGTB que ha sido violentada mientras se realiza la investigación; procurando primordialmente que los espacios comunes y habituales de convivencia carcelaria estén exentos de estos actos de violencia. Lo cual, a su vez, implica la adopción de más medidas preventivas que vuelvan innecesarias las medidas correctivas.

Aunado a lo anterior, es imprescindible que las sanciones disciplinarias que pudieren emanar de estas denuncias estén acompañadas de garantías, de modo que se certifique que todas las personas LGTB puedan interponer sus denuncias de manera fácil y efectiva, sin riesgo a sufrir represalias.

De lo anterior, se sustrae la obligación de que se adopten mecanismos de prevención como:

- Inspecciones independientes y un manual de control sobre los procedimientos disciplinarios utilizados;
- Registros adecuados de denuncias;

¹⁷³ *Ibíd.*





- Métodos constantes de socialización de los reglamentos que funcionan a nivel interno del establecimiento penitenciario, que le permita a la persona privada de libertad mantenerse informada del funcionamiento del centro;
 - La debida separación de categorías y, que en cada una de estas áreas se tenga en todo momento el personal adecuado para cada categoría, que le permita al detenido o detenida, ejercer con facilidad su derecho de denuncia contra los agravios que pudieren sufrir estando privadas de libertad, para luego ser remitidos efectivamente y resueltos por la autoridad competente con la mayor celeridad posible¹⁷⁴.
- ☞ Educación y capacitación constante del personal penitenciario para que cuenten con los conocimientos necesarios que les permitan identificar oportunamente aquellas acciones que podrían constituir actos de violencia en contra de las personas LGTB, para así, registrar acertadamente sus elementos y circunstancias.
- ☞ Contratar personal que cuente con factores profesionales y personales importantes que sean compatibles con los criterios que establecen las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos¹⁷⁵:
- Integridad.
 - Humanidad.
 - Aptitud personal (especialmente en lo que se refiere a la aptitud hacia la diversidad de género y el multiculturalismo).
 - Capacidad profesional de este personal dependiendo de la dirección de los establecimientos penitenciarios.
 - Tener la condición de empleados públicos y por tanto la seguridad de que la estabilidad en su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de la eficacia de su trabajo y de su aptitud física.

Esto, con el propósito de que todo aquel personal que interactúe con las personas LGTB que eventualmente hayan sido agraviadas para registrar los

¹⁷⁴ Universidad Tecnológica Centroamericana.(2016). *Análisis de las condiciones de privación de libertad para LGTBI y la inclusión de enfoques diferenciados en la normativa penitenciaria*. CEUTEC. Julio 2016, pág. 76. Disponible en: <https://bit.ly/34iFCTm>

¹⁷⁵ Organización de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas sobre el Tratamiento de Reclusos, Regla No. 46.





hechos ocurridos, sea capaz de otorgarles un trato con una visión humanista e inclusiva.

- Evitar la suplantación de la autoridad penitenciaria, de forma que ninguna persona que de igual manera se encuentre privada de libertad podrá desempeñar la facultad disciplinaria como un empleo, es decir, una persona que se encuentra privada de libertad no podrá ser sancionada o disciplinada por otra con la misma calidad, sin menoscabo de aquellas actividades de orden social, educativo o deportivo que sean confiadas dentro del centro penitenciario a las personas reclusas. En ese sentido, ninguna actividad de registro de los actos de violencia podrá ser encomendada a la propia población penitenciaria, sin perjuicio de que puedan establecerse redes de colaboración con las y los privados de libertad con el objeto de prevenir y combatir los actos de violencia que se efectúen o pretendan efectuar en menoscabo de la integridad personal de las personas LGTB.

4. Sobre las personas indígenas

4.1. Derechos involucrados

En lo referente a las personas indígenas privadas de libertad, y al tenor de las interrogantes planteadas por la ilustre Comisión IDH, este equipo jurídico es del criterio que, *prima facie*, se puede aseverar que entre los derechos principalmente involucrados en el análisis a desarrollar se encuentran: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la vida, integridad personal, protección a la honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y expresión y el derecho de igualdad ante la ley, reconocidos en los artículos 3, 4, 5, 11, 12, 13 y 24 de la CADH, respectivamente. Asimismo, sirviéndonos de una interpretación evolutiva, hemos de traer a colación algunos preceptos contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante “DPPI”) y en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante “Convenio 169”).

Al extraer la esencia de las interrogantes que son objeto de la presente Solicitud de Opinión Consultiva, nos es posible construir la discusión que nos convoca sobre la base del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica contemplado en el artículo 3 de la Convención Americana. De forma tal, que este precepto convencional constituye el génesis de los razonamientos aquí expuestos. Esto, es congruente con la visión que comprende que “sobre este derecho está la base misma de la noción de sujeto de derecho, lo que determina su *existencia efectiva* ante la sociedad y el Estado y que le





permite ser titular de derechos y de obligaciones, ejercer sus derechos así como de tener *capacidad de actuar*”^[176] A¹⁷⁶¹⁷⁷

En definitiva, el derecho a la personalidad jurídica es el mecanismo mediante el cual se potencia el pleno desarrollo de la dignidad humana de cada una de las personas, aún de aquellas que se encuentran en un contexto de privación de la libertad. En consecuencia, es menester para los Estados asegurar que el Sistema Penitenciario se encuentre formal y materialmente diseñado para procurar que cada una de las personas sujetas a su cuidado y administración realmente puedan continuar experimentando las posibilidades de trascendencia humana que la vida en libertad les ofrece. No obstante, este deber estatal no puede, bajo ninguna circunstancia, considerarse absoluto. Por lo cual, su extensión y alcance se limita, por un lado, al cumplimiento de los fines de readaptación, reinserción y rehabilitación que debería caracterizar el funcionamiento de todo Sistema Penitenciario; y por otra parte, al respeto y garantía de los derechos humanos de carácter inderogable. Y esto es, proveer las condiciones mínimas de dignidad humana sin las cuales se vuelve inconcebible la subsistencia de toda persona.

Sobre esta línea de pensamiento, es importante recalcar que las personas y comunidades indígenas han sido históricamente colocadas en una situación especial de vulnerabilidad, propiciada por la falta del reconocimiento de su personalidad jurídica, que se traduce en la imposibilidad del ejercicio pleno de su identidad cultural y por tanto, de su propia dignidad humana. Es así, que en la mayoría de los países de nuestra región es posible identificar patrones sociales de discriminación racial, cultural y étnica, que ubica a las personas y comunidad indígenas en un plano de inferioridad frente al resto de la sociedad. Estos obstáculos impuestos por la sociedad misma en la vida en libertad, se ven alimentados y reforzados por la falta de actuación estatal.

Aunado a lo anterior, es menester recalcar que el ejercicio de la identidad cultural, además de ser un derecho de todo ser humano, es también una necesidad. El apego y la construcción del imaginario colectivo, el ADN cultural, el constructo de identidad y del tejido social, son una necesidad que no puede ser suplida de ninguna otra forma para un ser humano que no sea sino ejerciéndolo. Y al verse limitado este ejercicio se afecta directamente la construcción interna y colectiva de las personas indígenas y sus comunidades.

En este orden de ideas, y considerando que los establecimientos carcelarios expresan en mayor medida las realidades de nuestras sociedades, hemos de convenir

¹⁷⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada, p. 100.

¹⁷⁷ Corte IDH. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 18. Disponible en: <https://bit.ly/37uhhna>





que estos patrones de discriminación directa e indirecta son aún más perceptibles bajo el contexto de privación de la libertad. De ello, y de la suma de otros atributos identitarios que casuísticamente se podrían interseccionar, resulta la condición de vulnerabilidad agravada que naturalmente caracteriza a las personas indígenas en este contexto.

Bajo este tenor, es necesario apuntar que los procesos de aculturación a los que son sometidas las personas indígenas que viven en libertad, les acometen con mayor firmeza en el contexto de privación de la libertad. Así, la incompreensión de la identidad propia de estas personas por parte del Estado y del resto de la población carcelaria se transfigura en actos de discriminación, marginación y violencia; cuya presencia ha sido reiterada y permanente las cárceles de nuestros países, de forma tan preocupante que en ocasiones ha conllevado a la negación de su propia identidad por parte las personas indígenas, quebrantando así cualquier sentido de pertenencia a sus comunidades.

En consonancia con lo antes dicho, del análisis del contenido y alcance del derecho a la personalidad jurídica de las personas indígenas privadas de la libertad, se erigen un sinnúmero de obligaciones estatales, pues, en virtud del *efecto dominó* de los derechos humano sería posible concatenar todos los derechos protegidos en la CADH, así como también otras disposiciones contenidas en la DDPI y el Convenio 169. No obstante, este equipo jurídico es del criterio que este alcance abstracto del derecho podría significar una carga imposible para los Estados, por lo cual, es indispensable para los efectos de este trabajo, delimitar con precisión los derechos que se involucran para articular este mínimo de condiciones de dignidad al que inicialmente referimos.

En lo que a las costumbres, rituales y alimentación de las personas indígenas se refiere, es oportuno precisar que los actos de estigmatización y discriminación comúnmente representan obstáculos sustanciales para el respeto y garantía del derecho a la protección de la honra y la dignidad, el derecho a la libertad de conciencia y religión, y eventualmente, del derecho a la integridad personal y vida de las personas indígenas en este contexto.

Con respecto al derecho a la protección de la honra y dignidad hemos de circunscribir su implicación en el debate actual, a lo preceptuado en el artículo 4.1 de la Convención Americana. Es decir, el respeto a la honra y dignidad en sentido estricto. Sobre lo que esta Honorable Corte IDH ya reconoce que “términos generales, se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”.¹⁷⁸ Y al considerarse que las costumbres, rituales y en ocasiones, la alimentación, constituyen aspectos esenciales sobre los que se construye la identidad de las personas indígenas, es indispensable que los Estados tomen las

¹⁷⁸ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193. párr. 57.





medidas necesarias para mantener incólume este derecho, tanto desde lo concerniente a la autopercepción como lo relativo a la percepción ajena.

Asimismo, lo anterior se relaciona directamente con el derecho que tienen las personas indígenas de conservar y profesar su espiritualidad en la forma en que sus costumbres lo demandan y las condiciones carcelarias lo permitan. En ese sentido, la conservación de la conciencia y religión/creencias indígenas, constituye una obligación de no hacer para los Estados, en tanto deben abstenerse de establecer impedimentos para la efectividad de estos procesos de conservación cultural; y una obligación de hacer, en cuanto a que deben deconstruir cualesquiera patrones sociales de discriminación o estigmatización que promuevan la aculturación de estas personas. Por otra parte, la profesión de estas creencias puede significar serios desafíos obligacionales que deberán irse superando progresivamente y de forma relativa a las capacidades económicas y funcionales del Sistema Penitenciario de cada Estado en particular. Pues, podrían abarcar desde la apertura de espacios temporales de conexión espiritual, hasta la construcción de espacios físicos que lo permitan.

De esta construcción del derecho al libre desarrollo de la personalidad que asiste a las personas indígenas se derivan el derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura y el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, contenidos en los artículos 8.1 y 11.1 de la DDPI respectivamente. Todas estas afirmaciones que expresan atributos intrínsecos de la esencia humana de las personas indígenas podrían derivar en la puesta en peligro del derecho a la vida en su arista de vida digna y proyecto de vida siempre que no se efectúen acciones positivas por parte del Estado.

Aunado a lo anterior, se entabla una interacción ostensible entre el derecho a la personalidad jurídica y el derecho a la integridad personal cuando existan pueblos indígenas que basan sus dietas alimenticias en cuestiones espirituales de trascendental importancia. Sin embargo, todo lo anterior no estará en ningún caso orientado a buscar establecer privilegios en favor de estas personas, sino más bien a colocarles en una situación de igualdad de derechos y oportunidades frente al resto de la población penitenciaria. Lo que excluye del espectro de obligaciones estatales todas aquellas exigencias de naturaleza irracional o antojadiza.

Paralelamente, en lo que atención médica corresponde, es posible identificar la interacción del derecho a la integridad personal, el derecho de la autonomía de la voluntad (como manifestación del derecho a la autodeterminación) y el proyecto de vida, en torno al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Sobre este particular, este equipo jurídico es del criterio que la no adopción de acciones positivas de contenido preventivo y reactivo por parte del Estado podría originar una problemática sin soluciones visiblemente factibles. Esto es, la





convergencia entre el derecho a la autonomía de la voluntad de las personas indígenas y la obligación que tiene el Estado de proteger la integridad personal y la vida de estas personas. Y es que, en determinadas circunstancias una persona indígena podría negarse a recibir un tratamiento médico oportuno por considerar que este contraría sus creencias. Esta problemática ha sido abordada por tribunales como la Corte Constitucional de Colombia.¹⁷⁹

Empero, es precisamente a través de la implementación de estas medidas con enfoque diferenciado, que serán convenientemente expuestas en las siguientes líneas, que pretendemos edificar un marco de obligaciones que nos prevengan de vernos en la riesgosa necesidad de decidir cuál derecho debería primar y bajo qué contextos. Habida cuenta que esta discusión ameritaría inclusive en debate alrededor del carácter vinculante del derecho al “proyecto post-vida” al que ya se ha referido en algunas ocasiones este Ilustre Tribunal Interamericano.¹⁸⁰

Desde esta óptica, nos limitaremos entonces a dilucidar algunas medidas encaminadas a promover la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad de la atención médica que podrían recibir las personas indígenas privadas de la libertad, con una perspectiva diferenciada que atienda las exigencias de su cosmovisión dentro de lo posible.

En cuanto a los programas que se desarrollan a nivel interno del centro penitenciario y a las medidas sancionatorias que eventualmente podrían verse sometidas las personas indígenas, identificamos la vinculación del derecho a la libertad pensamiento y expresión con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Esto, a su vez, se relaciona con el derecho que tienen los pueblos indígenas a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación alguna, contemplado en el artículo 16 de la DDPI.

Lo anterior, en el contexto de privación de la libertad, implica que los Estados adopten medidas eficaces para asegurar que los medios de información carcelarios reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Pues, el idioma materno, representa -entre otras cosas- la seguridad de comunicación para el ser humano, no amenaza derechos de terceros y constituye la forma más clara y concreta de comunicación y “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente, porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”.¹⁸¹

¹⁷⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-214-97 del 29 de abril de 1997. Recuperado de: <https://bit.ly/3kjeKYG>

¹⁸⁰ Corte IDH. *Caso de Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

¹⁸¹ Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Op. Cit., párr. 171.





Así las cosas, hemos de considerar que la imposición de sanciones cuyo contenido sea ininteligible para la lengua materna de las personas indígenas podría incluso tergiversar el derecho de acceso a la justicia, en cuanto se distorsiona el derecho a recurrir la decisión estatal por medio de la cual se llegase a sancionar a una persona perteneciente a una comunidad indígena.

De igual forma, es pertinente fijar la interrelación entre el derecho de integridad personal y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como bienes jurídicos que se encuentran en riesgo frente a la posibilidad de experimentar frecuentemente actos de violencia en el contexto de privación de la libertad. En virtud de lo que los Estados han de verse compelidos a tomar medidas para comprender la cosmovisión de estos pueblos, de tal forma que les sea posible visibilizar las acciones que podrían significar actos de violencia física, psíquica o moral para estas personas. Para posteriormente, accionar para prevenirlos y erradicarlos.

Finalmente, todo lo *supra* expuesto deberá comprenderse a la luz del contenido del derecho de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 24 de la Convención Americana. Sin embargo, como ya se ha referido en el abordaje de la pregunta general, las medidas explicadas a continuación visualizan la igualdad como derecho autónomo (art. 24 de la CADH) y como principio o cláusula subordinada (art. 1.1 de la CADH).

A manera de corolario, es menester de este equipo jurídico reiterar que lo desarrollado en esta sección no es absoluto, pues de ser así podría generar una carga imposible¹⁸² para los Estados, por lo que dichas medidas se deberán implementar de forma progresiva, sin ignorar el principio de no regresividad. Esto aún y cuando existe una cierta discrecionalidad para los Estados en relación a la adopción de medidas, pues estas se encuentran condicionadas al principio *pro homine*¹⁸³, entendiéndolo como la prohibición de realizar una acción que genere un menoscabo a los derechos humanos.

Partiendo de esta breve consideración jurídica, a continuación se desarrollarán con mayor especificidad las preguntas formuladas por la Respetable Comisión Interamericana en la solicitud objeto del presente escrito, exponiendo una serie de directrices con un enfoque diferenciado para las personas indígenas.

¹⁸² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 245. Véase asimismo, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*, Op. Cit., párr. 155 y 166.; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123; y *Caso Familia Barrios Vs. Venezuela*, Op. Cit., párr. 123.

¹⁸³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2011). “*Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad, El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano*”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 9, No 2, p. 557. Disponible en: <https://bit.ly/34f1te3>





4.2. ¿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?

Tal y como se refiere en la sección que antecede, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas indígenas enfrenta grandes desafíos, tanto formales como materiales. En ese sentido, es evidente que la inviolabilidad de las cualidades inherentes a la identidad de las personas indígenas es prácticamente inconcebible bajo los panoramas y contextos de discriminación actuales; aún y cuando se encuentran en libertad. Toda vez que no puede mantenerse impoluta una esencia que no ha sido debidamente reconocida, tanto por el Estado como por la sociedad misma. Así, la libertad individual y colectiva de quienes pertenecen a comunidades indígenas se encuentra fuertemente limitada. Cuestión, que termina por agravarse al extrapolar la discusión al ámbito carcelario.

Bajo esta consideración, y a la luz de todo lo expuesto en la sección anterior, este equipo jurídico es del criterio que los Estados tienen las obligaciones que a continuación se enumeran de forma taxativa pero no restrictiva, al pretender atenuar la situación de desigualdad que agobia las realidades de las personas indígenas en el contexto de privación de la libertad:

- Crear una base de datos en la cual se detallen de forma profunda y oportuna la procedencia étnica, el origen socio-cultural y las prácticas ancestrales a nivel religioso y gastronómico de las personas indígenas que ingresen a los centros penitenciarios. De manera tal, que el tratamiento individualizado que debe caracterizar todo proceso de reclusión comprenda y se apegue, en la medida de lo posible, a la cosmovisión de estas personas en particular.
- Crear programas, tanto a nivel de personal administrativo como del resto de la población penitenciaria, que promuevan la erradicación del racismo y la discriminación. De forma tal, que a través de procesos educativos e informativos se permita difundir el valor y contenido de la identidad cultural de las personas indígenas que guarden reclusión en cada recinto penitenciario.
- Realizar las adiciones, correcciones o implementaciones legislativas que se requieran para que exista un enfoque interseccional y multicultural en la Ley del Sistema Penitenciario Nacional de cada uno de los Estados, a fin de crear un entorno jurídico correcto para el respeto de los derechos individuales y colectivos de las personas indígenas privadas de la libertad.
- Integrar, en la medida de lo posible, a personas indígenas que sean profesionales o acrediten la experticia suficiente en distintas áreas del conocimiento, en los procesos de tratamiento penitenciario, a fin de recabar información verificable,





legítima y contrastable relacionada a los elementos de identidad y de construcción cultural de cada una de las personas indígenas, para garantizar y asegurar el correcto trato y uso de sus idiomas, costumbres y religiones.

- Integrar traductores e intérpretes en los Centros Carcelarios y Penitenciarios, considerando que, las y los privados de libertad pertenecientes a pueblos indígenas que sean monolingües, es decir, que solo dominen su lengua materna; logren tener un mejor entendimiento de la coyuntura penitenciaria, y a la vez, tengan la posibilidad de participar activamente de la vida común dentro de los centros penitenciarios. Asimismo, esto habilita la posibilidad de que se presenten quejas o denuncias en el idioma o la lengua nativa de estas personas.
- Garantizar, dentro de lo posible, que la forma de presentación personal de los y las privados de libertad pertenecientes a pueblos indígenas, siga fuertemente vinculada según su cosmovisión, en cuestión de su identidad cultural (vestimenta, cabello y accesorios); tomando en cuenta que, es comúnmente conocido que la expresión de la cultura indígena encuentra en la vestimenta y en los trajes típicos un componente especial, que se relaciona profundamente con su identidad personal. La prohibición del uso de trajes típicos indígenas puede constituir, por lo tanto, un tipo especial de discriminación interpersonal.¹⁸⁴
- Implementar actividades recreativas y de oficio con las cuales los pueblos indígenas logren sentirse identificados con sus culturas, de forma tal, que sus asignaciones laborales fortifiquen y preserven su identidad cultural. Para ello, es preciso que los Estados se informen oportunamente de las actividades laborales y de recreación que sean viables de realizar en el contexto de privación de la libertad y que podrían contribuir al mantenimiento del derecho al proyecto de vida. Y así, asignar únicamente oficios que reafirman la construcción de la identidad individual y colectiva de estas personas.
- Apertura, de conformidad a las capacidades económicas de cada Estado, de centros de reclusión penitenciarios que se encuentren ubicados en las aproximaciones a la localidad de origen de estas personas indígenas que permitan preservar el lazo de cercanía cultural y social que caracterizan sus relaciones. De no ser posible, es necesario que se considere el lugar de donde provienen para asegurar que sean asignadas a los centros de reclusión más cercanos a su comunidad.
- Procurar que las personas pertenecientes a un mismo pueblo indígena puedan convivir de forma cercana, con el objetivo de coadyuvar al reforzamiento y

¹⁸⁴ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2003/90/Add.2 10 de febrero de 2003.





sostenimiento de sus lazos culturales; teniendo presente en todo momento distanciar aquellos cuyo grado de peligrosidad sea mayor.

- La atención psicológica de los Centros Carcelarios y Penitenciarios, debe contar con el apoyo y la guía de las comunidades indígenas, orientando así cualquier atención espiritual y emocional que ellos requieran; estando íntimamente relacionado con el ejercicio de su religiosidad.
- En la medida de lo posible, los Estados deben de tener en cuenta la dieta alimenticia de los pueblos indígenas, con el fin de no perjudicar su cosmovisión, teniendo presente que, la alimentación que se brinde en los centros penitenciarios debe ser de buena calidad y debe aportar un valor nutritivo suficiente.¹⁸⁵
- Se deberán tomar medidas en la creación de acciones progresivas, encaminadas a la creación de espacios físicos dentro de los Centros Carcelarios y Penitenciarios, que sean utilizados para la libertad de culto o religión de los pueblos indígenas.¹⁸⁶
- Introducir dentro de la convivencia espacios culturales y artísticos, donde se fomente el conocimiento de las tradiciones (danzas y cantos) concerniente a las culturas de los y las privadas de libertad que pertenezcan a un pueblo indígena.

Finalmente, los Estados deberán considerar en todo momento la adopción de cualesquiera otras medidas de naturaleza coyuntural que permitan prevenir o combatir las eventuales amenazas a la identidad cultural de las personas indígenas que se encuentran privadas de libertad. Habida cuenta, que el hecho de estar privadas de su libertad les aísla de la posibilidad de reintegrarse a su comunidad, dejando de realizar prácticas alusivas a sus culturas. Y consecuentemente, de no tomarse las acciones necesarias podría constreñirse a las personas indígenas privadas de la libertad a asumir las mismas reglas y costumbres del resto de la población carcelaria, impactando negativamente en su identidad cultural, costumbres, rituales y alimentación.

¹⁸⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 209.

¹⁸⁶ Resolución sobre “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas” el cual es el único instrumento interamericano de soft law que más se ha extendido en la consideración de la libertad de religión al proponer los principios de no discriminación religiosa (principio II) y de respeto a la identidad religiosa en la recepción de alimentos y vestido (principios XI y XII) así como una definición de libertad de religión (principio XV) y del derecho a participar en actividades religiosas (principio XXII).





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

Como hemos mencionado en los acápites anteriores, la OMS ha considerado que la salud debe entenderse como “*el derecho a un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades*”. En ese sentido, los Estados deben procurar diligentemente establecer políticas y planes de acción destinados a que todas las personas sin discriminación alguna tengan acceso a la atención de la salud en el plazo más breve posible.

Particularmente, los pueblos indígenas privados de la libertad representan un desafío importante para los Estados debido a su múltiple situación de vulnerabilidad, es por ello que es necesario el respeto y garantía de sus derechos culturales y de autodeterminación¹⁸⁷, como una medida de equiparación (y no de privilegio) que permita garantizar igualdad en la aplicación de la ley.

En ese sentido, y para garantizar la *igualdad formal* como precondition para el aseguramiento de la *igualdad material*, es menester de los Estados precisar dentro de la ley penitenciaria las medidas de acción positiva que se requieran para que los agentes del Estado encargados de la administración del centro penitenciario y en particular los encargados de la asistencia médica, tengan en cuenta la identidad de las personas indígenas al momento de brindarles asistencia médica física y psíquica. En ese sentido, es imperativo que se tomen en consideración de las particularidades culturales relacionadas a las prácticas medicinales de los pueblos indígenas dentro de la jurisdicción del Estado.

Asimismo, se demanda de los Estados la implementación de acciones afirmativas que garanticen *igualdad material* a las personas indígenas privadas de la libertad, lo que implica la ejecución de protocolos de atención médica especializados, que incluyan en cierta medida el respeto de su autodeterminación cultural y tradicional, siempre y cuando no se afecte su derecho a la vida de ninguna forma.

Bajo esta perspectiva, este equipo jurídico es de la consideración que, entre los deberes que tienen los Estados para la materialización de la igualdad en lo relativo al derecho a la salud de las personas indígenas privadas de la libertad, es oportuno precisar las siguientes:

¹⁸⁷ Will Kymlicka (1996). “*Ciudadanía Multicultural*”, Paidós, Barcelona. p. 25. Disponible en: <https://bit.ly/3kgfWw8>





- Promover un enfoque intercultural¹⁸⁸ desde un plano de igualdad y respeto mutuo que contribuya a mejorar los resultados en materia de salud y a avanzar hacia la salud universal. Por consiguiente, habrá de existir un verdadero reconocimiento de los conocimientos ancestrales y de la medicina tradicional y complementaria.
- Promover mecanismos de disseminación de información sobre etnicidad y salud, y su uso para la toma de decisiones entre el personal que labora en los centros penitenciarios.
- Impulsar acciones para capacitar al personal de salud del centro penitenciario como facilitador intercultural y generador de condiciones para el diálogo de saberes.¹⁸⁹
- Es necesario fortalecer la relación entre el sector de la salud con los líderes indígenas, teniendo en cuenta sus diferentes cosmovisiones y entendimiento de la salud y la enfermedad, entre otros, para construir con ellos desde el inicio medidas efectivas de prevención.
- Aprovechar la contribución posible de la medicina tradicional y complementaria para la salud, el bienestar y la atención de las personas indígenas privadas de la libertad, con otros sectores que conlleve una atención de salud oportuna, culturalmente pertinente y no discriminatoria.¹⁹⁰
- Es indispensable crear una base de datos sobre el origen étnico de las personas en privación de libertad, con el objeto de determinar a la población que requerirá un trato diferenciado (bajo un método inclusivo).
- Deben impulsarse acciones y políticas que erradiquen el racismo y la discriminación contra estos grupos dentro del centro de privación de la libertad; por lo que es importante contar con la información necesaria en este sentido para la toma de decisiones. Sin embargo, cuando se considera la divulgación de datos detallados sobre temas de salud que incluyen a los pueblos indígenas, es importante que no se proporcione información que permita la identificación

¹⁸⁸ De Sousa Santos, B. & Meneses, M. P. (2014). *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*. Madrid: Akal.

¹⁸⁹ Organización Panamericana de la Salud (OPS). *Política sobre etnicidad y salud (documento CSP29/7, Rev.1)* p. 5, parr. 13.

¹⁹⁰ Organización Mundial de la Salud (2013). *Objetivos de la Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2014-2023*, p. 27. Disponible en: <https://bit.ly/3m0CeSS>





individual o colectiva que genere o refuerce situaciones de estigmatización que podrían conducir a discriminación contra estas poblaciones.¹⁹¹

- Incluir la variable de etnicidad en los registros de salud para producir información relevante que permita adaptar las intervenciones a las necesidades de las distintas poblaciones en los centros de privación de la libertad.
- Fomentar la representatividad de personas indígenas en los centros de privación de la libertad como personal de asistencia médica, esto según corresponda a la realidad del país, para asegurar que la atención de salud sea culturalmente pertinente.
- Procurar en la medida de lo posible la participación de las comunidades indígenas en los procesos de atención médica, en especial de aquellos miembros que poseen conocimientos ancestrales sobre medicina tradicional, como chamanes, parteras, entre otros -se deben tener en cuenta, además, los roles de género culturalmente pertinentes en todos los aspectos relacionados con la asistencia médica-.¹⁹²
- En la medida de lo posible, los Estados deberán considerar las salidas temporales de aquellas personas indígenas privadas de libertad hacia su comunidad en caso de que según su cosmovisión su estado de enfermedad lo requiera para recobrar la salud -tomando en cuenta todas las medidas de seguridad adecuadas y siempre y cuando sea oportuno según el grado de peligrosidad-.

Finalmente es importante que los Estados tengan presente en todo momento que las medidas con enfoque pluricultural respecto al acceso a la salud de las personas indígenas privadas de libertad deben tenerse en cuenta no sólo en relación con la atención a la enfermedad, sino también en relación con la promoción de la salud y el acompañamiento de la muerte.

Bajo este tenor, los Estados deberán tener en cuenta todas aquellas prácticas culturales indígenas que estén ligadas a la salud física y mental, con el fin de prevenir la enfermedad en los reclusos provenientes de pueblos indígenas (por ejemplo, su dieta y armonía espiritual). Y asimismo, en la ley de los centros penitenciarios se deberá prever la adopción de cuidados paliativos adecuados a la cosmovisión de las personas indígenas privadas de la libertad con un diagnóstico de muerte irremediable, con el objeto de garantizar una muerte digna, y una despedida digna según los derechos de los familiares (esto requerirá la cooperación de las comunidades indígenas). Sobre esto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que el derecho

¹⁹¹ Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, Art. 5.

¹⁹² Convenio No. 169 de la OIT, Art. 25





humano a la salud no se reduce a condiciones materiales, ni a la disponibilidad de servicios, y accesibilidad de esta; sino que involucra también su adecuación cultural.¹⁹³

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

Es menester recalcar que desde la cosmovisión propia de las personas indígenas se erige una relación inextricable entre el ejercicio individual y colectivo de sus derechos humanos. Y al verse privadas de su libertad experimentan un desarraigo cultural que va en detrimento de su derecho a la personalidad jurídica, integridad personal y hasta su vida misma. Por lo que los Estados deben implementar medidas de acción positiva¹⁹⁴ en la implementación de actividades, programas y audiencias disciplinarias para lograr un efectivo respeto y garantía de sus derechos humanos.

En ese sentido, la implementación de actividades, programas y acciones disciplinarias debe someterse a un mínimo de condiciones que garanticen el cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos de las poblaciones indígenas privadas de la libertad; proveyendo los medios para el ejercicio de los demás derechos fundamentales de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la rehabilitación, reinserción y readaptación).¹⁹⁵

Así, se exponen a continuación una serie de medidas que los Estados deberán implementar de forma progresiva en lo concerniente a los programas y acciones de oficio y disciplina, de manera tal que estos mantengan un enfoque pluricultural lo suficientemente amplio como para prevenir la vulneración de los derechos humanos de la población indígena recluida:

- En cuanto a los programas o actividades de resocialización que se implementen en los centros penitenciarios se deberán tomar en cuenta las particularidades culturales de la población indígena, con el objeto de que estas no generen un impacto de aculturación, sino más bien permita el libre desarrollo de su propia personalidad según su cosmovisión. En ese sentido, las autoridades penitenciarias

¹⁹³ CESCR, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACIÓN GENERAL 14.”, p. 8, párr. 27. Disponible en: <https://bit.ly/2TcGwdx>

¹⁹⁴ Comisión IDH. “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. Recuperado de: <https://bit.ly/2TcQ2xf>

¹⁹⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-023 de 2010.





deberán realizar un análisis exhaustivo de la identidad cultural de las personas indígenas que se encuentren privadas de libertad, con el objetivo de determinar cuáles son los programas y actividades de oficio o recreación que mejor contribuyen a reafirmar la construcción cultural individual y colectiva de estas personas. Bajo este tenor, todas las actividades que se realicen en el marco de los planes de readaptación, rehabilitación y reinserción social deben reconocer las particularidades tanto de la persona en su individualidad como también aquellas que sean propias de la vida en comunidad a la que se pretende reinsertar.

- Se deberán plantear programas de resocialización intra y extramural con enfoque diferencial para la población indígena.
- Reconocer el trabajo indígena en las cárceles como parte del proceso disciplinario para redención de sanción, y facilitar a través de funcionarios penitenciarios el ingreso de materiales para producción de artesanías.
- Las medidas disciplinarias en todo momento deben estar dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad sin que dichas medidas constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, que pongan en grave peligro la salud física o mental de las personas indígenas en privación de la libertad.
- Los Estados tienen la obligación de asegurar que en los centros de privación de la libertad bajo su jurisdicción se consideren, previo a la sanción de acciones disciplinarias, los aspectos culturales y tradicionales de las personas indígenas, para que no se realice ninguna acción que para esta población suponga, según su cosmovisión, un acto de tortura.
- En las audiencias disciplinarias contra personas indígenas se deberá, en la medida de lo posible, concertar con los pueblos indígenas formas de fortalecimiento de capacidades de las autoridades indígenas para la resolución de conflictos y decisiones adoptadas, lo que implica la obligación de generar mecanismos que garanticen la entrada expedita de autoridades indígenas a los establecimientos penitenciarios.
- El Estado se encuentra en la obligación de realizar las audiencias disciplinarias en la lengua indígena de la persona recluida con el objeto de que esta entienda los motivos y sanciones, y que por lo tanto, tenga la oportunidad de argumentar según así se lo disponga, permitiéndoles presentar sus quejas y recursos en su propia lengua.
- Debe contarse con personal de seguridad penitenciario idóneo, técnico, y capacitado en temas de derecho indígena con el objeto de que estos no incurran en actos de discriminación contra la población privada de libertad de origen indígena.





- La ley de administración penitenciaria debe estipular expresamente sanciones para el personal que abuse de su autoridad realizando actos que atenten contra la autodeterminación y dignidad de las personas indígenas.
- Las requisas deben darse en términos proporcionales, razonables y de conformidad con el trato diferencial que los estándares de derechos humanos señalan, con el fin de no vulnerar su derecho de privacidad.
- Se deberá prohibir toda sanción contra las personas indígenas privadas de libertad que tenga como consecuencia la aculturación o desarraigo de su cosmovisión (como ser la prohibición de ritos religiosos, o la imposición de una dieta alimenticia en contra de sus principios culturales, entre otras).
- La ley deberá contener mención expresa del alcance de las acciones permitidas para las fuerzas de seguridad respecto a la población indígena con el objeto de que no se admitan acciones según su discrecionalidad.
- Entendiendo que el derecho a la vida para miembros de comunidades indígenas no solo implica el hecho de estar vivo, sino vivir en comunidad, de ser viable (según el grado de peligrosidad que tenga la persona reclusa) se deberán generar mecanismos para la reintegración a la comunidad para que cumplan parte de la pena en el territorio, incluyendo compromisos de no repetición por parte de los internos.

Y finalmente, respecto a todas las acciones que se decidan realizar dentro de los centros de privación de libertad se deberá previamente, en la medida de lo posible, organizar encuentros interculturales dirigidos a quienes administran o aplican la ley y a las autoridades relacionadas con el cumplimiento y supervisión de la pena, orientados a la garantía efectiva de derechos, basados en el concepto de constitución multicultural, que proteja tanto derechos individuales como colectivos de la población indígena.

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

Es inevitable no enfatizar, que las personas más vulnerables a ser víctimas de actos de violencia dentro de los Centros Carcelarios y Penitenciarios, son las personas pertenecientes a pueblos indígenas, llevando consigo el factor del racismo y la discriminación; simbolizando así una minoría dentro de los Centros¹⁹⁶, convirtiéndose

¹⁹⁶ Reglas de Brasilia, Op. Cit., Sección 2a.- Beneficiarios de las Reglas. Pertenencias a Minorías, p. 9.





en esencia propensas a todo tipo de violación a sus derechos fundamentales e inherentes.

En definitiva, las formas en que se ha desarrollado la dinámica penitenciaria en nuestros países -caracterizada por omisiones estatales que refuerzan los patrones de discriminación que las personas indígenas experimentan en su vida en libertad- ha propiciado la invisibilización de sus identidades culturales. Generando así, una oportunidad para el incremento de la violencia dentro de los Centros Carcelarios y Penitenciarios en perjuicio de las personas indígenas.

De este modo, y como ya es de conocimiento para esta Honorable Corte, se ha demostrado que existen patrones estructurales de violencia que se originan sobre la base de la discriminación. Así, vemos una menor calidad en los espacios asignados, la clasificación y permanencia en instituciones de mayor seguridad que la necesaria, segregación no oficial de ciertos grupos étnicos y su distribución en dormitorios o celdas con condiciones menos favorables, procedimientos diferenciados de revisión, y acceso limitado a educación, salud y programas penitenciarios; para las y los privados de libertad de los pueblos indígenas.¹⁹⁷

Cualquier acto de violencia ejercido hacia las personas indígenas, conlleva arraigadas secuelas que pueden llegar a afectar su identidad cultural y su conexión espiritual con su cultura y comunidad; afectando de igual manera su estado físico como mental. Asimismo, *“la falta de cumplimiento [del deber de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y garantizar que la manera y el método de privación de libertad no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención] puede resultar en una violación de la prohibición absoluta contra tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En ese sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplen con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respetan la dignidad del ser humano”*.¹⁹⁸

Los Estados deben de ser los garantes de la protección física y mental de las y los privados de libertad, estando en la obligación de no hacer de su tiempo dentro de los Centros Carcelarios y Penitenciarios, una experiencia traumatizante; que dañe el reintegro de estas personas a su comunidad, logrando así que lleguen a alejarse de su identidad cultural, sus tradiciones y su calidad humana en construcción.

¹⁹⁷ENODC Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2009), Op. Cit., pp. 60 - 61.

¹⁹⁸Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C 169, párr. 88.





Desde esta perspectiva, las obligaciones particulares que tienen los Estados para la prevención de todo acto de violencia respecto a las personas indígenas que estén el/la privado/a de libertad, va concurrido de manera irrestricta a la manera de operar, sancionar y capacitar tanto al personal como a las y los privados de libertad de los Centros Carcelarios y Penitenciarios:

- Es de vital importancia tomar medidas de capacitación adecuadas, dentro del contexto sociocultural, que sensibilicen su situación personal y cultural; con el fin de generar un ambiente disoluto de discriminaciones, tomándose las mismas por el personal penitenciario y las y los privados de libertad, siendo o no pertenecientes algún pueblo indígena.
- Introducir programas mensuales de experimentación cultural, que sean alusivos a todas las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas; y todo lo relacionado a representación de sus culturas, generando inclusión e interacción dentro de los Centro Carcelarios y Penitenciarios.
- Dentro de lo posible, se deben de realizar estrategias de integración y diversificación, de modo que se logre ir erradicando todo acto de violencia que pueda ser incitado desde el racismo y la discriminación, tanto por el personal penitenciario y las mismas personas privadas de libertad, siendo o no procedentes de un pueblo indígena.
- Los Estados están en la obligación de sancionar de manera justa e inmediata a toda persona (sin distinción de cargo), que ejerza cualquier acto de violencia a toda persona que esté privada de su libertad y en este caso los de mayor estado de vulnerabilidad, como ser las personas pertenecientes a los pueblos indígenas.
- Dentro de lo posible, se deben de realizar estrategias funcionales que vayan contribuyendo a la realización efectiva de los programas de sensibilización sociocultural, para que dentro de ella definan cómo usar las habilidades y los recursos que posean de manera eficiente en cada uno de los programas; logrando así, tener resultados positivos.
- Los Estados deben regular permanentemente los actos de violencia cometidos por el personal penitenciario, para de esa forma llevar un control de si estos incrementan o disminuyen, y así, ir implementando las medidas de mitigación necesarias.
- Los Centros Carcelarios y Penitenciarios deben de garantizar que efectivamente se lleve un control detallado sobre objetos o instrumentos, brindando así, una detallada guía sobre los registros de reclusos y celdas, así como sobre el uso legítimo de instrumentos de coerción física en línea con la necesidad de garantizar





la seguridad en las prisiones y respetar la dignidad inherente a las personas privadas de libertad.¹⁹⁹

- En todo Centro Carcelario y Penitenciario, al aplicarse las medidas disciplinarias, no tiene que verse distinción ni discriminación entre las personas pertenecientes a pueblos indígenas y los demás privados de libertad que no pertenezcan a dicha población.
- Realizar estudios periódicos a las y los privados de libertad de los pueblos indígenas sobre su estado mental y físico, en temas de actos de violencia, considerando de esta manera el daño tanto psicológico, espiritual como también el daño su identidad cultural, por haber sido propensa/o a dichos actos movidos por la discriminación del personal penitenciado como los demás privados de libertad.

¹⁹⁹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Op. Cit.





VI. CONCLUSIONES

- ➔ Para garantizar el carácter inmaculado de la igualdad -entendida como principio de ordenación y como derecho autónomo- es necesario que existan medidas concretas que traspasen la formalidad de la norma y vuelvan asequible la pervivencia de la igualdad en la realidad.
- ➔ El contenido de los artículos 1.1 y 24 de la CADH sí justifican la adopción de medidas con enfoque diferenciado que contribuyan a equilibrar la experiencia de igualdad de las personas pertenecientes a los grupos *supra* analizados, sin embargo, estas acciones afirmativas o positivas deben sustentarse sobre argumentos *de jure* y *de facto* que sean suficientes para elucidar la objetividad y razonabilidad de las mismas en cada caso en particular. De manera, que la sola condición de pertenencia a un grupo social en particular no es suficiente para predicar la compatibilidad entre cualesquiera medidas con enfoque diferenciado y la pretensión de igualdad, por el contrario, deben concurrir efectivas conductas o prácticas discriminatorias que las justifiquen.
- ➔ En la actualidad, la incompatibilidad imperante entre las condiciones carcelarias y las particularidades sustanciales que derivan de los factores biológicos y la función reproductiva propios de la mujer, es una realidad que amerita la adopción de medidas progresivas con enfoques diferenciados. En virtud de esta prerrogativa, la implementación gradual de acciones encaminadas a proporcionar un trato acorde con las necesidades especiales de las mujeres embarazadas, en posparto y lactancia, implica a su vez, la materialización del compromiso de garantizar los derechos humanos sobre la base del principio de igualdad y no discriminación.
- ➔ El derecho a la salud de las mujeres privadas de libertad en condición de embarazo, posparto y lactancia, deberá de garantizar un estado completo de bienestar físico, mental y social, atendiendo a sus circunstancias especiales. En virtud de ello, los Estados deberán de adoptar todas las medidas en materia de alimentación, vestimenta y acceso a la asistencia médica y psicológica necesarias al interior de los Centros Penitenciarios, para salvaguardar la dignidad humana, el derecho a la vida, a la integridad y a la salud de la mujer privada de libertad, y del feto o bebé, en su caso.
- ➔ El alcance del derecho de acceso a la información de las mujeres privadas de libertad en condición de embarazo, posparto y lactancia, deberá de ser garantizado atendiendo a su carácter integral. En ese sentido, los Estados deberán de procurar la toma informada de decisiones por parte de las internas, sobre cualquier cuestión relativa a su condición, bajo el principio de consentimiento informado, a fin de fomentar la autonomía individual de la mujer privada de libertad sujeta de dichas características.





- ➔ El cambio de nombre, la adecuación de la imagen, así como la rectificación a la mención del sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad, para que estos sean acordes a la identidad de género auto percibida, es un derecho protegido por el artículo 18 como correlato de los artículos 3, 7.1 y 11.2 de la Convención Americana. Si bien, esta es una medida de observancia general, no es menos cierto que, la adopción de estas resuelve en gran medida el asunto en cuestión.
- ➔ Los Estados tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para asegurar las condiciones de respeto y garantía del derecho de toda persona a solicitar un cambio de nombre, adecuación de la imagen y rectificación de la referencia al sexo o género, en los registros y en los documentos de identidad para que sean acordes con la identidad de género auto percibida.
- ➔ Es imprescindible que los Estados realicen la adecuación pertinente en sus ordenamientos jurídicos correspondientes a la administración de los centros penitenciarios, con el fin de adecuar sus prácticas en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que se traduce a la necesidad de implementar diálogos multiculturales que garanticen la participación efectiva de representantes de los pueblos indígenas en todo el proceso previo a la entrada en vigor de las nuevas disposiciones normativas.
- ➔ Los Estados tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva que consideren y reconozcan las costumbres y prácticas culturales de las personas indígenas con el ánimo de corregir y prevenir cualquier tipo de discriminación y menoscabo a los derechos humanos de dicha población, lo que requerirá una previa identificación y estudio de casos de la población indígena privada de la libertad.
- ➔ Se requiere urgentemente que los Estados en coordinación con las comunidades indígenas definan protocolos de actuación multicultural en los centros de privación de la libertad que atiendan a las particularidades de cada grupo con el objetivo de velar por el respeto de su autodeterminación según su cosmovisión siempre que sean consideradas necesarias para la garantía de su dignidad e integridad personal.





VII. BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina Jurisprudencial del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

1.1. Casos Contenciosos de la Corte IDH

- *Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 2012.
- *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.
- *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C 169.
- *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.
- *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1996. Serie C No. 52.
- *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C 312.
- *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre del 2006. Serie C No. 151.
- *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de marzo de 2006. Serie C 146.
- *Caso Comunidad Indígena Xàkmok Kàsek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C 214.
- *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C 125.
- *Caso de Comunidad Moiwana vs. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C No. 359.
- *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.
- *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.





- *Caso Familia Barrios vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2011. Serie C 237.
- *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C No. 215.
- *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.
- *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
- *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.
- *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- *Caso I.V. Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C 329.
- *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.
- *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de enero de 2006. Serie C No. 141.
- *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.
- *Caso Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140
- *Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 201. Serie C No. 250.
- *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- *Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.
- *Caso Niñas Yean y Bossico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.





- *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111
- *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.
- *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de mayo de 2011. Serie C. no 225.
- *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.
- *Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de septiembre de 2012. Serie C No. 248.
- *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C 350.
- *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
- *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

1.2. Opiniones Consultivas de la Corte IDH

- Corte IDH. “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- Corte IDH. “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.
- Corte IDH. Opinión Consultiva OC- 16/99, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Serie A No. 16.
- Corte IDH. “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 05.
- Corte IDH. “*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*”. Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Corte IDH. “*Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*”. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 04.





- Corte IDH. *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Serie A No. 8.

1.3. Informes de la Comisión IDH

- Comisión IDH (2015). *Acceso a la Información, violencia contra las mujeres y administración de justicia en las Américas*. Disponible en: <https://bit.ly/37ppocX>
- Comisión IDH (2019). *Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos*. Disponible en: <https://bit.ly/35ibEy4>
- Comisión IDH. Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso 12.502. Karen Atala e hijas. Chile. 17 de septiembre de 2010. Disponible en: <https://bit.ly/3m8BxXJ>
- Comisión IDH. Informe No. 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de Enero de 2001. Disponible en: <https://bit.ly/3kofhIY>
- Comisión IDH. Informe No. 73/00, Caso 11.784, Marcelino Hanríquez et al vs. Argentina. Disponible en: <https://bit.ly/2HscL5H>
- Comisión IDH. *Informe No. 80/15. Caso 12.689. Fondo. J.S.C.H y M.G.S.* México. 28 de octubre de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/2Tc9yKr>
- Comisión IDH. *Plan Estratégico 2017-2021*. OEA/Ser.L/V/II.161, Doc. 27/17, 20 de Marzo 2017. Disponible en: <https://bit.ly/37solJ7>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *El Derecho de acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano*. Disponible en: <https://bit.ly/31rU1KQ>
- Comisión IDH. Resolución AG/RES. 2602 (XL-O/10), *Derechos Humanos, Orientación Sexual, e Identidad de Género* de 8 de junio de 2010.
- Comisión IDH (2019). *Situación de los derechos humanos en Honduras*, OEA/Ser.L/V/II. Disponible en: <https://bit.ly/31umPT6>
- Comisión IDH. (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.2. Disponible en: <https://bit.ly/3m9OD7b>
- Comisión IDH (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. Disponible en: <https://bit.ly/351E9e3>

2. Libros, Revistas y Artículos de Investigación

- Aída Figueroa Bello (2012). *Aproximaciones teóricas de la igualdad en la normativa Constitucional española*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la





Universidad Nacional Autónoma de México, Revista Mexicana de Derecho Constitucional No. 26. Disponible en: <https://bit.ly/37s8uKL>

- Anne Bayefsky (1990). *“El principio de igualdad o no discriminación en el Derecho Internacional”*, traducción del Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, p. 3. Título original: Bayefsky, Anne, “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, Human Rights Law Journal, Vol. 11, Nº 1-2, 1990. Disponible en: <https://bit.ly/2Tcan5Z>
- Antonio Serrano González (1985). *“El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, en Lorenzo Martín Retortillo (1985). *“De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Zaragoza, Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho. Disponible en: <https://bit.ly/3km3Xgp>
- Barbara Hudson (2003). *“Understanding justice”*. Segunda Edición. Buckingham & Philadelphia: Open University Press.
- Cecilia Medina Quiroga (2003). *“La Convención Americana: teoría y jurisprudencia Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial”*. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Daniel Vásquez, 2018. *“Test de Razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie Estudios Jurídicos no. 287. Disponible en: <https://bit.ly/31shOua>
- De Sousa Santos, B. & Meneses, M. P. (2014). *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*. Madrid: Akal.
- Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia (2002). *“Derecho Penal: Parte General”*, 2nda Ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Gerhard Leibholz (1959). *“Die Gleichheit vor dem Gesetz”*, Munich-Berlín, C. H. Beck. Primera edición, 1925.
- Gregorio Peces-Barba (1995). *“Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría general”*.
- Hans Kelsen, Norberto Bobbio y otros (1966). *“Crítica del Derecho Natural”*, introducción y traducción de E. Díaz, Madrid, Taurus.
- Humberto Nogueira Alcalá (2003). “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, Revista Ius et Praxis · Año 9 · Nº 1. Disponible en: <https://bit.ly/2TgnCCs>
- José Guadalupe de la O Soto (2016). *“El principio de progresividad de los derechos humanos en México: reseña de una sentencia judicial”*, Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública No. 22. Disponible en: <https://bit.ly/3oe183l>





- José Juan Anzures Gurría (2010). *“La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”*, Revista Cuestiones Constitucionales No. 22. Disponible en: <https://bit.ly/2FOlCyh>
- José Manuel Díaz de Valdés (2018). *“Las categorías sospechosas en el derecho chileno”*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.50 Valparaíso. Disponible en: <https://bit.ly/2HqVoSQ>
- Karla Pérez Portilla (2010). *“Más allá de la igualdad formal”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://bit.ly/3oa1N65>
- Leticia Salomón (2015). *“El manejo gubernamental de la inseguridad: descripción, impacto y resultados”*. En *Honduras Hoy: Criminalidad, acción estatal e impacto político y social*. Tegucigalpa: CEDOH.
- Liliana Ronconi, 2018. *“Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”*, Revista Isonomía no. 49, México. Disponible en: <https://bit.ly/2TgOkeu>
- María Mauersberger (2016). *“El dilema de la madre entre rejas: delincuente y mala madre, una doble culpa”*. Trabajo Social 18: 113-125. Bogotá: Departamento de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, p. 117. Disponible en: <https://bit.ly/3kibzRa>
- Matías Meza-Lopehandía, Paola Truffello G, Christine Weidenslaufer (2019). *“Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad”*, Chile. Disponible en: <https://bit.ly/37oi41c>
- Organización Mundial de la Salud. *“Recomendaciones de la OMS para la conducción del trabajo de parto”*. Ginebra. 2015. p. 4. Consultado el 9 de octubre del 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/2HkSRcY>
- Oscar Vera Casco (2016). *“El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica”*, Revista médica La Paz. Vol. 22. no. 1. Disponible en: <https://bit.ly/2T9hcFo>
- Robert Alexy (1993). *“Teoría de los derechos fundamentales”*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Rodolfo Godínez (2011). *“Negociaciones ambientales multilaterales”*, en *“Derecho internacional del medio ambiente: una visión desde Iberoamérica”*, pág. 310. Disponible en: <https://bit.ly/2HnNs53>
- Sosa Aguerre, T. (1996). *“Relación vinculante entre médico y paciente: el consentimiento”*, Sindicato Médico de Uruguay: II Jornadas de Responsabilidades Médicas. Montevideo.
- Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2011). *“Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad, El Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano”*, Centro de





Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, Año 9, No 2, p. 557. Disponible en: <https://bit.ly/34f1te3>

3. Informes, Estudios y demás Documentos Legales

- Armanda Valdés Soler, Adriana Roza Mariño. “*Guías alimentarias para gestantes y madres en lactancia: bases técnicas*”. Colombia. Disponible en: <https://bit.ly/37tz9H9>
- Carlos Alarcón Cabrera (1987). “*Reflexiones sobre la igualdad material*”, Anuario de Filosofía del Derecho, No. 4. Disponible en: <https://bit.ly/35kPtHp>
- Center for Reproductive Rights (2014). “*Marginalized, Persecuted and Imprisoned. The Effects of El Salvador's Total Criminalization of Abortion*”. New York: Center for Reproductive Rights
- CEPAL, Carmen Artigas (2005). “*Una mirada a la protección social desde los derechos humanos y otros contextos internacionales*”, Santiago de Chile. p.16. Disponible en: <https://bit.ly/3jiDCi7>
- CESCR, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud: 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CESCR OBSERVACIÓN GENERAL 14.”. Disponible en: <https://bit.ly/2TcGwdx>
- Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2003/90/Add.2 10 de febrero de 2003.
- Comisión IDH. “*Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*”. Recuperado de: <https://bit.ly/2TcQ2xf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México (2016). “*Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*”. Disponible en: <https://bit.ly/2Hk29WU>
- Comité de Derechos del Niño. Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 29 de mayo de 2013. Disponible en: <https://bit.ly/37oiR2a>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (1990. Observación General número 3, de 1990. Disponible en: <https://bit.ly/34ixxxN>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (2009). Observación General No. 20, E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009. Disponible en: <https://bit.ly/3jgV46n>





- Comité de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 24: *“La mujer y la salud”*. 2 de febrero de 1999. Disponible en: <https://bit.ly/3jpYbt6>
- Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y Tratos Inhumanos Crueles y Degradantes. Tercer Informe General de Actividades durante el período del 1 de enero a diciembre de 1992. 4 de junio de 1993.
- Comité Internacional de la Cruz Roja (2013). *Agua, Saneamiento y Hábitat en las Cárceles*. Ginebra, p. 63. Consultado el 16 de octubre del 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3m3N9eA>
- Hospital Universitario 12 de octubre (2010). *“Información y recomendaciones para embarazadas: embarazo, parto, posparto y lactancia”*, Madrid. Disponible en: <https://bit.ly/37uPr2m>
- Juan Antonio García Amado (1987). *“Problemas metodológicos del principio constitucional de igualdad”*, Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo IV, Madrid. Disponible en: Dialnet
- Karla Perez Portilla (2005). *“Principio de igualdad: alcances y perspectivas”*, México, UNAM-Conapred. Disponible en: <https://bit.ly/3kkBoQB>
- Liliana Ronconi (2018). *“Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real”*, Revista Isonomía no. 49, México. Disponible en: <https://bit.ly/34iavak>
- Ministerio de Salud (2012). *“Recomendaciones para la práctica del traslado neonatal”*. Argentina. Primera Edición. Disponible en: <https://bit.ly/37naggd>
- Montesquieu (1748). *“Del Espíritu de las Leyes”* 110 (Tecnos: Madrid 1995).
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2009). *“Manual sobre Reclusos con necesidades especiales”*. Disponible en: <https://bit.ly/34f06vV>
- Organización de Estados Americanos, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), *“Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y ‘Derecho a la Identidad’*, de 3 de junio de 2008,
- Organización Mundial de la Salud (2013). Objetivos de la Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2014-2023, p. 27. Disponible en: <https://bit.ly/3m0CeSS>
- Organización Mundial de la Salud (2018). *“Recomendaciones de la OMS para una experiencia de parto positiva”*. Consultado el 16 de octubre del 2020. Recuperado de: <https://bit.ly/2HhBXMI>
- Organización Panamericana de la Salud (OPS). *Política sobre etnicidad y salud* (documento CSP29/7, Rev.1).
- Universidad Tecnológica Centroamericana.(2016). *Análisis de las condiciones de privación de libertad para LGTBI y la inclusión de enfoques diferenciados en la*





normativa penitenciaria. CEUTEC. Julio 2016. Disponible en: <https://bit.ly/34iFCTm>

- Will Kymlicka (1996). “Ciudadanía Multicultural”, Paidós, Barcelona. p. 25. Disponible en: <https://bit.ly/3kgfWw8>

4. Sentencias de otros tribunales nacionales e internacionales

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C/015-14 del 23 de enero de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/31wyaSu>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-410/94, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <https://bit.ly/3jrI9Pr>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Kudhobin v. Russia*. Resolución de 6 de octubre de 2006.
- Tribunal Europeo de Derchos Humanos. *Case of Thlimmenos vs. Greece* (Application nº 34369/97), 6 de abril de 2000. [traducción libre]. Disponible en: <https://bit.ly/3kn4G0T>

5. Instrumentos Internacionales

- Declaración sobre la Esterilización Forzada de 2012 de la Asociación Médica Mundial y la Declaración Institucional de las Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. Glosario Libres e Iguales de Naciones Unidas. Accesible en: <https://bit.ly/3m80Byg>
- Organización de las Naciones Unidas (2011). *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes. (Reglas de Bangkok)*.
- Organización de las Naciones Unidas. (1955). Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos-Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955. Disponible en: <https://bit.ly/3jmYip4>
- Organización de los Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Organización de Estados Americanos. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*. Disponible en: <https://bit.ly/2Hm1W5J>
- Organización de Estados Americanos (1988). Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: <https://bit.ly/34mfF5l>
- Organización Internacional del Trabajo (1989). Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Disponible en: <https://bit.ly/34ms8pp>
- Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos





- Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género, (Principios de Yogyakarta) 2007.
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Brasilia, 2008.

6. Notas Periodísticas, Blogs web y Fuentes Digitales

- Comisión IDH. Comunicado de Prensa del 21 de marzo de 2005. Día Internacional para la Eliminación de las Discriminación Racial. Recuperado de: <https://bit.ly/3kjzeAt>
- Organización Mundial de la Salud (2020). “Alimentación del lactante y el niño pequeño”. OMS. Ginebra. 24 de agosto de 2020. Consultado el 16 de octubre de 2020, accesible en: <https://bit.ly/37jStX4>
- Organización Mundial de la Salud. “La OMS señala que las embarazadas deben poder tener acceso a una atención adecuada en el momento adecuado”. OMS. Ginebra. 7 de noviembre de 2016. Consultado el 12 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/31unwMm>
- Organización Mundial de la Salud (2018). “Salud mental: fortalecer nuestra respuesta”. Ginebra. 30 de marzo de 2018. Consultado el 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3lJoITE>
- Organización Mundial de la Salud (2016-2017). “¿Se pregunta por qué no está contenta tras el nacimiento de su hijo?”. OMS. Ginebra. 2017. Consultado el 15 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3nSsg7U>
- National Institute of Mental Health. *Depresión Perinatal*. Estados Unidos de América. Consultado el 15 de octubre de 2020. Accesible en: <https://bit.ly/31bRUKW>
- Royal College of Psychiatrists. “La salud mental durante el embarazo”. London. Consultado el 15 de octubre de 2020. Accesible en: <https://bit.ly/2T5f3u5>
- Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud (2016). “Intercambio de Experiencias. Parto Culturalmente Seguro”. Tegucigalpa, Honduras. Disponible en: <https://bit.ly/3dl6jUx>

7. Entrevistas realizadas por el Equipo Jurídico

- Sobre la situación de la situación de las mujeres, las personas LGTB y las personas indígenas: *Glenda Ayala*, Comisionada del Comité Nacional de Prevención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (CONAPREV).





- Sobre las mujeres embarazadas, en periodo post parto y lactantes: *Claudia Ferrari*, Ex – Privada de Libertad, Fundadora de la Asociación Paz de Superación de Honduras, Ex – Presidenta de la Asociación de Familiares de Privados de Libertad, Activista y Defensora de Derechos Humanos.
- Sobre las personas indígenas: *Erika Diego Blanco*, Mujer Garífuna, Asistente y vocalista principal del Ballet Nacional Folklórico Garífuna de Honduras, nacida en la Comunidad Garífuna de Tornabe, Tela, Atlántida; Enfermera de profesión y herbolaria garífuna.
- Sobre las personas LGTBI: *German Mendoza*, Hombre gay, Defensor de Derechos Humanos de la Comunidad LGBTI, Activista de Cattrachas en el área de investigación de muertes violentas y crímenes de odio en la zona noroccidental.



ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

El 25 de noviembre de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana o la Comisión IDH”), haciendo uso de las facultades conferidas en el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana o la CADH”), presentó ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana o la Corte IDH”) una Solicitud de Opinión Consultiva, a fin de que este Honorable Tribunal interprete los “*Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad*”.

En este marco, la Comisión IDH realiza consultas referentes a las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad, con el objetivo de enfrentar la situación de desigualdad real de grupos en situación especial de riesgo. En particular, de mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores; y niños y niñas que viven con sus madres en prisión. Con lo cual, se pretende el desarrollo de estándares obligacionales que coadyuven a que los Estados garanticen las condiciones mínimas necesarias para la plena vigencia de la igualdad formal y material en el contexto de privación de la libertad.

Es así, que de conformidad con lo establecido en el artículo 73.3 de su Reglamento, la Corte IDH invitó al Centro de Investigación y Promoción de los Derechos Humanos (en adelante “CIPRODEH o el Centro”) a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Siendo de esta manera, que la Magistrada Presidenta de este Alto Tribunal, Jueza Elizabeth Odio Benito, fijó el 05 de noviembre de 2020 como fecha límite para la presentación de dichas observaciones escritas ante esta Honorable Sede.

Bajo este tenor, el CIPRODEH decidió elaborar el presente documento de observaciones respecto de la Solicitud de Opinión Consultiva mencionada, para contribuir al desarrollo jurídico y pragmático de los derechos humanos en la región. No obstante, y sin perjuicio del enfoque interseccional que se ha pretendido otorgar a las respuestas aquí planteadas, el CIPRODEH ha delimitado el tratamiento de las medidas diferenciadas en torno a tres grupos en específico: las mujeres embarazadas, en periodo posparto y lactantes; las personas LGBT; y las personas indígenas. En ese sentido, el Centro implementó una metodología participativa para la construcción del documento y, en consecuencia, se determinó invitar a profesionales del Derecho para que voluntariamente contribuyeren a este cometido. Asimismo, con el objetivo de dotar a dichas observaciones de la suficiente legitimidad y representatividad, se conformó un equipo con personas pertenecientes a los tres grupos cuyas medidas diferenciadas son analizadas y abordadas en esta obra.

