

Índice

Presentación.-

I) INTRODUCCIÓN	4
II) OBSERVACIONES DE LA CCMDHH	10
<u>CAPITULO PRIMERO</u> MUJERES EMBARAZADAS, POSPARTO Y LACTANTES	13
<u>CAPITULO SEGUNDO</u> NIÑOS QUE VIVEN EN CENTROS DE DETENCIÓN	21
<u>CAPITULO TERCERO</u> PERSONAS MAYORES PRIVADAS DE LIBERTAD	35
<u>CAPITULO CUARTO</u> SISTEMA INTERAMERICANO	54
1) Convención Americana sobre Derechos Humanos	54
2) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales	55
3) Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas	57
4) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para)	60
5) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)	60
6) Convención sobre los Derechos del Niño	63
7.- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores	64
CAPITULO QUINTO RESPUESTAS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL	66
III) CONCLUSIONES	79
IV) RECOMENDACIONES	84

I) INTRODUCCIÓN

1.- Corresponiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, la Corte o CortelDH, su función consultiva, por mandato del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la convención o CADH), ante la solicitud de Opinión Consultiva (en adelante OC) presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la comisión o la CIDH) y en lo atinente a la protección de los derechos de personas privadas de libertad en especial situación de vulnerabilidad, como:

- * Mujeres embarazadas, en posparto y lactantes así como de
- * Niños y niñas que viven en centro de detención con sus madres;
- * Personas LGBT;
- * Personas indígenas; y,
- * Adultos mayores

2.- Las observaciones van dirigidas a dar respuesta a: La pregunta general planteada en la OC en cuanto a: ¿es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas o enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias específicas no afecten la igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad, tanto a las 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? Y en caso de ser así, ¿Qué implicaciones concretas tiene el contenido de los derechos involucrados en tales artículos en el alcance de las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia?

3.- Las preguntas específicas presentadas en la OC, en dos de los grupos vulnerables:

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

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

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

- 1 ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica?
- 2 ¿Qué condiciones mínimas debe garantizar el Estado al efectuar el traslado de mujeres embarazadas, a fin de que sean compatibles con sus necesidades especiales?
- 3 ¿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?
- 4 ¿Cuál es el alcance del derecho al acceso a la información, en el contexto de privación de libertad, de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes, respecto de la información relativa a su condición especial?

En 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?

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

A la luz de los artículos 1.1, 4.1, 5, 17.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de otros instrumentos interamericanos aplicables, y del interés superior de la niñez:

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

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

Sobre las Personas mayores

A la luz de los artículos 1.1, 4.1, 5, 17.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de las disposiciones de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y de otros instrumentos interamericanos aplicables:

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

1. ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para asegurar el derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal en los centros de detención, por parte de las personas mayores privadas de libertad?
2. ¿Cuáles son las obligaciones estatales en materia de atención médica y psicológica a personas mayores privadas de libertad? En particular, ¿qué deberes tiene el Estado de cuidados paliativos que puedan requerir estas personas?
3. ¿Qué medidas deben adoptar los Estados para asegurar que las personas mayores privadas de libertad tengan contacto exterior con su familia?
4. ¿Cuáles son los deberes específicos de los Estados para garantizar a estas personas su plena reinserción social?

4.- Con la venia de la Honorable Corte, Ciudadanos del Mundo por Derechos Humanos², en adelante CCMDH u organización, atendiendo la invitación a presentar observaciones para la esta Opinión Consultiva, como se dijo, las mismas se harán respecto de personas privadas de libertad referidos, a: **Mujeres embarazadas, en posparto y lactantes así como de niños y niñas que viven en centro de detención con sus madres; y, Adultos mayores** a la luz del sistema interamericano³.

5.- Para el desarrollo de estas interrogantes se hará primeramente el glosario y luego un análisis de los distintos documentos interamericanos generales y especiales, para concluir en la necesidad de enfoques diferenciados, que permitan mantener en condiciones de igualdad a estos colectivos privados

² CCMDH CIUDADANOS DEL MUNDO POR DERECHOS HUMANOS. Organización dedicada a la promoción, divulgación, protección y defensa de los Derechos Humanos. Conformada y funcionando en Venezuela desde Enero de 2018 y con sede en la ciudad de San Cristóbal, estado Táchira.

³ Comprendiendo la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Jurisprudencia de la CorteIDH

de libertad, quienes se encuentran en circunstancias de mayor vulnerabilidad como son Mujeres embarazadas, en posparto y lactantes así como de niños y niñas que viven en centro de detención con sus madres; y, los adultos mayores. Una vez; identificados los derechos involucrados habrá de desarrollarse los estándares para garantizar tanto el principio de igualdad como de no discriminación, lo que resulta de especial relevancia para su protección; y, finalmente las conclusiones a que se llegue.

6.- El glosario utilizado en esta presentación y definiciones de conceptos, que tienen que ver con los puntos específicos de las observaciones que se abordan, son:

“Discriminación”⁴: Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

“Discriminación múltiple”⁵: Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación.

No discriminación⁶ En comportamiento social, la discriminación (del latín *discriminatio*, -ōnis) es el trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, diferencias físicas, políticas, de sexo, de edad, de condición física o mental, orientación sexual, entre otros.

Es de destacar que la CIDH⁷ entiende a la igualdad y no discriminación como principio rector, como derecho y como garantía, es decir que se trata de un principio cuya trascendencia impacta en todos los demás derechos consagrados a nivel del derecho interno y del derecho internacional.

El Derecho a la Igualdad⁸ es un derecho de las personas y niños que hace referencia al reconocimiento, por parte de los Estados, del principio de igualdad efectiva⁹ y de no

⁴ **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (a-70)** Tratados Multilaterales Interamericanos y Acuerdos Bilaterales Consultada la página en 19 de octubre 2020 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Artículo 2

⁵ **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (a-70)** Tratados Multilaterales Interamericanos y Acuerdos Bilaterales Consultada la página en 19 de octubre 2020 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Artículo 2

⁶ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> Consulta 29/10/2020

⁷ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> Consultada 29/10/2020

⁸ El concepto del **derecho a la igualdad** nace en la [Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU](#) del año 1948. Esta carta asigna de este modo el mismo valor y derechos a todos los seres humanos en el **artículo 1**.

discriminación de su población, tanto en su ordenamiento jurídico como en la creación y aplicación de medidas que impulsen dicha igualdad en sus diferentes políticas públicas, actuaciones cotidianas. La igualdad del ser humano significa¹⁰ reconocer como iguales ante la ley a todas las personas y que todas disfruten de los mismos derechos sin discriminación por motivos de origen, etnia, color, género, idioma, religión y opinión política u otra condición.

7.- Ahora, en general, en relación con las personas privadas de libertad y atendiendo el contexto de extrema vulnerabilidad de algunos, aparte tomando en cuenta las condiciones deplorables de detención que caracterizan las cárceles de la región y que ha de padecer la población carcelaria, esa H. Corte, ante solicitud de la CIDH, deberá considerar el impacto desproporcionado ocasionado por la falta de protección diferenciada y proporcionar directrices para que los Estados cumplan adecuadamente con sus obligaciones, para lo cual ha de considerar las afectaciones del encarcelamiento; y, propugnar que el único derecho que se restringe con la prisión es la Libertad; aunque, en la realidad y conforme estudios e investigaciones se muestra que se les impide a los privados de libertad el goce de sus otros derechos; e incluso, se les coloca en situación de grave riesgo en su vida e integridad personal.

8.- Importante destacar para tomar en cuenta, que desde el inicio la CIDH en su solicitud advierte que para la determinación de dicho alcance, parte de la consideración de que la discriminación indirecta¹¹ a

Este derecho significa que **todo ser humano debe ser reconocido como un igual ante la ley** y disfrutar de todos sus derechos, **sin discriminación por motivo de nacionalidad, raza o creencias**. UNHCR Acnur Y: Derecho a la Igualdad. Noción Consultado 28 octubre 2020
https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_a_la_igualdad#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20igualdad,impulsen%20dicha%20igualdad%20en%20sus

⁹ Véase, inter alia, CIDH Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, Capítulo VI. Lo mismo puede afirmarse, en general, en el ámbito de la ONU, conforme a lo establecido por el Comité de Derechos Humanos: “La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos” (ONU. Comité de Derechos Humanos. Recomendación General No. 18. No discriminación. CCPR/C/37, 10 de noviembre de 1989, párr. 1).

¹⁰ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> Consulta 29/10/2020

¹¹ El Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han reconocido el concepto de discriminación indirecta. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas características determinadas.

la que se enfrentan los grupos objeto de esta solicitud deriva directamente de las condiciones de detención en que se encuentran y no de su situación de vulnerabilidad *per se*.¹²

9.- A fin de orientar estas observaciones, importa resaltar que la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación.

10.- Por su parte, la jurisprudencia de la Corte ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *corpus iuris*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.¹³

11.- Conciene al estudio de esa protección para estos grupos vulnerables privados de libertad y a los efectos de las presentes observaciones, en primer término, se delimita su noción a fin de determinar con claridad qué personas comprende cada uno; y en segundo término se analiza la normativa del sistema interamericano que corresponde, ante la necesidad de adoptar medidas o enfoques diferenciados que garantice que esas circunstancias específicas no afecten la igualdad de condiciones en relación con las demás personas privadas de libertad.

12.- Conviene delimitar el significado de los términos utilizados, a pesar de ser generales y comunes:

- **Mujeres embarazadas:** Que han resultado preñadas y cuyo lapso de embarazado va desde la concepción hasta el alumbramiento o aborto, en caso de ocurrir.¹⁴
- **En posparto:** Aquellas que han dado a luz al hijo, puede ser que haya nacido vivo o muerto, como bien que haya nacido a término o prematuro¹⁵.

¹² https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_05_19_es.pdf Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad, presentado ante la CorteIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, . en fecha 25 de noviembre de 2019. . Párrafo 6

¹³ Corte IDH, caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2016. Serie C N° 315 Párr. 109

¹⁴ CCMDH

- **Lactantes:** Tanto recién nacido como los demás bebés y hasta que se procuren su alimento con leche materna.¹⁶
- **Niño:** La Convención en su artículo 1¹⁷ y para sus efectos, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.
- **Niños y niñas que viven en centro de detención con sus madres**¹⁸: Se refiere a lactantes, infantes o niños, hayan sido concebidos dentro o fuera del penal y nacidos durante el encarcelamiento o en estado de libertad de la madre, estos últimos que tienen el derecho de acompañarla en la prisión, con base en el interés superior del niño.

13.- De igual modo concierne demarcar quienes son **adultos mayores**. Es otro de los colectivos vulnerables, tanto en libertad y más aún privados de libertad. Se le han dado distintos nombres como "Persona Mayor", "Tercera Edad", "Ancianos", entre otros. Y son aquellas personas de 60 años o más, esas edades varían en las distintas legislaciones de la región¹⁹; sin embargo, la Convención²⁰ Interamericana de Protección del Adulto Mayor establece que la ley interna determina una edad base menor o mayor pero que esta no sea superior a los 65 años.

II) OBSERVACIONES DE CCMDH

14.- Delimitados estos colectivos en condición de privados de libertad y para iniciar las observaciones se considera pertinente, a efecto de un enfoque diferenciado acorde con la protección especial que requieren, ofrecer tanto un resumen de lo estudiado sobre conceptos y situaciones particulares que abarca la pregunta general y tres de las preguntas especiales y se abordan elementos teóricos y prácticos. Luego, analizados los documentos especiales para estos colectivos y con base en lo trabajado se responden las preguntas e indican las conclusiones y recomendaciones que se aportan.

¹⁵ CCMDH

¹⁶ CCMDH

¹⁷ **Convención sobre los Derechos del Niño** Art 1 <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

¹⁸ CCMDH

¹⁹ CCMDH

²⁰ Convención Interamericana de Protección del Adulto Mayor Consultada: 31 de octubre de 2020 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

15.- Entonces, a efecto de enfoques diferenciados ha de considerarse primera y fundamentalmente el principio de igualdad y no discriminación, entendido bajo dos concepciones: “(...) una **concepción negativa** relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitrarias, y una **concepción positiva** relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de **igualdad real frente a grupos** que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados²¹.

16.- Respecto de la primera concepción, la Corte señaló que no toda diferencia de trato es discriminatoria y que es preciso establecer si la misma tiene justificación objetiva y razonable. Análisis este estricto cuando se trata de una diferencia de trato basada en una de las categorías prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención.

En cuanto a la segunda concepción, existen grupos sometidos a una discriminación histórica –debido a distintos motivos, tales como la edad, sexo, género, etnia, orientación sexual, identidad y expresión de género- que les impide ejercer sus derechos en iguales condiciones que los demás, justamente, esa situación de discriminación y exclusión histórica de un grupo en particular, implica que dicho grupo pueda ser víctima de impactos diferenciados perjudiciales de normas o prácticas que, aunque tengan apariencia neutral y no tengan una intención discriminatoria, sí lo son por sus efectos.

17.- Corresponde a los efectos de la presente OC distinguir sobre la igualdad formal y la igualdad material. La CIDH ²² ha distinguido la igualdad formal y real como distintas acepciones para comprender la protección y el goce de los derechos humanos en la región. Es decir, el sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que **avanza hacia un concepto de igualdad material o real que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas que permitan su equiparación**. Ello implica la necesidad de un trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias, la igualdad de trato suponga suspender o limitar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho.²³

²¹ Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 agosto 2012. Serie C Nº 246. Párr. 267

²² <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> Consulta 29/10/2020

²³ CIDH, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, párr. 89-99.

18.- Importante enfatizar la necesidad de **precisiones diferenciadoras entre una distinción objetiva y razonable, y una discriminación**²⁴. La CIDH ha establecido de forma categórica la diferencia que existe entre distinciones y discriminaciones. Igualmente la jurisprudencia determinó que la Convención no prohíbe todas las distinciones de trato. Las “distinciones” constituyen diferencias compatibles con la CADH por ser razonables y objetivas, mientras que las discriminaciones constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

19.- Ahora bien, las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos en situación especial de riesgos se enfrentan a efectos desproporcionadamente perjudiciales, en atención:

* A las necesidades especiales que se intensifican en prisión y derivadas de su condición particular, así como a la consecuente falta de protección diferenciada.

.....* En ocasiones estas personas pueden pertenecer a más de un grupo en situación especial de riesgo, lo que se traduce en múltiples necesidades especiales y a una mayor vulnerabilidad.

Entonces, enfoques diferenciados para su protección, a la luz de la Convención, no constituye discriminación con base en la **igualdad material o real**, que justamente parte del reconocimiento de la existencia de ciertos sectores de la población que requieren la adopción de medidas afirmativas que permitan su equiparación. Por tanto, las normas y prácticas que desconocen este impacto diferenciado ocasionan que los sistemas penitenciarios reproduzcan y refuercen patrones de discriminación y violencia presentes en la vida en libertad.

20.- En relación a enfoques diferenciados, Maldonado ²⁵ resalta que en general, según las particularidades y formas bajo las cuales los “internos” asumen y definen el desarrollo de las diversas actividades que comprende su día a día (inicio y fin de la rutina, régimen alimenticio, recreativo, laboral, etc.) suelen verse limitadas en atención a los requerimientos que demanda la organización del régimen colectivo, debiendo sujetar su desempeño vital a condiciones y dinámicas que en general son acotadas, homogéneas o estandarizadas. Con lo que quiere significar que en las cárceles –en la realidad- los privados de libertad ajustan su cotidianidad a circunstancias corrientes sin considerar diferencias como la edad, la identidad de sexo, aunque si se hace diferencia en cuanto a las mujeres, aunque tampoco

²⁴ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> Consulta 29/10/2020

²⁵ MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?” *Polít. crim.* Vol. 14, Nº 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf>] **Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?**

hay distinguos entre embarazadas, en posparto, lactantes y los niños que las acompañan en prisión. De lo que se desprende que esas situaciones precisan enfoques diferenciados.

CAPITULO PRIMERO

MUJERES EMBARAZADAS, EN POSPARTO y LACTANTES.

21.- La especial protección a la mujer embarazada se extiende al infante desde su nacimiento hasta los ocho años de edad²⁶. Las mujeres son un grupo vulnerable, con mayor o menor protección especial dependiendo de las épocas. Al principio, la diferencia de género sólo atendía la fuerza física y en otros momentos, sólo aspectos meramente sociales y de tradiciones. Empero, en la actualidad, según las feministas²⁷, las desigualdades entre ambos sexos se basa en meros aspectos orgánicos o fisiológicas; y definitivamente, no hay duda que, se trata de personas iguales, con derechos iguales y quienes no requieren de una protección especial, más que por su maternidad, y es la maternidad lo único que las distingue de los hombres, en lo demás la igualdad es evidente e indiscutible.

22.- Sin embargo, para entender el porqué de algunas protecciones especiales a través de la historia, necesario es rememorar que en la antigüedad la mujer sufrió tratos discriminatorios, vejaciones, de dominio del hombre ya fueran maridos, padres e incluso hermanos; si, fueron víctimas de discriminación, al punto que hasta no hace mucho ni siquiera tenían derecho al voto como tampoco derecho a ir a la universidad, entre otras diferencias.

23.- Ocurre que el tiempo ha hecho olvidar tanta indignidad padecida por las féminas y hoy pareciera que aquella protección especial a la mujer no tiene sentido y tal vez hoy no lo tengo mucho en algunas regiones, porque se preconiza la igualdad de género; empero hay que recordar que esa igualdad la logró la mujer con su rebeldía y sus luchas, su trabajo y estudio y desde luego su liberación del yugo masculino, que principalmente se debía a esa dependencia económica que la vejo por largos siglos, al punto de habersele tratado como persona de segunda.

²⁶ La UNICEF al respecto señala que esta fase resulta crucial para el desarrollo cognitivo, emocional y social de los niños, debido a que durante esta fase el cerebro desarrolla diferentes interacciones y conexiones neuronales, que serán definidas por lo que ocurra en sus experiencias y en su entorno. UNICEF, Desarrollo de la Primera Infancia en América Latina y el Caribe, 2019, p2

²⁷ La Real Academia Española (RAE) define el feminismo como “el principio de **igualdad de derechos de la mujer y el hombre** así como el movimiento que lucha por la realización efectiva en todos los órdenes del feminismo”. Aún así, todavía hay cierta reticencia a declararse abiertamente feminista o a apoyar esta ideología por parte de algunos grupos a causa del desconocimiento de su significado. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200305/feminismo-que-es-definicion-7876808>

24.- La historia cuenta que por siglos el patriarcado²⁸ se mantuvo en las sociedades antiguas, donde el hombre era el fuerte, quien iba a la guerra para defender sus territorios y bienes mientras la mujer se ubicaba como del sexo débil y cumplía la tarea de crianza de los hijos y la atención del hogar y es así en decir Del Pozo²⁹ como por tradición, los comportamientos y valores asociados a la masculinidad se han asentado en la violencia/agresividad/fuerza, por lo que la educación diferencial relacionada con hombres y mujeres ha podido influir en un aprendizaje social de la violencia como propiamente masculina, que además ha sido justificada en forma cultural.

25.- Ahora bien, ese involucrarse las féminas en la vida laboral y social las llevó a verse implicadas en muchas otras situaciones que antes eran propias de los hombres y –por supuesto- no escapó del mundo delincencial, por lo que también hubo de pagar condenas en cárceles. La historia patriarcal universal ha construido una fundamentación de la mujer delincuente injustamente discriminatoria e irreal, incluso en la era cristiana³⁰, donde la mujer infiel era sometida al escarnio público. La tipificación delictiva está pensada para poner límites a las conductas fundamentalmente masculinas o masculinizadas relacionadas con la violencia (Juliano, 2010).³¹ Las mujeres constituyen una minoría penitenciaria e invisibilización en la política penitenciaria regional, internacional y de la sociedad civil.

26.- Ahora bien, con el tiempo hubo la necesidad de aperturar cárceles para mujeres delincuentes y surgen algunas dificultades que diferencia su estadía en los penales y una de ellas es, precisamente, el enfrentar un embarazo ya sea que la concepción ocurra dentro de la prisión o en libertad, pero ahora sometida a prisión. Entonces, embarazadas, en posparto y lactantes forman un grupo con condiciones relativamente temporales, por tanto, transitoria la protección especial; circunstancia de temporalidad que explica el porqué la consideración y tolerancia para con ellas no es cuestionada por el resto de la población carcelaria ante un trato desigual.

²⁹ **Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional** Fecha de recepción: 2014/11/12 Fecha concepto evaluación: 2015/01/24 Fecha de aprobación: 2015/02/08 Dr. Francisco José del Pozo Serrano y Jairo Alberto Martínez Idárraga *Revista Criminalidad*, 57 (1): 9-25.

³⁰ La *pericope adulterae* o *pericopa de la adúltera* es un nombre tradicional para un pasaje famoso (pericopa) sobre **Jesús y la mujer sorprendida en adulterio** correspondiente a los versículos 7:53-8-11 del Evangelio de Juan. El pasaje describe una confrontación de Jesús con los escribas y fariseos sobre si la mujer debería ser apedreada. Con una sentencia terminante, Jesús avergüenza a los acusadores, y evita la ejecución. 20/10/2020

https://es.wikipedia.org/wiki/Jes%C3%BAs_y_la_mujer_sorprendida_en_adulterio

³¹ (Juliano, 2010).. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200006 Consulta 29/10/20/

27.- Importante resaltar que la CIDH en la solicitud de OC³² señala que, en términos generales, el trato que reciben las embarazadas y en periodo de posparto o puerperio es prácticamente el mismo que el resto de las mujeres que se encuentran privadas de libertad; y que a las carencias y dificultades generales que enfrentan las mujeres en prisión, se añaden las propias de su condición de embarazada o en periodo de posparto y que requerirían en atenciones específicas a sus necesidades. La falta de un enfoque diferenciado que atienda a su condición temporal y particular las coloca en una situación que atenta contra su vida e integridad; y, les impide el goce de sus derechos.

28.- Conviene considerar la información que asimismo presenta la Comisión en ocasión de la solicitud de OC y en relación con las mujeres embarazadas en prisión, cuando refiere que entre las principales afectaciones a que se enfrentan, destaca: i) la negligente atención médica prenatal; ii) la inadecuada alimentación en atención a la insuficiencia de los requerimientos nutricionales propios de su condición y a la escasa cantidad de los alimentos; iii) la falta de acceso a una vestimenta que, incluso, puede constituir factor de riesgo de caídas y tropiezos que pudieran lastimarlas a ellas o al feto; y, iv) colocación de grilletes durante los traslados.³³

29.- Respecto a los derechos de las embarazadas y el producto de su concepción, al menos en las prisiones de Venezuela, la atención de la salud de ambos es inexistente y según fuentes, indican que en otros países de la región existe una atención pero no es especializada durante la gestación y que a veces resulta inadecuada y escasa. Por ejemplo, los controles prenatales son escasos y hasta inexistentes; tampoco cuentan con medicación para las buenas condiciones del feto y a la madre; por tanto, la negación de una atención médica especializada, oportuna y adecuada, para prevenir complicaciones propias del embarazo pueden tener graves consecuencias que ponen en peligro la vida de la madre, como sangrados, abortos espontáneos, embarazos ectópicos y hasta muerte fetal.

30.- Otra de las preocupaciones de la CIDH en su solicitud de OC es en relación al momento en que las embarazadas en prisión entran en labor de parto y alerta que ellas se enfrentan a diversas dificultades que representan un riesgo tanto para su vida y su integridad, como para los hijos, entre las que destaca:

³² https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_05_19_es.pdf Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad, presentado ante la CortelDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, . en fecha 25 de noviembre de 2019.

³³ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_05_19_es.pdf Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad, presentado ante la CortelDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, . en fecha 25 de noviembre de 2019. . Párrafo 22.

i) la falta de reconocimiento por el personal médico penitenciario cuando comienza el trabajo de parto; ii) el parir en las cárceles en condiciones antihigiénicas y sin asistencia especializada; y, iii) utilización de grilletes. También inquieta que en el traslado al centro médico para el parto y mientras este ocurre, muy a pesar de las prohibiciones, suelen esposar a las pacientes a la cama del hospital, sin considerar las complicaciones que tal práctica pueda ocasionar al limitar su movimiento y la adopción de distintas posturas, todo lo cual pudiera conllevar a hemorragias o disminución del pulso cardíaco fetal.³⁴

31.- Si bien esta preocupación es muy justificada, porque generalmente ocurre que son esposadas a las camas del hospital también es cierto que, muy a pesar de esa condición de embarazadas, algunas son de alta peligrosidad y no solamente son peligrosas por ellas mismas sino por la posibilidad de ser liberadas por grupos criminales que aprovechan sus traslados y hospitalización. No es fácil, pues en realidad se presentan algunas situaciones de peligros o riesgos tanto para embarazadas privadas de libertad como para el personal hospitalario y la custodia encargada del traslado y cuidado en hospitales.

32.- Para continuar, concierne entender la “transversalidad de género”³⁵ –en general- como la incorporación, la aplicación del principio de igualdad de trato e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres a las políticas públicas y que se garantice el acceso a todos los recursos en igualdad de condiciones. Este concepto choca con la aspiración de trato diferencial para este colectivo. En criterio de Del Pozo³⁶ aplicado al aspecto penitenciario, requiere se planifique las políticas públicas teniendo en cuenta, aparte, las políticas penitenciarias que han de comportar el enfoque diferencial de la acción con

³⁴ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_05_19_es.pdf Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad, presentado ante la CorteIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, . en fecha 25 de noviembre de 2019. . Párrafo 26

³⁵ La idea de integrar las cuestiones de género en la totalidad de los programas sociales quedó claramente establecida como estrategia global para promover la igualdad entre los géneros, en la Plataforma de Acción adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995. Dicha Plataforma resaltó la necesidad de garantizar que la igualdad entre los géneros es un objetivo primario en todas las áreas del desarrollo social. En julio de 1997 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos:

"Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros." <https://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>

³⁶ (UNIFEM, 2006; Yagüe, 2007; Del Pozo & Peláez, 2013): <http://www.scielo.org.co/pdf/crim/v57n1/v57n1a02.pdf>

mujeres reclusas, sus características y especificidades en relación con los hombres: maternidad, infancia en prisiones, salud sexual y reproductiva, salud ginecológica, superación de las discriminaciones de género en la formación de vigilantes y personal penitenciario, entre otras.

33.- Ahora bien, este nuevo colectivo de delincuentes no comporta solo la necesidad de albergarlas en lugares cerrados para cumplir la pena sino que además emerge una nueva necesidad que proviene de su posible maternidad. Generalmente las féminas que se involucran en actividades delinuenciales son jóvenes, tal vez con hijos lactantes o infantes o quizás estén embarazadas.

34.- Ante esta nueva realidad, son numerosos los intentos para cumplir con normativa interna e internacional de una protección especial a la embarazada, madre lactante o con infantes o niños con derecho de acompañar a la madre en prisión, sin embargo no es mucho lo alcanzado. Por ejemplo en Venezuela³⁷ la única prisión para mujeres³⁸ es la Cárcel de Los Teques, considerada medianamente apta para alojar embarazadas, mujeres con hijos lactantes o con infantes. Sin embargo, si bien este centro contó con instalaciones y servicios adecuados, solo resultó útil para las reclusas con familias que residen en Los Teques, área metropolitana y otras zonas circunvecinas, más no para el cumplimiento de condenas de aquellas cuyas familias habitan en el interior, ya que los visitantes tendrían que viajar unos 800 a 1.200 kilómetros para las visitas aparte del coste de la estadía que es bastante alto y el tiempo de viaje, entre otros gastos.

35.- De lo anterior se concluye, que en el caso del ejemplo si bien el centro de reclusión femenino dispone de estructura adecuada para tener madres embarazadas, con niños lactantes o infantes sin embargo su lejanía compromete en demasía la posibilidad de las visitas familiares o de la pareja, si apenas una o dos visitas al año; y desde luego, a los niños no los llevan, precisamente, por esas largas distancias desde el hogar, haciendo nugatorio este derecho; y, lo que conlleva, al resquebrajamiento del grupo familiar primario y si son los niños quienes también están en la prisión, muy difícilmente tendrán contacto con su progenitor y otros parientes, produciéndose un distanciamiento familiar muy perjudicial.

³⁷ País sede la organización CCMDH

³⁸ Cárcel de Los Teques para Mujeres Ubicación <https://lachayota.com/carcel-de-mujeres-en-los-teques/> La penitenciaría de mujeres, también conocida como Instituto Nacional de Orientación Femenina (INOF), se encuentra en las áreas cercanas al Mercado de Guaicaipuro en Los Teques, Av. Víctor Baptista, sentido urbanización El Paso.

36.- Ante las dificultades que soportan las embarazadas y sus criaturas en prisión así como los riesgos que corren, lo conveniente –a nuestro parecer³⁹- es que el Estado reconozca que el centro penitenciario ni cuenta con una estructura física adecuada para albergarlos ni con presupuesto para satisfacer las necesidades básicas de este grupo y actuar con flexibilidad para el otorgamiento de medidas cautelares que las mantenga temporalmente fuera de prisión; pero asimismo, con la garantía que el sistema penitenciario obrara adecuada y eficazmente para el regreso a fin de terminar de cumplir la pena como también asegurar su rehabilitación y reinserción social⁴⁰.

37.- Escudriñando entre autores, el Dr. Del Pozo⁴¹ explica la necesidad de espacios abiertos que permitan satisfacer los requerimientos de encarcelamiento de estos colectivos en estudio y refiere:

Los espacios penitenciarios adecuados y abiertos son necesarios de modo especial, si estos entornos son de residencia para las y los menores que conviven con sus madres o padres, ya que los estudios nos dicen que siempre es favorable que la infancia conviva con sus progenitores en su primera etapa, siempre que no exista una alternativa mejor en el exterior (Jaffé, Pons & Rey, 1997) (aunque para ello debe existir una idoneidad en la educación y atención de los menores). Esta vinculación permite que los menores no vivan una situación traumática (Poehlmann, 2005), pero para que exista un adecuado desarrollo, debe ofrecerse un contexto de convivencia no impactante para estos menores (Jiménez Morago, 2008) y más seguro que el que dejaron fuera (Shamai & Rinat-Billy, 2008).

38.- Además, la CIDH destaca las afectaciones que se ocasionan tanto a madres privadas de libertad como a sus hijos y debido a que los sistemas carcelarios -en la región- no cuentan con medidas especiales que permitan un contacto adecuado entre la madre y el hijo que se encuentra fuera del establecimiento carcelario. Y ello, muy a pesar de estar conscientes que dicho vínculo estrecho pudiera resultar crucial para su bienestar, así como para evitar los efectos traumáticos a largo plazo que produce la separación en ambos. Al respecto, señala que mediante monitoreo realizado principalmente

³⁹ CCMDH

⁴⁰ El término reinserción según el diccionario CLAVE (1997:1571) significa “integración a la sociedad de una persona que estaba marginada de ella”. En tal sentido pareciera que mientras el individuo está privado de libertad no se encuentra en la sociedad, está alejado de ella, está recluso en una sociedad artificial que es la cárcel y cuando se habla de reinserción social lo que se busca es volver a integrarlo a la sociedad de la que fue excluido por el delito cometido, devolverlo curado a la vida en sociedad, de forma que respete las normas pautadas. <http://www.derechoareplica.org/index.php/300:la-reinsercion-social-como-politica-de>

⁴¹ **Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional** Fecha de recepción: 2014/11/12 Fecha concepto evaluación: 2015/01/24 Fecha de aprobación: 2015/02/08 Dr. Francisco José del Pozo Serrano y Jairo Alberto Martínez Idárraga *Revista Criminalidad*, 57 (1): 9-25.

a través de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, ha documentado que ese contacto se ve afectado por: i) lejanía de los centros de detención de mujeres, ii) dificultades para la realización de visitas –tales como la tramitación excesiva y las que derivan de las revisiones y requisas, y iii) ausencia de espacios adecuados y condiciones propicias para las mismas.

39.- Mientras para Del Pozo⁴², en relación a las prisiones para mujeres, aporta como referente mundial la política penitenciaria española, que articula en su normativa y tratamiento penitenciarios, además de los módulos o prisiones de madres ordinarias, tres posibilidades alternativas, pertinentes y pioneras:

a) Unidades dependientes de madres (UDM)

El Reglamento Penitenciario (RP) español (Real Decreto 190 de 1996) regula que “las unidades dependientes son unidades arquitectónicamente ubicadas fuera del recinto de los centros penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativo a su dedicación” Y añade que estas unidades suponen una gran apuesta de inclusión socioeducativa y comunitaria en medio abierto.

40.- b) Unidades externas de madres (UEM)

Estas suponen el desarrollo ambiental e infraestructural pionero del espacio materno-filial penitenciario. Se trata de una experiencia pionera en Europa. El fin principal es el mismo de las UDM, cuyo objetivo es crear un ambiente adecuado, segregando las unidades de madres de los centros penitenciarios, para que los menores puedan desarrollarse emocional y educativamente durante el tiempo que tengan que permanecer en el centro, a la vez que se favorece la reinserción social de las madres.

41.- c) Establecimiento o departamento mixto

Añade el citado⁴³ autor:

(...) El art. 16.a de la Ley Orgánica General Penitenciaria española (LOGP) establece que “los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen”, excepción que se concreta a su vez en el art. 99.3 del RP,

⁴² **Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional** Fecha de recepción: 2014/11/12 Fecha concepto evaluación: 2015/01/24 Fecha de aprobación: 2015/02/08 Dr. Francisco José del Pozo Serrano y Jairo Alberto Martínez Idárraga *Revista Criminalidad*, 57 (1): 9-25.

⁴³ **Retos del tratamiento penitenciario en Colombia: enfoque y acción diferencial de género desde la perspectiva internacional** Fecha de recepción: 2014/11/12 Fecha concepto evaluación: 2015/01/24 Fecha de aprobación: 2015/02/08 Dr. Francisco José del Pozo Serrano y Jairo Alberto Martínez Idárraga *Revista Criminalidad*, 57 (1): 9-25.

que dispone que “excepcionalmente, hombres y mujeres podrán compartir un mismo departamento previo consentimiento de unos y otras y siempre que reúnan los requisitos regulados en el cap. III del título VII RP” (Ley Orgánica 1/1979).

Asegura que excepcionalmente se ejecutan programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, establecer grupos determinados de población penitenciaria, centros o departamentos mixtos donde pueden estar destinados a hombres y mujeres.⁴⁴ La razón de ser de los centros o departamentos mixtos –actualmente uno, el de Aranjuez– se basa en dos presupuestos:

a) reagrupación familiar de matrimonios o parejas ligadas por análoga relación de afectividad, y b) para ejecutar programas específicos de tratamiento (Del Pozo & Añaños, 2013)⁴⁵, que trabajen las competencias familiares y la reinserción social.

42.- En definitiva, es preponderante una protección especial, la que no constituye discriminación alguna –en nuestro criterio-⁴⁶ por tres razones, fundamentalmente:

1) Las distinciones para estos colectivos en prisión, obedecen a factores objetivos y razonables al estar dirigidas tanto a la madre como a la criatura, protegiéndola desde antes de nacer, como lactante e infante, que requiere de cuidados de la madre y de su presencia para su crecimiento y desarrollo.

2) De manera categórica la CIDH⁴⁷ establece la diferencia entre distinciones y discriminaciones; y las “distinciones” constituyen diferencias compatibles con la Convención por ser razonables y objetivas, mientras que las discriminaciones constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.

3) Además, las distinciones basadas en factores razonables y objetivos, contenidos explícitamente en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, constituyen enfoques diferenciados y no discriminación. Por ejemplo, investigaciones⁴⁸ demuestran la importancia de la lactancia materna así

⁴⁴ Ley Orgánica General Penitenciaria española (LOGP) el art. 168 del RP señala que *con carácter excepcional, el centro directivo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16.a) de la LOGP*

⁴⁵ La Educación Social Penitenciaria: ¿De dónde venimos y ...revistas.ucm.es › index.php › RCED › article › view 15 ene. 2013 — Francisco José del Pozo Serrano Universidad Complutense de Madrid; Fanny T. ... del Pozo Serrano, F., & Añaños-Bedriñana, F. (2013)

⁴⁶ CCMDH

⁴⁷ <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-IgualdadNoDiscriminacion.pdf> Visto 31/10/2020

⁴⁸ INCIDENCIA DEL ACOMPAÑAMIENTO DE LOS PADRES EN LA FORMACIÓN DE LAS EMOCIONES DE LOS NIÑOS DE LOS GRUPOS PRE JARDÍN DEL HOGAR INFANTIL LA ALEGRÍA EN BARBOSA EN EL 2016. por: Leidy Janeth

como del acompañamiento de la madre en el proceso de desarrollo afectivo, psicológico y social de los primeros años de vida del infante; y, que aparte de ser uno de sus derechos naturales, evidentemente constituye una necesidad de la comunidad en la medida que siendo mejor la formación de un individuo social mejor será la vida de la **colectividad**.

43.- Es relevante destacar que si bien lo más favorable, aparte de un buen sistema de gobierno que permita un status social y económico que minimice el crimen, es que se atienda mayoritariamente el principio conforme al cual *“la libertad es la regla y la prisión la excepción”*. De aplicarse adecuadamente, en la región este principio, serían muchas las féminas que podrían mantenerse fuera de los muros, en su proceso de reinserción social y pago de su condena; y por tanto, sus hijos infantes no se verían sometidos a los adversos ambientes y situaciones que pudieran ser vividas en las prisiones.

44.- Por último, importa señalar que respecto a las mujeres, la legislación procesal penal venezolana⁴⁹ en cuanto a las medidas de coerción personal, entre sus limitaciones⁵⁰ determina que no podrá decretar la privación judicial preventiva de libertad de las mujeres en los últimos tres meses de embarazo, de las madres durante la lactancia de sus hijos o hijas hasta los seis meses posteriores al nacimiento; y advierte –en la parte *in fine*– que en caso de ser imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretara la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado. De seguidas se contempla el otro grupo vulnerable:

CAPITULO SEGUNDO

NIÑOS Y NIÑAS QUE VIVEN EN CENTROS DE DETENCIÓN CON SUS MADRES.

45.- Corresponde en estas observaciones considerar la especial situación de los niños nacidos mientras sus Madres están en prisión como los nacidos fuera pero que ellas van a prisión, en particular en el posparto, lactancia e infantes. La norma general, que ampara a este grupo vulnerable, es el artículo 19 de la CIDH: Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado.

Londoño Carvajal, Mary Luz Vélez Giraldo, Sandra Janeth Hernández Serna <https://core.ac.uk/download/pdf/160120835.pdf>
Visto 2 enero 2021

⁴⁹ Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Gaceta Oficial N° 6078 Extraordinaria del 15 de junio de 2012

⁵⁰ Artículo 231 Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Gaceta Oficial N° 6078 Extraordinaria del 15 de junio de 2012

46.- Tanto la normativa interna como internacional ampara la niñez y pregon la necesidad de su desarrollo dentro de un ambiente familiar y conforme a su interés superior. El infante para su sano crecimiento físico y psicológico requiere fundamentalmente de un ambiente familiar, preferiblemente con un padre y una madre que –además- le permita diferenciar sobre su género ya que el niño copia conductas que determinara, en alguna medida su inclinación.

47.- Ante la realidad que algunos niños nacen en cárceles o que RN o más grandecitos sus madres son privadas de libertad, concierne establecerse un tratamiento especial para este grupo. Algunos autores⁵¹ argumentan que durante la lactancia e infancia deben contar con la presencia de la madre, incluso, dentro de un ambiente tan hostil como la cárcel, pues ese contacto físico le proporciona seguridad y afecto, que producirá efectos positivos en sus diferentes etapas de la vida, de ello no hay duda. Mientras otros⁵² sostienen que la prisión no es para los niños por lo que debe evitarse que convivan en semejantes lugares y arguyen, por una parte, que allí no se ven buenos ejemplos, que la agresividad entre las internas perturba su sano crecimiento por los miedos que infunden y que es insano para ellos presenciar, en ocasiones, los castigos que ha de sufrir la madre en reprimenda por malas conductas.

48.- Ahora bien, esa protección especial de este colectivo se fundamenta en el “**Principio del Interés Superior del Niño**” o llamado también “**Interés Superior de la Niñez**”⁵³, entendido como el conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar. Conforme al interés superior del niño, en todos los aspectos de su vida en sociedad el norte u objetivo primordial ha de ser: i) Un desarrollo integral; ii) una vida digna; y, iii) contar con condiciones materiales y afectivas que le permitan una vida decorosa y de máximo bienestar.⁵⁴

⁵¹ <https://www.aeped.es/comite-nutricion-y-lactancia-materna/lactancia-materna/documentos/recomendaciones-sobre-lactancia-materna>

⁵² CIDH OEA/Ser.L/V/II.Doc. 54/1317 octubre 2013 Original: Español DERECHO DEL NIÑO Y LA NIÑA A LA FAMILIA.CUIDADO ALTERNATIVO.PONIENDO FIN A LA INSTITUCIONALIZACIÓN EN LAS AMÉRICAS.2013 Internet: <http://www.cidh.org> <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9526.pdf>

⁵³ El principio del interés superior del niño o niña, entendido como un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Consultada 31/10/2020 http://www.derechosinfancia.org.mx/Derechos/conv_3.htm#:~:text=El%20principio%20del%20inter%C3%A9s%20superior%20del%20ni%C3%B1o%20o%20ni%C3%B1a%2C%20entendido,el%20m%C3%A1ximo%20de%20bienestar%20posible.

⁵⁴ Concepto extraído del Diccionario.cear-euskadi.org en fecha 20 octubre 2020

49.- Es importante comentar que el niño en el hogar, a pesar de sus condiciones precarias, no entiende de las dificultades económicas, familiares y de la comunidad en que vive y su vida es relativamente feliz; con una madre que lo orienta y enseña; unos hermanos u otros familiares que le proporcionan afectos y quizás un maestro que lo anima a ser una persona de bien. Y aunque le hicieran falta muchos bienes materiales la parte afectiva le llena de satisfacción y fuerza moral para todo.

50.- A los mismos efectos de la niñez en prisión, es significativo traer al autor español Gea Fernández⁵⁵, quien realizó un interesante estudio y se centró en analizar la situación de los módulos de madres insertos en grandes cárceles que albergaban a hombres y mujeres en la Comunidad de Madrid; cuenta que la maternidad es omnipresente en todo centro en que residan mujeres, al margen de que exista o no un módulo de madres, ya que esta característica es común en la mayor parte de las presas, entre otras razones, porque el grupo de edad más numeroso es el que va desde los 31 hasta los 40 años, ampliándose en general de los 21 a los 40, por lo que ellas están en pleno proceso reproductivo.

51.- Y añade que interesa considerar a este efecto, el enfoque de derechos aplicado a la prevención de libertad infantil⁵⁶ Los derechos humanos como garantías legales universales de protección, tanto a individualidades como a grupos frente a acciones u omisiones que puedan afectar sus libertades y su dignidad, se manejan según los siguientes cuatro principios para caso de la infancia, a saber:

— La aplicación de la universalidad o principio de la “no discriminación” sin diferenciación de ningún tipo pero que permita prioridades a los menos privilegiados y aplicándose inclusive en tiempos de conflicto o desastre natural.

— La atención al interés superior de la infancia, por el que se determina que cualquier decisión, ley o política que pueda afectar a los menores debe tener en cuenta que es lo mejor para ellos.

— El derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo: todos los niños y niñas tienen derecho a vivir y a experimentar un desarrollo adecuado.

— Por último, la participación, a fin de dotar al individuo del derecho a formar parte de la vida política y cultural. Los Estados están obligados a promover dicha participación en todas las esferas.

⁵⁵ **Maternidad en prisión.** Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena. José Gea Fernández Universidad Complutense de Madrid mj_gea@yahoo.es

⁵⁶ **Maternidad en prisión.** Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena. José Gea Fernández Universidad Complutense de Madrid mj_gea@yahoo.es

52.- También conviene señalar que si bien hay diversas formas en las que la infancia es privada de libertad, a los fines de la presente OC, la atención se dirige a los casos de los niños y niñas que conviven con sus madres encarceladas mientras éstas cumplen la pena impuesta en un régimen cerrado. Y son distintas las formas en las que una mujer puede tener este derecho: i) Al quedar embarazada dentro del Penal y el niño nace estando ahí; ii) Cuando es privada de libertad estando embarazada y da a luz en prisión; y, iii) Cuando al ser privada de libertad tiene hijos lactantes, infantes o niño de corta edad.⁵⁷ Partiendo del hecho indiscutible que el derecho protegido es del niño, con base en ese interés superior que garantizan las legislaciones regionales, en este último caso, puede acceder a este derecho de tener al hijo consigo, reclamándolo una vez ingresa en prisión.

53.- Infortunadamente está ocurriendo que algunos niños tienen que sufrir ese desprenderse de la madre, porque ella va a la cárcel por condena de un delito y ese abandono obligado marca la personalidad del niño, por el resto de su vida. Esta realidad ha sido estudiada por especialistas⁵⁸ en psicología infantil e incluso criminólogos, concluyendo en el daño irreversible que causa tal separación en el infante ya que debilita su personalidad en formación, algunos los vuelve agresivos, otros muy callados y sumisos e incluso los embarga un resentimiento que no superan.⁵⁹

54.- A nuestro⁶⁰ modo de ver, tal situación de desprendimiento obligado del niño respecto a la madre cuando es privada de libertad es objeto de estudio por el efecto traumático que causa al infante. Algunas opciones pueden plantearse para evitarlo o minimizarlo:

- a) La sustitución de la privación de libertad por otras medidas cautelares sustitutivas menos gravosas para madres embarazadas, lactantes y/o con infantes o niños menores de cierta edad y que determine el ordenamiento jurídico.
- b) Otra opción es hacer de las cárceles un lugar cómodo y vivible.

55.- Sólo, cuando los Estados de la región comprendan que todos los presos mantienen los mismos derechos de quienes viven en la calle porque su único derecho restringido es la libertad; y, entiendan

⁵⁷ CCMDH

⁵⁸ APEGO, ACONTECIMIENTOS VITALES Y DEPRESIÓN Consulta 2 enero 2021
https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/9262/Primera_parte_MARCO_TEORICO.pdf?sequence=6&isAllowed=y

⁵⁹ Trastornos de personalidad Jordi Barris Ruset ¿QUÉ SON LOS TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD?
http://www.paidopsiquiatria.cat/files/modulo-7_trastornos_personalidad.pdf Consultada 5 enero 2021

⁶⁰ CCMDH

que la vida en la cárcel debe ser parecida, en lo posible, a la del mundo exterior; entonces comenzara a verse buenos resultados en relación con la reinserción y rehabilitación de los delincuentes.

56.- Y en cuanto a la letra c) La condena ha de servir para reeducar y rehabilitar al delincuente. Ambas finalidades pueden cumplirse con otras medidas restrictivas de la libertad, como sería: el arresto domiciliario o residencial; la obligación de no salir de determinado perímetro y para lo cual sería apropiado **el uso de dispositivos de ubicación satelital**.⁶¹ Las medidas restrictivas de la libertad caminan en el sentido de utilizar dispositivos de monitorización, los que actualmente combinan radiofrecuencia, GPS y geolocalización por la red móvil; y, con los cuales se controla al privado de libertad para que cumpla las limitaciones que se acuerden por los tribunales.

57.- Ahora bien, el uso de dispositivos de monitorización, para el caso de mujeres embarazadas o madres con hijos infantes sería una buena opción al tratarse de una solución equilibrada, por una parte, se evitarían importantes gastos al Estado, al no tener que mantener un servicio médico especializado para embarazadas, recién nacidos, lactantes e infantes que acompañan a la madre en prisión; y, por otra, el impacto traumático del niño ante el encarcelamiento de la madre se minimiza.

58.- Ahora bien, uno de los motivos que impiden el manejo de tales dispositivo a nivel penitenciario es su alto costo⁶²; sin embargo, puede resultar –a la larga- más económico utilizarlos que continuar, en el caso de este grupo diferenciado, manteniendo encarceladas a embarazadas, en posparto, lactantes o con niños que la acompañan en prisión y muy seguramente -a la vez- cumple con la finalidad de la Condena, como es la reeducación y rehabilitación. Importante subrayar que tales dispositivos de

⁶¹ Las pulseras con GPS y otros sistemas de geolocalización son más avanzadas que la versión de radiofrecuencia y posibilitan, por ejemplo, establecer unas **fronteras virtuales** que la persona que lleva el dispositivo no puede pasar. Además, si éste escapa de su domicilio, es más sencillo encontrarle. En este caso, las autoridades tienen acceso a su localización en cualquier momento con un panel de control. Consultada la pagina el 07-01-2021 <https://www.xataka.com/otros/la-tecnologia-detras-de-un-arresto-domiciliario>

⁶² Existe en el mercado el **Sistema Localizador de Detenidos en Línea (ODLS**, por sus siglas en inglés) es un **sistema** público disponible en Internet que permite que los familiares, representantes legales y miembros del público en general puedan **localizar** a personas bajo detención migratoria que han sido arrestadas por el ICE. ¿Cómo localizo a alguien bajo detención migratoria? Sistema Localizador de Detenidos en Línea (Online Detainee Locator System) Precio estimado de un brazalete y un chip electrónico que se conecta a un celular para su funcionamiento, son 150 a 200 dólares Americanos. www.ice.gov/locator <https://www.ice.gov/doclib/news/library/factsheets/pdf/odls-brochure-esp.pdf> Visto 2 enero 2021.

monitorización son seguros aunque no infalibles y en la medida que se utilicen en el sistema penitenciario esa garantía de seguridad será mucho mayor y desde luego su precio disminuye.⁶³

59.- Interesa comprender que los fines de una condena penal, básicamente, son: Reinserción, reeducación y/o rehabilitación, no siendo la venganza su objetivo. Y estas tres finalidades pueden lograrse de distintas maneras, tales como: i) La obligatoriedad de asistir a jornadas sea de trabajo o estudio y bajo la condición que su inasistencia conlleva su encarcelamiento. En Estados Unidos ha dado buenos resultados, porque la gente le teme a la cárcel y a veces ese miedo enseña más que 10 años de reclusión. ii) También el encarcelamiento se realiza con el fin de evitar que el condenado huya para abstraerse del cumplimiento de la pena en la cárcel, pero puede ser cumplida extramuros y para ello –actualmente- se cuenta con soluciones prácticas viables y que pudieran aplicarse, una sería – como se dijo arriba (párr. 58)- la colocación del Sistema Localizador de Detenidos en Línea (ODLS, por sus siglas en inglés)⁶⁴ para que la autoridad penitenciara conozca de su paradero.

60.- Es importante establecer, al menos *a priori*, las razones por las que las personas generalmente no delinquen y las experiencias profesionales vividas permiten tantear que mayormente no lo hacen por dos razones principalmente, una: porque su formación moral, ciudadana y temor a Dios le obligan a cumplir cabalmente la ley; y, otra: por el miedo de ir a prisión y exponerse a todos los males que –

⁶³ **Seguras pero no infalibles** Pero ¿cómo de seguras son estas pulseras? Éste es otro de los apartados donde los fabricantes más han trabajado. Existen [varias soluciones](#) que prácticamente incorporan ya todos los modelos. En la pulsera suelen incluir una **fibra óptica a modo de sensor**: si ésta se corta, salta la alarma. Lo mismo si se está intentando inhibir la señal de radiofrecuencia, de GPS o la red móvil: en el momento que no llega la señal, las autoridades reciben una alerta.

Esto **no significa que sean infalibles**. Existen métodos (aquí [uno bastante original](#) en el que usan una **bolsa de basura**) con los que algunos criminales aseguran haber podido librarse del dispositivo de seguimiento. Los fabricantes, eso sí, vigilan de cerca todos estos trucos y cada vez implementan más mejoras. ¿Qué te lo quitas porque tienes los tobillos delgados? Entonces [le ponemos](#) un termómetro que mida la temperatura y que compruebe que efectivamente lo lleves puesto.
<https://www.xataka.com/otros/la-tecnologia-detras-de-un-arresto-domiciliario>

⁶⁴ **El Sistema Localizador de Detenidos en Línea (ODLS**, por sus siglas en inglés) es un sistema público disponible en Internet que permite que los familiares, representantes legales y miembros del público en general puedan localizar a personas bajo detención migratoria que han sido arrestadas por el ICE. Para utilizar el sistema ODLS, puede visitar el sitio <http://www.ice.gov/locator>.

Anteriormente, la única forma de determinar la ubicación de un detenido consistía en comunicarse con una Oficina de Operaciones de Detención y Deportación (DRO) del ICE. Como parte de la reforma del sistema de detenciones, el ICE ha implementado el ODLS para que los familiares y abogados puedan localizar a los detenidos con mayor facilidad en línea, durante las 24 horas del día, los siete días de la semana. El sistema también está disponible en español, y pronto se ofrecerá en más idiomas. El Localizador de Detenidos no busca los datos de las personas menores de 18 años, para realizar una búsqueda en el ODLS mediante dos formas: <https://www.inmigracionyvisas.com/a3834-sistema-localizador-de-detenidos-por-ICE.html>

saben- ello conlleva. A nuestro⁶⁵ parecer muchas veces ese terror o pánico, bien de ir a la cárcel por primera vez o de regresar a ella, es de tal naturaleza que impide que las personas incurran en delitos; y ese miedo es tan severo que muchos delincuentes huyen de la captura a riesgo de su vida, con tal de no ir a ese infierno, incluso otros prefieren someterse al destierro que volver al encierro. Esa actitud debe ser aprovechada para una reinserción más efectiva a la vida en sociedad que la propia cárcel. Y por último, iii) Cuando se trate de delitos económicos la reparación dineraria contribuye enormemente a evitar volver a delinquir porque les muestra que definitivamente “El crimen no paga”.

61.- Regresando al punto, las legislaciones, permiten ese acompañamiento del niño en la prisión con la madre, desde su nacimiento, lactancia y a hasta los tres años y otras a mayor edad; y, ello en atención al **interés superior del niño**. No se cuenta con cifras oficiales de cuántos de ellos se encuentran en cárceles, lo cierto es que existen y que si bien pueden no ser muchos, son suficientemente e importantes como para una concienzuda reflexión y determinación dentro del sistema interamericano. Vale destacar la importancia de tomárseles en consideración ya que estos niños, al ser adultos serán individuos marcados por el resentimiento, la agresividad y el abandono de la sociedad, que les falló cuando más requirieron de ayuda.

62.- Otro aspecto, particular en cuanto a estos colectivos, a destacar y que interesa a los fines de esta OC, es que incuestionablemente la delincuencia se incrementa cuando en un Estado hay crisis económica, social y/o política; por tanto, la prioridad de un Estado es evitar esas crisis y en caso de estar presente realizar todos los esfuerzos para remediar tal situación y proporcionarle al ciudadano un status social y económico que le dé bienestar, lo que en gran medida minimiza el crimen. En los países con superávit⁶⁶ o económicas estables, donde hay trabajo, salud y seguridad social la delincuencia es baja y contrariamente, en países donde hay pobreza hay más crímenes.

63.- Lo anterior hace recapacitar sobre la urgencia de dos asuntos fundamentales: Uno: Concientizar primero a los gobiernos de la necesidad de ser ellos mismos honestos y de distribuir adecuadamente

⁶⁵ CCMDH

⁶⁶ Superávit La etimología ya explica un poco de qué se trata. Proviene del vocablo latino *superare*, el cual significa sobrar. Por tanto, superávit hace referencia a un exceso de ingresos sobre gastos. Es decir, cuando la diferencia entre los ingresos, siendo éstos positivos, y los gastos, negativos, da un resultado positivo. Consultada la página el 20/10/2020 <https://debitoor.es/glosario/superavit#:~:text=Proviene%20del%20vocablo%20latino%20superare,negativos%2C%20da%20un%20resultado%20positivo> .

los recursos del Estado, con rendición de cuentas; Otro: Un cambio de paradigma en la educación tanto en el hogar como en la escuela, pues más que instruir es inculcar valores en la familia y una formación de respeto hacia los demás. De lograrse ambos objetivos la delincuencia merma considerablemente.

64.- Ahora bien, ante la realidad que se vive en la región y el hecho cierto de la existencia de niños en prisión acompañando a las madres, necesario es preocuparse en establecer, aunque sea copiando, mecanismos adecuados que se utilizan en otros países para solventar los problemas que están presentes cuando la mujer privada de libertad tiene hijos infantes o niños de corta edad. En general, al menos en Venezuela, las cárceles no cuentan con módulos especiales para madres y sus criaturas; y, ocurre que a lo mucho pintan una pared en el penal con dibujos infantiles, haciendo creer que cumplen con los estándares internacionales para albergar estos niños y no consideran que es urgentemente necesario contar con lugares adecuados a las necesidades de los niños o niñas en prisión.

65.- Ahora bien, la situación de los niños en prisión acompañando a las madres ha sido ampliamente considerada. Algunas personas no están de acuerdo con someter a niños a un encierro dentro de una prisión con la madre; sin embargo, otros opinan lo contrario, principalmente los profesionales especializados en asuntos relacionado con la infancia. Interesante literatura puede leerse proveniente tanto de profesionales que rodean a estos menores privados de libertad, como de las propias madres, y es a su vez una forma de legitimar la voz de que **las personas que más saben de los niños y las niñas: Las madres.**

66.- Al respecto, conviene reseñar el análisis de Gea Fernández⁶⁷ sobre la situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena, cita:

En el análisis que nos ocupa, fruto de la investigación desarrollada en la Comunidad de Madrid en el periodo comprendido entre 2009 y 2012, nos hemos apoyado en el enfoque relacional propuesto por Berry Mayall (2002), en el que los conceptos de generación, género y proceso relacional son claves, pero principalmente por su idoneidad al centrar el enfoque en los niños y en las niñas reconociendo que [...] **las personas adultas que más saben de la capacidad de acción moral de la infancia son precisamente las madres**, aunque ellas ostentan una posición débil para hablar en su nombre en los espacios públicos y así, en la escuela y en el ámbito político, su estatus moral es más bajo, residiendo el poder en formulas psicológicas, en profesionales influyentes, que las utilizan como base de su trabajo sobre, para y con los niños/as. (Gaitán, 2006: 89) (negrita fuera de texto)

⁶⁷ **Maternidad en prisión.** Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena. José Gea Fernández Universidad Complutense de Madrid Consultada el 7 de octubre 2020 mj_gea@yahoo.es

67.- Parafraseando al autor⁶⁸, aparte, los resultados del análisis, muestran diferentes grados de impacto respecto a los derechos básicos de la infancia, como el derecho a la educación, a la salud, de opinión, de vivir en familia y de protección, a la que se expone con ese encierro y marcado por una disciplina y un alto entramado institucional como son las cárceles; agravada –además- la situación cuando no cuentan con módulos maternales para albergar a las madres y sus hijos infantes.

68.- Otro factor que afecta la situación en comento, a modo de ver de CCMDH⁶⁹, es la escasa transparencia e inexactitud de los datos específicos relativos al número de infantes que convive con sus madres privadas de libertad en cárceles e ignorados por las estadísticas oficiales. Indudablemente se sabe existe pero se desconoce las informaciones sobre el número de niños y niñas que se encuentra en esta situación. Por lo menos, en Venezuela⁷⁰ los datos que se manejan son los recogidos por diferentes ONGs o de investigaciones a nivel académico o de personas representantes de Instituciones Penitenciarias y que no reflejan las verdaderas cifras de mujeres privadas de libertad que están acompañadas de sus críos en periodos de lactancia o primera infancia.

69.- Esta oscurana en la información refleja el hermetismo propio de lo carcelario y la invisibilización que rodea la realidad de estas criaturas, siendo también parte de ello las múltiples dificultades para penetrar a esos lugares, conocer las realidades intramuros e indagar qué tanto se respeta los derechos del niño en prisión y sobre todo determinar si el interés superior del niño se satisface adecuadamente con estas posibilidad de acompañamiento de la madre. De lo que se concluye que verdaderamente: *Los muros de la cárcel se mantienen para todo*. Solo conociéndose numéricamente su existencia podrá plantearse medidas convenientes para ese grupo protegido.

70.- Esa carencia de información contradice las Reglas de Bangkok⁷¹, específicamente la 68 que prevé organizar y promover investigaciones para determinar el número de niños afectados porque sus madres entren en conflicto con el sistema de justicia penal, en especial cuando son encarceladas, y la

⁶⁸ **Maternidad en prisión.** Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena. José Gea Fernández Universidad Complutense de Madrid Consultada el 7 de octubre 2020 mj_gea@yahoo.es

⁶⁹ CCMDH

⁷⁰ Venezuela País donde se encuentra la sede de CCMDH

⁷¹ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) **Resolución aprobada por la Asamblea General** de la ONU del 16 de marzo de 2011 **Sexagésimo quinto período de sesiones** Tema 105 del programa

repercusión en los niños; con el fin de contribuir a la formulación de políticas y la elaboración de programas, siempre atendiendo el interés superior de la niñez. Y la 69, que establece examinar, evaluar y dar a conocer periódicamente las tendencias, los problemas y los factores relacionados con la conducta delictiva de las mujeres y la eficacia con que se atiende a las necesidades de reinserción social de las delincuentes y sus hijos, a fin de reducir la estigmatización y las repercusiones negativas que estos sufran por los conflictos de las mujeres con el sistema de justicia penal.

71.- Ahora bien, ante la evidente falta de estructuras físicas para la población femenina carcelaria y la carencia de módulos o espacios apropiados para mantener a los niños en condiciones dignas, resulta que buena parte de las privadas de libertad prefieren a sus infantes alejados de la prisión que mantenerlos con ellas, como sería lo recomendable con base en el interés superior del niño; y ello principalmente por los escasos centros con estructuras apropiadas para la guarda y cuidado de ese grupo especial y los que hay se encuentran apartados. Y esa extrema escasez de centros que permiten una convivencia adecuada Madre y Niño, hace que en ocasiones las mujeres lleguen a ocultar su embarazo el mayor tiempo posible para evitar el traslado a un lugar alejado de sus compañeros sentimentales, familias y amistades. Esa dispersión a que se somete a las reclusas supone una ruptura de sus vínculos y una desestabilización, que va más allá tanto de la pena que debe cumplir así como de la circunstancia de victimizar al infante y a la familia, por las grandes dificultades de las visitas familiares y de los hijos.

72.- De otra parte y en cuanto esa dispersión producida por el sistema penitenciario hay que tomar en cuenta no solamente que aísla a las madres en prisión acompañadas de sus hijos e hijas, sino que muchas veces ellas son rechazadas y abandonadas por sus propias parejas o por los padres de los niños; y ocurre, principalmente, porque muchas provienen de culturas y de hogares machistas⁷², donde en ocasiones han sufrido situaciones de violencia por parte de sus padres, hermanos y/o de sus parejas sentimentales. Aparte se agrega el padecimiento de un supuesto fracaso en su rol de mujer. Curiosamente se observa que las parejas masculinas habitualmente suelen abandonarlas en ese proceso, mientras que, cuando sucede al contrario y son los hombres los que se encuentran en prisión, son sus parejas mujeres las que les sirven de sustento emocional y económico.

⁷² ¿Sabes qué es el Machismo? Es el conjunto de actitudes y comportamientos que violentan injustamente la dignidad de la mujer en comparación con el varón <https://www.gob.mx/conavim/articulos/sabes-que-es-el-machismo?idiom=es> Visitada en fecha 2 enero 2021.

73.- Pero hay otro aspecto importante a analizar y al que se enfrentan las reclusas, que conviene considerar porque pudiera agravar la particular situación de embarazadas, en posparto, lactancia o con niños que las acompañan y es lo relativo a la cuestión: ¿qué resulta más provechoso a sus derechos y del hijo? Y aquí se presenta una dilema, pues en los casos de **los módulos de madres**, ellas se quejan porque aparte del aislamiento familiar y social, se **encuentran en una especie de segundo aislamiento del resto de la población carcelaria**.

74.- Sin embargo, si bien es válida esa queja de las reclusas hay que tener en cuenta que tales centros buscan asegurar la protección de estos niños y niñas, quienes al no contar con otros medios apropiados que les garantice su desarrollo integral entonces aparecen esos módulos como la panacea, para mantenerlos al margen del resto de personas privadas de libertad y evitarles una vida de conflictos y temores que perjudiquen en mayor medida su desarrollo; pero, que al final resulta que de esa manera tampoco se les asegura una protección en el sentido más amplio del concepto. No es fácil la situación pero igual hay que establecer estándares internacionales que minimice el impacto del infante que acompaña a la madre en prisión.

75.- Finalmente y en relación con los niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres, la Comisión en la solicitud⁷³ de OC afirma que sigue siendo un desafío importante para los Estados de la región la protección del derecho a la familia de los niños e infantes en el contexto de la privación de libertad de sus referentes adultos; y que han respondido ante esa problemática mediante dos opciones que implican serias afectaciones a sus derechos: Una: Manteniendo el niño o infante en el exterior, lo que conlleva a la ruptura de lazos de protección por el encarcelamiento de las madres y quienes son las responsables de la crianza de los hijos, lo que ocasiona que queden expuestos a situaciones de más pobreza, marginalidad y abandono, ocasionando a la larga que sean víctimas de violaciones, violencias e involucren en organizaciones criminales.

76.- Y añade otra: Dos: Ingresándolo a la cárcel acompañando a su madre. Esta alternativa no sería recomendable dadas las precarias y deplorables condiciones de detención que caracterizan las cárceles de la región ya que es someterlos a un evidente ambiente inadecuado para su desarrollo y que resulta

⁷³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf

en diversos obstáculos para el ejercicio de sus derechos; y ello, debido a que son expuestos a los problemas habituales del entorno penitenciario, tales como el hacinamiento, inadecuadas infraestructuras, mayor exposición a contagio de enfermedades derivadas de las condiciones insalubres y de la negligente atención médica, abusos físicos y psicológicos ocasionados por un ambiente punitivo en contra de las personas detenidas.

77.- Finalmente agrega la CIDH que considerando la falta de un enfoque diferenciado en atención a su edad, las afectaciones a las que las y los niños se enfrentan al vivir con sus madres en prisión, se encuentran: i) obstáculos para el ejercicio de la convivencia familiar con su progenitor; ii) barreras para la integración comunitaria y establecimiento de vínculos con el exterior; iii) inadecuados servicios de salud, educación y alimentación; y, iv) sometimiento a procedimientos sobre ingreso y permanencia que resultan contrarios a su interés.⁷⁴

78.- Y otra dificultad que se plantea para los niños en los centros penitenciarios es relativa a su derecho a la educación, pues la gran mayoría de ellos no tienen guarderías ni preescolares y menos educación primaria, lo que impide que reciban los estímulos necesarios para su desarrollo integral; y más grave, dejan de interactuar con otros niños de su edad y a menudo presentan niveles educativos muy inferiores a los demás niños que concurren a unidades educativas formales.

79.- Gea Fernández (ya citado) ⁷⁵ refiriéndose a su país y que en los casos en que la crianza puede desarrollarse intramuros, sea en compañía del niño o de la niña nacida en el exterior, o, ya sea en los casos en que el nacimiento se da una vez la mujer se encuentra presa, atendidas en módulos de madres, expresa su preocupación:

Una: Que en el año 2005, eran nueve cárceles las que disponían de dicha estancia particular, mientras que, en la actualidad, son tan solo tres. Las políticas en materia de recursos penitenciarios en torno a las necesidades de la mujer en prisión sigue la línea del desfavorecimiento, lo que, en general, supone una escasez de recursos y unas peores condiciones de reclusión para ellas.

⁷⁴ 48 OPINIÓN CONSULTIVA OC-21/14 DE 19 DE AGOSTO DE 2014 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA ARGENTINA, LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL, LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY DERECHOS Y GARANTÍAS DE NIÑAS Y NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LA MIGRACIÓN Y/O EN NECESIDAD DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf

⁷⁵ José Gea Fernández **Maternidad en prisión.** Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena. José Gea Fernández Universidad Complutense de Madrid mj_gea@yahoo.es

Dos: Que una característica intrínseca al encierro femenino es la aplicación sistemática de la dispersión, recurso que, en el caso masculino (o si se aplica expresamente a una mujer por cuestiones de comportamiento o <<seguridad>>), solo se ejecuta como forma de castigo. Esta dispersión sistematizada es fruto de la escasez de centros que albergan condenadas, cuestión que se asienta sobre el menor número de mujeres encarceladas frente al alto número de hombres. Este hecho supone una vulneración grave del derecho de las personas presas de cumplir condena en lugares próximos a su vínculo social y familiar en beneficio de una reinserción posterior.

80.- Todas las situaciones anteriores y sobre las que hay que preocuparse son claros ejemplos de cómo la cárcel no afecta exclusivamente a las personas que han de cumplir una condena por un delito, sino que impregna todo su entorno, lo que obstaculiza en muchas ocasiones la mejora de las relaciones positivas para las personas penadas y alimenta un círculo de exclusión social y aislamiento. Por tales razones, nuestra organización⁷⁶ considera que básicamente debe valorarse el impacto de la prisión en torno al coste social que supone, más allá de cuestiones únicamente punitivas.

81.- Evidentemente en el caso concreto, no solo se vulnera el derecho de la mujer, sino también el del propio menor que cumple condena junto a ella, pues se obstaculiza el derecho a vivir en un hogar así como el derecho del niño de prepararse en la escuela adecuadamente y como cualquier otro niño, la posibilidad de recibir visitas con frecuencia. Si bien es cierto, en algunos casos, no existía una relación fluida con el padre, sí hay casos de estrecha relación con el progenitor y la que mayormente se desmorona, mediante la separación, negándose el derecho a ambos de relacionarse de forma saludable que afecte positivamente el desarrollo del niño o de la niña.

82.- Si bien las legislaciones regionales – mayoritariamente- contemplan la posibilidad de mantener a lactantes e infantes acompañando a sus madres en prisión; sin embargo, la inexistencia de módulos o espacios dispuestos para su ocupación hacen ese derecho inaccesible, muy a pesar de los mínimos requerimientos de ley para que tenga lugar esta convivencia en un centro penitenciario.

83.- En general, las opciones recomendadas para la permanencia de niños acompañando a las madres en prisión, son dos principalmente:

* La **existencia de una escuela infantil dentro del propio centro**, a la que se pretende acudir los bebés lo antes posible y hasta aproximadamente los 12 meses para luego comenzar su preescolar.

⁷⁶ CCMDH

* La posibilidad que asistan a la **escuela infantil externa de la localidad más cercana**, que le permita al infante socializar con sus maestros, niños de igual edad y principalmente de establecer contacto con el exterior de la prisión. Para asistir a **la escuela infantil externa**, debe existir convenio previo entre el centro penitenciario y dicha institución docente, para asegurar unas plazas en cada curso escolar.

84.- Lo más conveniente es la asistencia a la escuela regular, o sea, **la escuela fuera de la prisión**, pero -al menos- en las vivencias de los países de la región, a excepción (en opinión particular) de Canadá, Estados Unidos y Costa Rica, los peligros son grandes debido a la idiosincrasia del latinoamericano. A nuestro parecer esta segunda opción conlleva riesgos, que pueden influir negativamente en el infante, como pudiera ser, a manera de ejemplo:

- El rechazo de otros niños, muy a pesar de ser de tan corta edad, al comentar en sus hogares que hay niños que viven en la cárcel.
- De ser utilizados por algunas otras presas e incluso su madre para llevar droga al penal o armas.
- Mantener contacto con familiares en esa escuela externa para el mismo fin indicado arriba.

85.- Pero en definitiva, la **escuela infantil dentro del propio centro** sería lo ideal, porque se mantiene el acercamiento con la madre y se cumple el objetivo del proceso de crecimiento infantil y preparación preescolar. Empero, tanto su estructura y mantenimiento, en buena parte de nuestros países resulta su coste elevado y de seguro un plan inconsistente en el tiempo, aparte que en ocasiones esa población puede ser inexistente porque no hay privadas de libertad en esa situación especial.

86.- Es imperioso el análisis de la situación actual de los infantes en prisión con base en ese **interés superior del menor** como uno de los **principios rectores** de la Convención de los Derechos del Niño. Sin embargo, ese interés queda en muchas ocasiones en entredicho, a pesar de que aparezca reflejado en diferentes documentos reguladores. Idealmente se ha planteado que ***si la decisión de si debe o no acompañar el hijo o la hija a la madre en su estancia en prisión se basase realmente en este derecho, es evidente que el interés superior del menor sería evitar el ingreso de la madre en un medio cerrado de cumplimiento de condena, poniendo a disposición del caso todos los medios existentes en cuanto a medidas alternativas se refiere.***⁷⁷

⁷⁷ **Maternidad en prisión.** Situación de los hijos e hijas que acompañan a sus madres compartiendo condena. José Gea Fernández Universidad Complutense de Madrid mj_gea@yahoo.es Consultada 9 noviembre 2020.

87.- Como quiera que la realidad que se observa en la mayoría de los países latinoamericanos es la negación judicial de mantener temporalmente a la madre con su hijo fuera de prisión, entonces con base en el interés superior de la niñez es necesario, para que convivan en prisión, que se preparen módulos especiales para su hospedaje como para desarrollar las actividades propias de la edad, atendiendo los mínimos requerimientos a tal fin, entre ellos:

- La existencia de una escuela infantil o maternal dentro del propio centro, a la que se pretende acudan los bebés lo antes posible y hasta aproximadamente los 12 meses.
- Buscando la mayor normalización y de contacto con el exterior de la prisión la sugerencia es asistir a la escuela preescolar externa del lugar más cercano, previo convenio entre el centro penitenciario y la institución docente, para que se aseguren unas plazas en cada curso escolar.
- Sin embargo, sugieren como ideal la escuela infantil interna y debe apuntarse hacia ello; donde se pueden realizar unas clases especializadas y establecer una relación fluida con las madres.
- Establecerse visitas del pediatra del ambulatorio de la población más cercana a la prisión para que asista a las criaturas en el propio módulo.
- Organizar actividades recreativas con los niños fuera de la prisión y para lo cual interesa un convenio de colaboración con alguna organización que se encargue para fines de semana.
- Ocupación de una celda para madre e hijo o hija, cuando se esté en embarazo debe ser acompañada de otra mujer, en caso de surgir alguna complicación.
- Estas celdas han de disponer de –al menos- un inodoro y cama.

CAPITULO TERCERO

PERSONAS MAYORES PRIVADAS DE LIBERTAD

88- Para ahondar sobre este conglomerado es preciso conocer alguna terminología y definiciones que permitan determinar de manera clara y precisa cuáles son las dificultades o circunstancias especiales que los coloca en desventajas o minusvalía y por las que se considera requieren de un trato diferenciado. Diferencias que se precisan entendiendo que el adulto mayor privado de libertad conserva todos los demás derechos establecidos en la legislación interna e internacional; y, para lo cual importa

traer las definiciones⁷⁸ contenidas en la Convención Interamericana de Protección del Adulto Mayor⁷⁹ y que orientan en cuanto a conceptos así como a una protección especial a la que se aspira:

89.- **“Discriminación por edad en la vejez”**: Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la edad que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada.

“Envejecimiento”: Proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio.

“Persona mayor”: Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor.

“Envejecimiento activo y saludable”: Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población.

“Vejez”: Construcción social de la última etapa del curso de vida.

90.- De igual modo interesa conocer conceptos específicos referidos a este colectivo vulnerable conforme a la referida Convención:

“Maltrato”: Acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza.

⁷⁸ Artículo 2 de la CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (A-70) http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilateras_interamericanos.asp

⁷⁹ CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES (A-70) http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilateras_interamericanos.asp

“Negligencia”: Error involuntario o falta no deliberada, incluido entre otros, el descuido, omisión, desamparo e indefensión que le causa un daño o sufrimiento a una persona mayor, tanto en el ámbito público como privado, cuando no se hayan tomado las precauciones normales necesarias de conformidad con las circunstancias.

91.- El sistema interamericano define “Persona Mayor” en la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁸⁰ (también Convención sobre Protección Personas Mayores) e indica como **“persona mayor”**: *Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Este concepto incluye, entre otros, el de persona adulta mayor*⁸¹. En general se dice “Adulto Mayor” a las personas que tienen una edad de 60 años o más, también se señalan como de “Tercera edad”⁸².

92.- Otro concepto: Se entiende por grupo de personas mayores, tercera edad o ancianos, aquellas cuya edad es superior a los sesenta (60) años y hasta cien (100) años o más, observándose que ese intervalo de edad es muy amplio, de varias generaciones; y se añade otro concepto importante, que indica que la vejez es un **proceso fisiológico de todo ser humano**, en el que se producen **cambios físicos así como psicológicos y sociales**. Estableciéndose que el envejecer es un proceso dinámico, gradual, natural e inevitable.⁸³

93.- Es sabido que este proceso lleva a la persona a deterioros naturales por la sola circunstancia de mayor edad, tanto en los aspectos físicos, fisiológicos y psicológicos, logrando una merma en sus condiciones de salud, bienestar y movilidad principalmente; y, que lo hacen vulnerable. A nuestro⁸⁴ parecer sus condiciones mentales se preservan un largo rato más, cuando mantienen una vida intelectual intensa y siempre que no padezcan enfermedades degenerativas del sistema nervioso central u otras que comprometan su pensamiento, entendimiento y conciencia.

⁸⁰ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (a-70) Tratados Multilaterales Interamericanos y Acuerdos Bilaterales Consultada la página en 19 de octubre 2020 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Artículo 2

⁸¹ *Idem* Artículo 2 de la Convención sobre Protección Personas Mayores, Definiciones.

⁸² CCMDH

⁸³ **Conociendo las etapas de la tercera edad.** <https://www.deustosalud.com/blog/teleasistencia-dependencia/conociendo-etapas-tercera-edad> DEUSTO SALUD Consultado 18 de septiembre 2020

⁸⁴CCMDH

94.- Preocupa la amplitud de ese intervalo de edad, de varias generaciones y dentro del cual se encuentran los límites de este colectivo de “Persona Mayor” o “Adulto Mayor” manejándose en la actualidad entre las edades de sesenta (60) años y hasta cien (100) años o más. Hay grandes diferencias entre una persona de 60 años a otra de 80 años y ésta comparada con una de 100 años, es abismal en lo que difieren; y aunque las variaciones entre una edad y otra de ambos bloques referidos no son absolutas si existen cambios que las ubican en cualquiera de ellos. Pero lo cierto y absoluto es que después de los 60 años comienza ese proceso de envejecimiento y que será mayor o menor, en la medida del cuidado tenido en la niñez y adultez.

95.- Ahora bien, se necesita, a efecto de las personas mayores privadas de libertad, establecer cuándo inicia la vejez actualmente porque han habido épocas en las que se consideraba que comenzaba muy tempranamente, en el medievo por ejemplo, empezaba a los 40 años mientras en otras épocas se retrasó a la edad de 65 años. En el presente no se suele considerar “viejo” a nadie y es un término que no se utiliza ya que tiene connotaciones negativas; y hoy día hay la tendencia de considerar la vejez como algo positivo, **la duración de la vida**.⁸⁵

96.- Ahora bien, tanto la legislación interna como internacional consideran que los adultos mayores conforman un grupo vulnerable y por tanto requiere de una protección especial. En opinión de la organización⁸⁶, los adultos mayores requieren un trato diferenciado y de protección, por las siguientes razones: i) Deterioro físico que le impide una buena movilidad; ii) La edad, en general, lleva consigo algunas enfermedades crónicas como la diabetes, la hipertensión y afecciones cardíacas que la limitan; iii) Mayormente es la edad de jubilación y retiro laboral, lo que de por sí lleva a sentirse inútil a la sociedad y familia; iv) Época también en que los hijos forman su hogares y se van de la casa común, quedando relativamente solos los mayores, por lo que algunos entran en cuadros de soledad, abandono y depresión; y, v) Su condición psíquica y social también se afecta ante la realidad de su estado regresivo, al tratarse de la última etapa de la vida, aunque ello va a depender de la actitud de cada uno, pero generalmente ocurre. Y la parte social desmejora considerablemente ante las desigualdades que enfrenta y que lo ubica en un grupo socialmente discriminado.

⁸⁵ **Conociendo las etapas de la tercera edad.** <https://www.deustosalud.com/blog/teleasistencia-dependencia/conociendo-etapas-tercera-edad> DEUSTO SALUD Consultado 18 de septiembre 2020

⁸⁶ CCMDH

97.- Ahora bien, los principios que garantiza los derechos de los mayores resultan, además de las generales al ciudadano, unos específicos consagrados en distintos documentos internacionales, en el sistema interamericano se tiene la referida Convención Interamericana de las Personas Mayores, entre los cuales se destacan: * La igualdad y no discriminación; * la participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; * el bienestar y cuidado; * la seguridad física, económica y social; la autorrealización; la equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; * la solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria; * el buen trato y la atención preferencial; y, * **el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor**.⁸⁷

98.- Estos principios adicionales están dirigidos a la garantía de protección de este colectivo y describen sus necesidades básicas; y, entendidas como su modo de vivir. La queja al unísono de las “Personas Mayores” es por una parte su **invisibilidad**, ciertamente pareciera que dejaron de existir en su hogares, en su entorno y comunidad, ya nadie los toma en cuenta ni siquiera los utilizan; y por otra parte, no se muestra ningún interés por estas personas y que definitivamente parecen invisibles entre el resto de la sociedad y sufren grandes dificultades en lo físico porque el cuerpo envejece y las funciones orgánicas y fisiológicas –como se dijo- van deteriorándose y requieren de atención médica y familiar. Empero, la parte psicológica parece ser la más afectada y principalmente la jubilación marca a la persona mayor como haber llegado al fin de su vida.

99.- Conviene considerar –a manera de ilustración- en la presente OC y en general, las etapas de la vida y que suelen ser: **La infancia, la adolescencia, la edad adulta y el envejecimiento** y comprender qué personas integran este último grupo⁸⁸. Recientemente ha habido cambios en cuanto a la denominación de estas etapas de la vida, clásicamente se diferencian en la tercera edad o adultos mayores, considerando la edad cronológica, las siguientes:

- De 60 a 70 años - Senectud
- De 72 a 90 años – Vejez
- Más de 90 años- Grandes ancianos

⁸⁷ **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (a-70)** Tratados Multilaterales Interamericanos y Acuerdos Bilaterales Consultada la página en 19 de octubre 2020 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a70_derechos_humanos_personas_mayores.asp Artículo 3

⁸⁸ **Conociendo las etapas de la tercera edad.** <https://www.deustosalud.com/blog/teleasistencia-dependencia/conociendo-etapas-tercera-edad> DEUSTO SALUD Consultado 18 de septiembre 2020

100.- También interesa que recientemente la Organización Mundial de la Salud (OMS) reclasificó el concepto de la juventud/anciano. Antes las personas de 50 años ya eran consideradas ancianos, ahora con esta nueva clasificación las personas de esta edad son consideradas jóvenes y quedó así:

- 0 a 17 años es un menor.
- 18 a 65 años son jóvenes.
- 66 a 79 años es la edad media
- 80 a 99 años es anciano.
- Más de 100 años son mayores de larga vida.⁸⁹

Este criterio no parece muy útil **para definir la vejez**, pues cada individuo envejece a una edad diferente y dentro de cada vejez, cabe distinguir distintas etapas. Por otra parte, **sentirse joven es una vivencia independiente de los años cumplidos**.

101.- En la actualidad existe la tendencia de utilizar más bien el **criterio socio-laboral para definir la vejez**, es decir, **a partir de la jubilación, que ahora la mayoría de los casos se encuentra entre los 65 y los 67 años**; sin embargo, este criterio también es relativo, ya que incluso la edad de Jubilación está cambiando, y en parte es debido a que **somos conscientes de que las personas conservan sus capacidades físicas, psíquicas y cognitivas más allá de los 65 o 67 años**.⁹⁰

102.- En definitiva y con base en lo anteriormente señalado puede concluirse que **no existe un único criterio que defina o tipifique la vejez**, ya que todos ellos se centran en un solo aspecto del individuo, la edad y no consideran la vejez de forma global, como una manifestación del fenómeno de envejecimiento del individuo en todo su conjunto.

103.- Otro aspecto a considerarse en la presente OC es que hoy en día, por primera vez en la historia, la mayoría de las personas puede aspirar a vivir hasta entrados los 60 años y más porque hay una mayor esperanza de vida; empero a esa longevidad conviene sumar esa caída importante en las tasas de fecundidad, lo que conlleva a un pronto envejecimiento de las poblaciones de todo el mundo. Ante esta realidad presente y futura, **se necesita con urgencia una acción pública integral con respecto**

⁸⁹ <https://notiexpressdemexico.com/oms-reclasifica-las-edades-la-terapia-a-base-de-inductores-una-gran-ayuda-para-sentirse-joven/> Consultada 14 octubre 2020

⁹⁰ **Conociendo las etapas de la tercera edad.** <https://www.deustosalud.com/blog/teleasistencia-dependencia/conociendo-etapas-tercera-edad> DEUSTO SALUD Consultado 18 de septiembre 2020

al envejecimiento de la población. Para ello serán necesarios cambios fundamentales, no solo en lo que hacemos, sino en la forma misma en que concebimos el envejecimiento⁹¹.

104.- También es importante considerar –a los mismos efectos- que en demografía ⁹², el **envejecimiento de la población⁹³** se refiere al cambio en la estructura por edades de la población, desde la estructura del antiguo régimen demográfico previo a la transición demográfica⁹⁴ –con grupos numerosos de población en edades infantiles y juveniles y un escaso número de población en los grupos de edades maduras y longevas— a una nueva estructura propia de la segunda transición demográfica⁹⁵ o de la denominada revolución reproductiva, **donde básicamente crecen los grupos de edades maduras y longevas manteniéndose o disminuyendo los grupos de menor edad.** En estas dos últimas décadas se observa una disminución en los nacimientos, lo que ocurre por razones de tipo social y económico, principalmente.

105.- Ahora bien, ese envejecimiento de la población es característico de la llamada segunda transición demográfica y es consecuencia directa –como se indicó arriba párr. 104- de cambios socioeconómicos que han permitido –satisfactoriamente- una mayor supervivencia generacional por mejoras en la

⁹¹ Consulta 14 octubre 2020 por la página: **Envejecimiento y ciclo de vida. Informe Mundial sobre el envejecimiento y la salud** Organización Mundial de la Salud. <https://www.who.int/ageing/publications/world-report-2015/es/> Visto 2 enero 2021

⁹² Según el diccionario demográfico multilingüe de Naciones Unidas define el concepto de demografía como: “una ciencia que tiene como finalidad es estudio de la población humana y que se ocupa de su dimensión, estructura, evolución y caracteres generales considerados fundamentalmente desde un punto de vista cuantitativo” Consulta 6 enero 2021 <https://www.ugr.es/~fabad/definicionDemografia.pdf>

⁹³ **Envejecimiento de la población.** https://es.wikipedia.org/wiki/Envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n Consultado 2 septiembre 2020

⁹⁴ Transición demográfica Durante la última década se ha oído hablar muy a menudo de “envejecimiento activo” y “población envejecida”. ¿Pero sabemos exactamente a qué hacemos referencia con estos términos? La Organización Mundial de la Salud define el envejecimiento activo como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. (1)

Inicialmente la transición demográfica pretendía explicar la relación entre los cambios demográficos y los cambios socioeconómicos que se produjeron en el siglo XVIII en los países desarrollados de Europa y por lo tanto establecer una relación de causalidad entre población, desarrollo y crecimiento demográfico. Consulta 31 octubre 2020 https://es.wikipedia.org/wiki/Transici%C3%B3n_demogr%C3%A1fica

⁹⁵ El término **Segunda transición demográfica (STD)** o **teoría de la segunda transición demográfica**, en [demografía](#) y [demografía social](#) y [sociología](#), se aplica a los cambios en la constitución y reproducción de las familias después de la [segunda guerra mundial](#) que explicarían fenómenos de los que no daba cuenta la teoría tradicional de la [transición demográfica](#). Esta segunda transición demográfica incluye, además del descenso de la mortalidad de la Teoría de la Transición Demográfica o [TTD](#) un fuerte descenso de la fecundidad y la aparición de la migración como elemento relevante demográfico¹ que afecta básicamente a los considerados países industrializados. Consulta 13 enero 2021 https://es.wikipedia.org/wiki/Segunda_transici%C3%B3n_demogr%C3%A1fica

alimentación, mejoras higiénicas y sanitarias como buenas atenciones y cuidados que llevan a un aumento general de la calidad de vida. De forma significativa el aumento de la esperanza de vida⁹⁶ ha crecido en muchos países lo que conlleva, por primera vez en la historia humana, a una abundancia de población madura y longeva, originada por el éxito en políticas de salud pública y también del desarrollo socioeconómico.

106.- En necesario estar alerta para el futuro que se avecina, principalmente porque para el año 2050 habrán más de 2.000 millones de mayores⁹⁷, una realidad que se está dando gracias al llamado **“Envejecimiento activo y saludable”**⁹⁸ y entendido, según la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores⁹⁹, como: Proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones.

⁹⁶ ¿Qué es la esperanza de vida en el mundo? Aunque la media mundial es de entre 70-72 años, existen grandes diferencias entre las distintas zonas del planeta. En Europa y América del Norte la media es de casi ochenta años al igual que Oceanía, en Latinoamérica es de setenta y pocos años al igual que Asia y en África es de cincuenta y tantos años. https://www.google.com/search?rlz=1C1CHBD_esVE859VE859&sxsrf=ALeKk00pgCvAxakZZY_T_s62LHjKyFDWJA%3A1604003550495&ei=3iabX_hHaWB5wLExYGgDg&q=esperanza+de+vida+en+el+mundo&oq=esperanza+de+vida&gs_lcp=CgZwc3ktYWlQARgCMggIABCxAXCDATICCAyAggAMgIIADICCAyAggAMgIIADICCAyAggAMgIIADoHCCMQ6gIQJ1DypgN_Y8qYDYP3MA2gBcAF4AIAbMAGIAZgBkgEDMC4xmAEoAEBoAECqgEHZ3dzLXdperABCsABAQ&scient=psy-ab

⁹⁷ **Conociendo las etapas de la tercera edad.** <https://www.deustosalud.com/blog/teleasistencia-dependencia/conociendo-etapas-tercera-edad> DEUSTO SALUD Consultado 18 de septiembre 2020

⁹⁸ Durante la última década se ha oído hablar muy a menudo de **“envejecimiento activo”** y **“población envejecida”**. ¿Pero sabemos exactamente a qué hacemos referencia con estos términos? La Organización Mundial de la Salud define el **envejecimiento activo** como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen. (1) De modo que el envejecimiento activo permite que las personas realicen su potencial de bienestar físico, social y se centra en las personas mayores y en la importancia de dar una imagen pública positiva de este colectivo. https://www.who.int/docs/default-source/decade-of-healthy-ageing/final-decade-proposal/decade-proposal-final-apr2020-es.pdf?sfvrsn=73137ef_4

⁹⁹ Artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Protección Personas Mayores, Definiciones. **“Envejecimiento activo y saludable”**: Proceso por el cual **se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez**, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones. El concepto de envejecimiento activo y saludable se aplica tanto a individuos como a grupos de población. ⁴ **Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (a-70)** Tratados Multilaterales Interamericanos y Acuerdos Bilaterales Consultada la página en 19 de octubre 2020 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a70_derechos_humanos_personas_mayores.asp

107.- En definitiva, el proceso de envejecimiento de una sociedad¹⁰⁰ suele ser por dos causas básicamente: Una: Como consecuencia de una baja natalidad, producida por la contención de la fecundidad propia de sociedades llamadas avanzadas o países desarrollados; y, Otra: al crecimiento de la población anciana, proceso que se ve consolidado por las aplicaciones de las mejoras en asistencias sanitarias y servicios sociales que permitan una mayor supervivencia de este grupo de personas¹⁰¹.

108.- Interesante, a los mismos efectos de estas Observaciones recalcar que en la actualidad la población mundial está envejeciendo a pasos acelerados. Según la Organización Mundial para la Salud, **entre 2000 y 2050, la proporción de los habitantes del planeta mayores de 60 años se duplicará, pasará de 605 millones a 2000 millones en el transcurso de medio siglo**¹⁰². O sea, ocurre en menos de 30 años; por tanto, es inevitable considerar semejante crecimiento y adelantar las políticas convenientes para enfrentar tal acontecimiento. Ahora bien, la lógica señala que a medida que aumenta esa población de adultos mayores seguramente en igual medida se agrandara esta población en las cárceles y los enfoques diferenciados se harán cada vez más necesarios porque tampoco el proceso de envejecimiento en las prisiones se detiene y hay que adaptarlas a esas necesidades futuras; por tanto, debe comenzarse ahora y corresponde a esa H. Corte estimular esos criterios diferenciados con base en la presente opinión consultiva.

109.- En relación con este colectivo, la CIDH señaló en su solicitud¹⁰³ que de los monitoreos realizados resultó que persisten desafíos en procura de garantizar los derechos de los adultos mayores privados de libertad, considerando que podrán superarse con la adopción de un enfoque diferenciado en su tratamiento; estos desafíos implican afectaciones que generan un impacto desproporcionado en su

¹⁰⁰ **Envejecimiento de la población.** https://es.wikipedia.org/wiki/Envejecimiento_de_la_poblaci%C3%B3n Consultado 2 septiembre 2020

¹⁰¹ Hablamos de **población envejecida** cuando en una población básicamente crecen los grupos de edades maduras y longevas manteniéndose o disminuyendo los grupos de menor edad. En la actualidad, casi 700 millones de personas son mayores de 60 años. Para 2050, las personas de 60 años o más serán 2.000 millones, esto es, más del 20% de la población mundial. Con esto en mente, está claro que es necesario prestar mayor atención a las necesidades particulares de las personas de edad y los problemas a que se enfrentan muchas de ellas. (3) <http://divulga.ibecbarcelona.eu/bioingenieria-para-el-envejecimiento-activo/>

¹⁰² **Conociendo las etapas de la tercera edad.** <https://www.deustosalud.com/blog/teleasistencia-dependencia/conociendo-etapas-tercera-edad> DEUSTO SALUD Consultado 18 de septiembre 2020

¹⁰³ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_05_19_es.pdf Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad, presentado ante la CorteIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, . en fecha 25 de noviembre de 2019.

encarcelamiento, reflejados en los siguientes aspectos: i) negligente atención médica, ii) inadecuada accesibilidad en las prisiones, iii) dificultad para preservar vínculos familiares, iv) mayor dificultad en la reinserción social, e v) inadecuada alimentación en razón de la edad y otras condiciones médicas que padecen. Y resaltó que en cuanto a la salud, este grupo experimenta un incremento en las enfermedades relacionadas con la edad, tales como pérdida de audición, de dentadura, de visión y equilibrio, reducción de la masa muscular; y dificultad para regular su temperatura corporal y ello aumenta la dificultad para masticar los alimentos, lidiar con las diferentes temperaturas en la prisión y desplazarse; determinando falta de atención especializada y adecuada en razón de la edad avanzada en las cárceles.

110.- La información suministrada en la referida solicitud de OC se corresponde con situaciones que se presentan en los centros penitenciarios de Venezuela, los que carecen de programas de salud.¹⁰⁴ No se cuenta con atención médica primaria para la población joven, menos pueden responder a las condiciones de salud física y psíquica propias de las personas mayores, en especial las enfermedades crónicas, Alzheimer, demencia senil, hipertensión, afecciones hepáticas, cardíacas y respiratorias. Tampoco cuentan con camas clínicas ni bastones, andaderas o sillas de ruedas y menos aún rampas para su desplazamiento.

111.- Aparte la vida en las cárceles trae otras situaciones preocupantes, tales como:

- a) el envejecimiento acelerado, según literatura sobre el tema, consiste en que la persona mayor tendrá una edad psicológica de 10 a 15 años mayor a su edad física.
- b) la carencia de cuidados a quienes padecen enfermedades en fases terminales así como de quienes requieren vigilancia prolongada por pérdida de habilidades esenciales para sus actividades básicas.
- c) la dificultad para desplazarse dentro del penal e incluso para montarse en las camas más altas o dúplex, esos centros han sido estructurados para población mayoritariamente joven.
- d) en relación al contacto con el mundo exterior, para CIDH¹⁰⁵, las personas mayores suelen estar recluidas en establecimientos alejados de su familiares o que imponen restricciones de visita que no

¹⁰⁴ CCMDH

¹⁰⁵ https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_05_19_es.pdf Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad, presentado ante la CorteIDH por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, - en fecha 25 de noviembre de 2019. 45

consideran el impacto diferenciado que la inestabilidad del vínculo familiar les genera; y aparte, teniendo en cuenta que familiares cercanos a las personas mayores pueden ser igualmente mayores, lo que dificultaría aún más las visitas.

f) la falta de vínculos familiares pueden influir negativamente en la salud mental de los adultos mayores y ocasionar mayor aislamiento al que ya son propensos en las prisiones.

g) también esa carencia de vínculo familiar empeora los prospectos para su reinserción al salir de prisión porque simplemente afuera no hay quien lo aprecie y espere.

h) en cuanto a la reinserción social no existe en los penales programas que les anime a involucrarse en actividades del conocimiento, de manualidades o del mundo digital.

112.- Por otra parte, importa reafirmar que la cárcel, sea preventiva o de condena, el único derecho que se restringe es el derecho a la libertad, porque –precisamente- aquella sólo se circunscribe a dos fines principalmente: Uno: Impedir que se desvíe la investigación policial por la interferencia del investigado y/o que continúe delinquiendo; y, dos: Persigue la reinserción social de la persona del delincuente. En consecuencia, los adultos mayores privados de libertad continúan con todos los demás derechos incluidos los especiales a causa de su edad y exige también mejores condiciones carcelarias por su vulnerabilidad en su edad mayor; correspondiendo al Estado satisfacer a plenitud los derechos de los Adultos Mayores privados de libertad, como una de sus principales obligaciones.

113.- Se advierte que la decisión de privar de libertad a un adulto mayor conlleva a mayores privaciones que su libertad y la que se da, según el autor Maldonado ¹⁰⁶ como una consecuencia propia e inevitable de la necesidad de que dichas sanciones se administren bajo un régimen institucional, lo que supone un conjunto complejo de reacciones e individuos sujetos a un contexto privativo de libertad, que por ello conlleva la implementación de medidas de gestión y la administración de espacios y tiempos limitados. Entre las cuales, se mencionan:

* Padecimiento de condiciones de afflictividad que van más allá del contenido propio del encierro o de la sola restricción en las posibilidades de desplazamiento.

¹⁰⁶ MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?” *Polít. crim.* Vol. 14, Nº 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf>] **Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?**

* Supone la sujeción del desempeño vital y cotidiano a condiciones excepcionales, diversas a las que naturalmente propone el medio libre.

114.- Algunas regulaciones, han estimado mecanismos orientados a brindar un tratamiento especial y excepcional para quienes han de cumplir pena privativa de libertad y presentan una avanzada edad, procurando atenderlos con base en particulares condiciones físicas y psicológicas que los caracteriza. Algunas de dichas medidas se ven reflejadas en programas o prácticas asociadas con las dificultades propias de la permanencia en la cárcel; mientras otras buscan prevenir afectaciones de su salud física; y, otras asociadas tanto al régimen alimentario como de actividades de recreación o aprendizaje.

115.- En la actualidad, se prevén modelos que regulan institutos orientados a materializar modificaciones importantes en las condiciones o exigencias que conlleva el estatuto o régimen penitenciario común, sea en forma integral o en relación a algunos componentes esenciales del mismo (como sucede en Colombia¹⁰⁷ o en Argentina¹⁰⁸). Mientras que en otros casos, para Maldonado¹⁰⁹ se reflexiona sobre reglas que habilitan a cumplir la correspondiente sanción en unidades independientes de carácter especial ubicadas al interior de los recintos comunes, sujetos a un régimen particular, con espacios y rutinas adaptados a sus condiciones físicas y psicológicas y donde se los mantiene separados del resto de la población penal. Y añade, que en otros casos -o en forma adicional- se prevén instituciones y causales ad-hoc que les permiten acceder al régimen de libertad condicional o a modalidades equivalentes de libertad controlada o vigilada (como sucede en España¹¹⁰) o prevén, finalmente, instancias que habilitan a la sustitución de la privación de libertad efectiva por un régimen de

¹⁰⁷ En Colombia, por ejemplo, tanto el cumplimiento de la condena como la prisión preventiva y cualquier otra forma de privación de libertad (incluyendo el arresto de fin de semana) queda sujeto a dicha exigencia, según dispone el Artículo 29 del Código Penitenciario colombiano.

¹⁰⁸ En este caso la excepción se vincula al cumplimiento de las obligaciones laborales asociadas al régimen de cumplimiento penitenciario, respecto de todo condenado que tenga más de 60 años según dispone el ARTÍCULO 7º del Código Penal Argentino.

¹⁰⁹ MALDONADO, Francisco "Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?" *Polít. crim.* Vol. 14, Nº 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf>] **Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?**

¹¹⁰ En la legislación española se exime a los condenados mayores de 70 años de la exigencia de haber cumplido satisfactoria y efectivamente una determinada parte de la condena originalmente impuesta para acceder a dicho régimen. Al respecto véase, por todos, YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota nº4, p. 48.

reclusión, arresto o detención domiciliaria (como en el caso del régimen argentino¹¹¹ y en algunas experiencias aisladas que se ofrecen en Estados Unidos¹¹²).

116.- Importa señalar que en la legislación procesal penal venezolana¹¹³ y respecto de las medidas de coerción personal, entre sus limitaciones¹¹⁴ determina que no podrá decretar la privación judicial preventiva de libertad de las personas mayores de 70 años; y advierte que en caso de ser imprescindible alguna medida cautelar de carácter personal, se decretara la detención domiciliaria o la reclusión en un centro especializado. De otra parte, en relación con el cumplimiento de pena, la norma¹¹⁵ adjetiva venezolana establece la excepción conforme a la cual las personas mayores de setenta (70) años terminaran de cumplir la condena en su lugar de residencia, siempre que hubieren cumplido efectivamente, por lo menos, cuatro años de pena.

117.- En el sistema interamericano no hay un patrocinio especial para los adultos mayores privados de libertad aunque si existe alguna jurisprudencia de la CortelDH y también regulaciones específicas relacionadas con condiciones de salud durante el tiempo de condena, tanto en normativa de países de la región como en otros documentos internacionales. Sin embargo, hay que reiterar que, todos los derechos que tiene un adulto mayor en libertad son igualmente los que tiene en prisión.

118.- Por lo antes indicado, lo que correspondería al Estado es evitar, en la medida de lo posible, la privación de libertad de adultos mayores; y, en los casos de necesaria reclusión, la cárcel le debe asegurar una vida digna y decorosa y además, que atienda las situaciones propias a su condición, principalmente lo relativo a la atención médica, cumplimiento de los tratamientos médicos para

¹¹¹ ARTICULO 10 del Código Penal Argentino. Podrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: (...) d) El interno mayor de setenta (70) años”.

¹¹² Se las reconoce como programas de “liberación geriátrica” y se fundan en consideraciones que suelen obedecer a razones pragmáticas relativas a los elevados costos que demanda la administración de “recintos especiales”. GAYDON, Beth; MILLER, Mónica, “Elders in the Justice System: How the system treats elders in trials, during imprisonment, and on Death Road”, *Behavioral Sciences and Law*, n°25 (2007), pp. 677-699. También se pueden identificar otros programas orientados a la sustitución del régimen de encierro por el arresto domiciliario con control telemático, aplicables a adultos mayores con mediano riesgo de reiteración

¹¹³ Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Gaceta Oficial N° 6078 Extraordinaria de fecha 15 de junio 2012.

¹¹⁴ Artículo 231 Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Gaceta Oficial N° 6078 Extraordinaria del 15 de junio 2012.

¹¹⁵ Artículo 490 **Excepciones**. Los o las mayores de setenta años terminaran de cumplir la condena en su lugar de residencia, cuando hubieren cumplido efectivamente, por lo menos, cuatro años de pena. (*omissis*) Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Gaceta Oficial N° 6078 Extraordinaria de fecha 15 de junio 2012.

mantenérseles con una salud adecuada a la edad; y en nuestra¹¹⁶ opinión, en caso de no tener el país los recursos para satisfacer esos derechos dentro del penal entonces no debe ser allí recluido; y por tanto, necesariamente ha de dársele una medida sustitutiva o mantenerse privado de libertad en su hogar o un centro especializado que le garantice su derecho a la salud y por ende a la vida.

119.- De otra parte, hay que tener en cuenta que en ocasiones para recuperar o mantener su salud los adultos mayores privados de libertad necesitan recurrir a alternativas de tratamiento y que sólo se aplican en el medio libre; ahora, en caso de conflicto la priorización está centrada en las necesidades que demanden las atenciones de salud; por tanto, en aquellos casos en que dichos recintos no ofrezcan condiciones idóneas o compatibles con el tratamiento correspondiente deberán abrirse las puertas para habilitar al correspondiente tratamiento.

120.- A este respecto y en los casos en que un condenado padezca alguna patología de carácter físico o mental, en opinión de Maldonado¹¹⁷ resultan problemáticos en la medida que sus efectos o las necesidades asociadas a su tratamiento presenten características que resulten incompatibles con el desarrollo de la vida en prisión, en tanto proponen una relación de tensión entre las necesidades que demanda el respeto y protección de su salud y la necesidad de satisfacer la condena.

121.- Para Maldonado¹¹⁸, lo anterior trata de situaciones configuradas en torno a la contraposición de dichos intereses que debe ser resuelta en términos ponderativos; y, no obstante, hay que tener presente que se trata de una controversia que no suele ser asumida como particularmente traumática siendo en general resueltas –actualmente y en términos históricos- en favor de las atenciones que demanda la salud del condenado; y para ello se considera prioritario el compromiso de una garantía individual teniendo en cuenta su reconocimiento constitucional y el hecho de que no constituye un aspecto que deba ser restringido a partir del contenido o de las restricciones que supone el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Y sobre esa base los sistemas jurídicos suelen contar

¹¹⁶ CCMDH

¹¹⁷MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?” *Polít. crim.* Vol. 14, Nº 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. [<http://polित्रim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf>]

¹¹⁸ MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?” *Polít. crim.* Vol. 14, Nº 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. [<http://polित्रim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf>]

con mecanismos que habilitan y favorecen la plena aplicabilidad de los procedimientos paliativos¹¹⁹ y curativos que correspondan, **aun y cuando ello suponga exceptuar al condenado del cumplimiento efectivo del encierro o del correspondiente régimen.**

122.- Atendiendo lo anteriormente planteado, la alternativa más inteligente para conciliar los intereses en conflicto radica en la opción de privilegiar el uso de recintos, unidades o secciones específicas al interior de los establecimientos penales, pues de esta forma se lograría brindar las atenciones e intervenciones requeridas al interior de la prisión. Los Estados deben estar prevenidos y desde ya comenzar a adecuar los centros de cumplimiento de penas a los requerimientos de las personas mayores, atendiendo la realidad que se avecina que en unos treinta años (para 2050) este conglomerado aumentara en la medida en que aumento la población vieja y muy superior a la actual.

123.- Ahora bien, sería conveniente y prevenidos ante el rápido envejecimiento de la población penal que se aproxima y para evitar tener que concretarse tratamientos extramuros por las dificultades propias del traslado, resulta –entonces- necesario por una parte, un reforzamiento en las atenciones médicas disponibles en el interior de la prisión en que las hay; y, por otra parte, crear las estructuras necesarias para una adecuada atención medica en la cárcel. Ambas -desde luego- demandan un importante esfuerzo económico para ese servicio penitenciario especializado y obviamente superior al desarrollo normal del servicio médico de población joven.

124.- Hay que considerar que algunas veces, los tratamientos a pacientes adultos mayores requieren –por ejemplo- atención interdiaria lo que hace necesario su traslado al centro médico correspondiente y este condenado pasará un mayor tiempo por fuera de la cárcel y lo que requiere funcionarios de custodia y seguramente vehículos para su transporte, haciendo mucho más elevado para el sistema penitenciario el coste de su condena. Entonces, es de tener en cuenta que en semejantes situaciones el vigor formal de la pena a cumplir no pasa de ser una apariencia, pues, en los hechos, el desarrollo de la rutina del condenado será la propia de una modalidad alternativa de cumplimiento de pena que se desarrolla prácticamente en libertad.

¹¹⁹ ¿Qué son los cuidados paliativos? Los cuidados paliativos son la rama de la medicina que se encarga de PREVENIR y ALIVIAR el sufrimiento así como brindar una mejor CALIDAD DE VIDA posible a pacientes que padecen de una enfermedad grave y que compromete su vida, tanto para su bienestar así como el de su familia. Consulta 31 octubre 2020 <http://www.innsz.mx/opencms/contenido/investigacion/comiteEtica/cuidadosPaliativos.html#:~:text=Los%20cuidados%20paliativos%20son%20la,como%20el%20de%20su%20familia>

125.- También al tenerse presente el sentido retributivo que corresponde a la pena, resulta que ese sometimiento de un adulto mayor a su condena y teniendo en cuenta que –seguramente- sufrirá de varias afecciones propias de la edad, es obvio que un régimen privativo de libertad conlleva la imposición de un contenido aflictivo comparativamente superior al que supone esta misma consecuencia en una persona joven, pues su padecimiento agrega efectos concretos que se traducen en una sensible merma en las condiciones físicas y psicológicas de quien las padece.

126.- En definitiva y sin duda, es menester enfoques diferenciados cuando la prisión compromete la situación de los adultos mayores, con base a dos órdenes. Por un lado, el asumir que su condición física contribuye naturalmente a hacer más sólido el mérito de las razones que llevan a priorizar los requerimientos que demanda la atención de su salud, teniendo en cuenta que dicha condición supone un estado físico y mental deteriorado y degenerativo. Por otro, el que su avanzada edad haría menos traumática la adopción de medidas que impliquen una modificación o relajación del encierro, teniendo en cuenta que en dichos casos es mayor la probabilidad de que en condenas de larga duración no se llegue en caso alguno a cumplir la totalidad de la sanción.¹²⁰

127.- En criterio de la organización¹²¹ **la condición de adulto mayor es la que requiere la protección especial y no específicamente la enfermedad senil**, porque muy a pesar que excepcionalmente hay personas de edad avanzada sin padecimientos físicos; sin embargo, ese proceso natural de envejecimiento conlleva a afecciones psicológicas que van desde la pérdida de la autoestima¹²², pasando por estados depresivos con deseo de morir e incluso estadios como el suicidio, aunado a la ausencia de visitas de familiares o amigos que agravan aún más su situación en el penal.

¹²⁰ MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?” *Polít. crim.* Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. [http://politycrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf] Visto 5 enero 2021

¹²¹ CCMDH

¹²² Cuando hablamos de baja autoestima o falta de autoestima, nos referimos a una percepción de nosotros mismos que nos impide percibirnos como personas valiosas, talentosas o simplemente tener un juicio objetivo respecto a quiénes somos. ... Las personas con baja autoestima, entonces, tienen problemas de auto aceptación. <https://concepto.de/baja-autoestima/#:~:text=Cuando%20hablamos%20de%20baja%20autoestima,objetivo%20respecto%20a%20qui%C3%A9nes%20somos.&text=Las%20personas%20con%20baja%20autoestima%2C%20entonces%2C%20tienen%20problemas%20de%20autoaceptaci%C3%B3n>. Fuente: <https://concepto.de/baja-autoestima/#ixzz6clSPUeys> Consulta: 30/10/2020

128.- Por otra parte consideramos¹²³ que el arribo a una determinada edad si aporta el envejecimiento, aunque algunas personas conserven mayor vitalidad que otras, porque siendo tres los factores de envejecimientos el físico, fisiológico y psicológico, no necesariamente van los tres de la mano sino que puede haber mayor deterioro en uno o en dos, pero ello no merma ese proceso de vejez que es el que debe protegerse. Por tanto, la edad ofrece en si mismo ese supuesto idóneo para fundar un trato diferenciado.

129.- Por su parte, Maldonado¹²⁴ destaca que nada permitiría concluir que la condición que ofrece un adulto mayor en la cárcel aporte por sí sola alguna razón de mérito que permitan fundar o justificar una modificación en el régimen que conlleva el cumplimiento de dicha sanción; pero que no obstante, algunos caracteres que son propios o connaturales a la condición de las personas de avanzada edad abren un camino a considerar la aplicabilidad de efectos similares, pues generan incidencias que afectan a una parte del sentido o significado que conlleva el cumplimiento de un régimen privativo de libertad; aunque refiere razones y fundamentos que justifican un tratamiento particular de los adultos mayores en prisión.

130.- Por último, resulta innegable Uno, la circunstancia que la condición física del adulto mayor le coloca en una singular posición de debilidad y vulnerabilidad con respecto a la población penal joven, encontrándose por ello más “expuesto” al padecimiento de abusos en relación al resto de la población penal, lo que resulta particularmente relevante en el contexto de la vida y la interacción en prisión; y, otro: Debe tenerse en cuenta que la cárcel incrementa y acelera el proceso degenerativo, tanto físico como psicológico, que experimentan de forma natural, pues “*el aislamiento, la soledad, el no ejercitar las capacidades y la autonomía propia generan más incapacidad*”¹²⁵.

¹²³ CCMDH

¹²⁴ MALDONADO, Francisco “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?” *Polít. crim.* Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46. [<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf>]

¹²⁵ En este sentido KEMELMAJER, “Las personas ancianas”, cit. nota n° 42, p. 42 quien sostiene que la cárcel provoca “*un envejecimiento mayor*” pues el encierro carcelario constituye per se un régimen degenerativo. Lo dicho excede el plano propio de la “desocialización” en tanto también provoca incidencias en el plano físico. La literatura destaca en este sentido que quienes han cumplido un largo tiempo en prisión presentan diferencias en su estado físico con respecto a su definición cronológica, efecto que suponen desfase de hasta 10 años en promedio. Al respecto véase GUBLER / PETERSILIA, *Elderly*, cit. nota n°4, pp. 10 y 11; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 2; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota n°22, p. 60. YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota n°4, pp.161. El aislamiento en la cárcel es físico y afectivo

131.- Vale destacar que se trata de presos que en general sufren importantes pérdidas en sus lazos familiares, lo que reduce uno de los factores más relevantes para su contención, apoyo y superación durante su vida en prisión. Indiscutiblemente este “abandono” suele tener impacto en otros aspectos significativos como en sus condiciones económicas, siendo usual detectar en esta población carencias propias de la indigencia. El resultado también se ve favorecido por el hecho de que no suelen tener opciones para generar ingresos pues, en general, no cuentan con espacios u oportunidad de trabajar¹²⁶; y lo que los priva además de los efectos positivos que el trabajo provoca en materia de autoestima y, en general, en términos emocionales, incrementando los efectos sensitivos del aislamiento y la marginación¹²⁷.

132.- Con vista de algunas opiniones de autores, este tema del adulto mayor en prisión resulta bastante sensible, a nuestro¹²⁸ modo de ver –entre otras- por las siguientes razones:

- Esos enfoques diferenciados pueden resultar disfuncionales desde el punto de vista de los fines atribuidas a la pena.
- Las adaptaciones orientadas a “adecuar” o “equilibrar” esa especial situación del adulto mayor privado de libertad, en procura de un trato “conveniente”, “igualitario” o “equivalente” pudiera impedir advertir de algún tipo de déficit o debilitamiento en el contenido retributivo de la sanción, lo que también neutraliza -por esta misma razón- la posibilidad de sostener una merma en los efectos disuasivos o intimidatorios que se adscriben al cumplimiento efectivo de la correspondiente sanción.
- En relación con su reinserción social, la falta de expectativas vitales o de futuro propias de esa edad provocan sensibles alteraciones en los procesos orientados a su reincorporación social, y que también se advierten diferencias relevantes en todo lo relativo a la percepción y sentido del

¹²⁶ Lo relevante es que la administración privilegia el acceso de la población más joven pues se considera más útil de cara a las opciones que tienen en el futuro en el medio libre, de forma que se considera que la disposición de opciones para el adulto mayor constituye una auténtica pérdida de tiempo. Al respecto, YAGÜE OLMOS, *Análisis*, cit. nota nº4, pp. 118 y ss.; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota nº 24, p. 32; ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota nº 12, p. 184; UZOABA, *Managing Older Offenders*, cit. nota nº22, p. 69. No hay que olvidar, finalmente, que en general el acceso a opciones laborales constituye un recurso escaso, pasando a considerarse más bien como un beneficio. Sobre ello véase CARNEVALI / MALDONADO, “El tratamiento”, cit. nota nº2, pp. 392 y ss., asimismo 396 a 399.

¹²⁷ El trabajo los ayuda a sentir utilidad en una etapa en la que dicha sensación es escasa. Genera además sensación de autovalía y autonomía. Al respecto, véase RAMÍREZ GARCÍA, “Envejecimiento”, cit. nota nº 23, p. 166.

¹²⁸ CCMDH

tiempo (por efecto del valor asignado al tiempo vivido, al que queda por vivir y por las dimensiones alteradas que conlleva la proyección de su vida)¹²⁹, lo que refuerza aún más la idea de que se debe realizar una adaptación a efectos de lograr un equilibrio comparativo.

133.- Ahora bien, ante la opción del uso de la libertad condicional o de otras modalidades de libertad controlada, en general pareciera no resultar adecuadas para resolver la especial situación del adulto mayor, por lo siguiente:

- Su consideración como primera opción parece desproporcionada, pues supone un régimen menos riguroso que el que conlleva la prisión. Empero, atendiendo el principio *pro libertatis* y siendo la regla la libertad y excepcionalmente la cárcel, no es ninguna desproporción.
- La sustitución de la privación de libertad, esencialmente se basa en la aplicación de institutos que buscan canalizar, mediante su utilización, los correspondientes procesos de reinserción yendo en sus distintas etapas.
- Lo usual para esos tipos de libertad es el cumplimiento de algunos requisitos que buscan canalizar las razones que justifican esa modificación del régimen. En el caso de los adultos mayores -en ocasiones- parece que tal regulación contiene exigencias difíciles de cumplir, por los motivos que se han indicado.
- Es habitual que aplicado el régimen no cumplan con las condiciones que se establecieron para su permanencia en libertad. Y en la mayoría de los casos la propia exigencia o imposición de dichas condiciones resulta -relativamente- absurda en atención a su condición, entre las que destaca obligatoriedad de acceder a un régimen de formación, educación u ocupación laboral.

134.- Considerados los tres grupos referidos en estas observaciones y que presenta Ciudadanos del Mundo por Derechos Humanos, el factor de mayor envergadura es la carga económica que representa para el Estado esos enfoques diferenciados y que ha de tenerse en cuenta en ocasión de dictaminar esa H. Corte sobre la presente OC, aparte -desde luego- de las consideraciones de los principios de igualdad y no discriminación que pudieran contrariar el articulado de la Convención.

¹²⁹ Se sostiene por ello -en palabras de ORNDUFF- que “los delincuentes de edad avanzada perderán un porcentaje mayor de sus vidas que los delincuentes más jóvenes” frente a un mismo tiempo de condena (ORNDUFF, “Releasing”, cit. nota n° 12, p. 188) como también el que para un adulto mayor una pena de 20 o 30 años es idéntica al padecimiento de una condena perpetua respecto de un adulto de menor edad (al respecto véase ADAMS, “The incarceration”, cit. nota n° 23, p. 480; HOWSE, *Growing Old*, cit. nota n° 24, p. 24).

CAPITULO CUARTO

SISTEMA INTERAMERICANO

135.- Corresponde abordar este estudio, en cuanto a Mujeres Embarazadas, en posparto, lactantes y niños que acompañan a sus madres en prisión así como las personas mayores privados de libertad, desde la perspectiva del sistema interamericano por su preponderancia en la región y donde la Corte tiene su competencia en la presente OC y para lo cual, se realiza el análisis de estos documentos internacionales orientadores de las protecciones especiales que deben corresponder a los referidos grupos vulnerables y a los que se dedica nuestro interés; y con fundamento en ellos, se responden las interrogantes planteadas por la CIDH, esos documentos son los siguientes:

1) **Convención Americana sobre Derechos Humanos**¹³⁰

136.- Es este el documento que permite –principalmente- dilucidar las cuestiones que interesan en la presente OC ya que consagra en primer término el **derecho a la igualdad**¹³¹ ante la ley e incumbe porque partiendo de este principio de “no discriminación” e “igual protección ante la ley” podrá resolverse si los enfoques diferenciados para estos tres colectivos atentan contra el derecho de igualdad y no discriminación.

137.- A primera vista parece discutible establecer protecciones especiales sin vulnerar el contenido de la disposición convencional. Sin embargo, la literatura estudiada muestra que, al menos, en cuanto a las mujeres embarazadas, posparto, lactantes y niños acompañando a las madres privadas de libertad, algunas protecciones a las que se aspira son viables, por una parte, apoyadas en su temporalidad, o sea, mientras perduren las circunstancias que las motivó; y por otra parte, porque la maternidad inspira auténticos sentimientos de protección que hacen razonables, justos y necesarios tratos diferenciados. Y en relación con el adulto mayor una consideración por la edad y el deterioro evidente en la salud justifican algunas distinciones de trato.

¹³⁰ **Convención Americana sobre Derechos Humanos** Suscrita e San José de Costa Rica , el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano. Actualizado enero 2005. Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de derechos humanos Corte Interamericana de derechos humanos. Secretaría General de los Estados Americanos.

¹³¹ Artículo 24 de la CIDH: Todas las personas son iguales ante la Ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

138.- De otra parte, se justifica la protección especial a estos colectivos, desde el “**principio de equidad**”, entendida como el reconocimiento de la diversidad y para propiciar condiciones de mayor justicia e igualdad de oportunidades, tomando en cuenta la especificidad de cada persona.¹³² De igual esos enfoques significan justicia, en el sentido de dar a cada cual lo que le corresponde, reconociendo las condiciones o características específicas de cada persona o grupo humano (sexo, género, clase, religión, edad) y sus complejidades las que han de atenderse para que sea un trato digno, justo, equitativo y razonable.

2) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales¹³³.

139.- Este protocolo de San Salvador es útil para resolver sobre si enfoques diferenciados contravienen o no los principios de “igualdad y no discriminación”. Partiendo de su Preámbulo, según el cual, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención, la única forma de realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria es si se logra crear condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos. Ahora bien, ese goce de los derechos no es igual para todos, puesto que se presentan diferencias que debe conllevar precisamente a enfoques diferenciados.

140.- Este documento en cuanto a la niñez por una parte, detalla su especial protección en el sentido del derecho que tiene de crecer bajo el amparo y responsabilidad de su familia, la sociedad y el Estado; garantizándole i) el derecho a crecer y desarrollarse al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y permitiendo su separación solo en casos excepcionales reconocidos judicialmente; ii) el derecho del niño de corta edad a no ser separado de su Madre, hasta determinada edad y la que varía entre los distintos Estados de la región. Por otra parte, establece el derecho de todo niño a la educación gratuita

¹³² Extraída la información el 2 de octubre 2020. <https://www.gob.mx/conamer/acciones-y-programas/equidad-de-genero?state=published#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20significa%20Equidad%3F,la%20especificidad%20de%20cada%20persona.&text=Es%20el%20reconocimiento%20de%20la%20diversidad%2C%20sin%20que,signifique%20raz%C3%B3n%20para%20la%20discriminaci%C3%B3n>.

¹³³ **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales** Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el XVIII Periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano. Actualizado enero 2005. Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de derechos humanos Corte Interamericana de derechos humanos. Secretaría General de los Estados Americanos.

y obligatoria, al menos en su fase elemental.¹³⁴ Derechos que acompañan al niño incluso en la prisión cuando acompañan a sus madres privadas de libertad.

141.- De igual modo el Protocolo prevé un tratamiento conveniente para las personas mayores y conforme al cual los Estados se obligan a adoptar de manera progresiva medidas destinadas a proporcionarles instalaciones adecuadas así como alimentación y atención médica especializada para aquellos adultos mayores que carezcan de ella; asimismo que se ejecuten programas laborales destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades con respeto a su vocación o deseo. Asimismo prevé la necesidad de formar organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los adultos mayores.¹³⁵ Este trato especial a las personas mayores lo acompañan en el caso de ser privadas de libertad, sin que pueda considerarse como actos discriminatorios respecto al resto de la población reclusa.

142.- Refuerza este protocolo el derecho de la ancianidad a una vida digna y decorosa con la garantía a la seguridad social¹³⁶ y la que norma el derecho de toda persona a la protección contra las consecuencias de la vejez. Se trata de una etapa de la vida inevitable, que requiere ser considerada de manera especial y en la que hay una merma en las capacidades físicas, psicológicas y laborales, para lo cual es menester una protección que haga más llevadera esa edad dorada.

¹³⁴ **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales** Artículo 16.- **Derecho de la Niñez.** Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tienen el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su Madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria., al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

¹³⁵ **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales** Artículo 17 **Protección de los Ancianos.** Toda persona tienen derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a: a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada, a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas; b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseo; c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.

¹³⁶ CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES. Consulta: 14 octubre 2020 http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf Consulta 3 noviembre 2020

3) Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹³⁷

143.- En este documento se considera esencialmente el valor de la dignidad humana y de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en el sistema interamericano y demás sistemas de protección internacionales de los derechos humanos. Reconoce el derecho fundamental de las personas privadas de libertad de un trato humano, de respeto y garantía a su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral, así como el respeto de principios y garantías fundamentales en su efectiva protección, dada su particular situación de vulnerabilidad. Tiene presente que las penas privativas de libertad tienen por finalidad básica la reforma, la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados; la resocialización y reintegración familiar; así como la protección de las víctimas y de la sociedad. De igual modo, reafirman las decisiones y jurisprudencia del Sistema Interamericano.

144.- El Consejo Permanente, adoptó esos principios y buenas prácticas¹³⁸ ante la crítica situación de violencia, hacinamiento y falta de condiciones dignas de vida en distintos centros de privación de libertad en las Américas así como **la situación de grave riesgo en que se encuentran las mujeres y los adultos mayores reclusos en cárceles.**

145.- A los efectos de tales principios y buenas prácticas y de las presentes Observaciones se entiende por “privación de libertad” cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por distintas razones: humanitarias, de protección o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control *de facto* de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad.

146.- Documento que consagra: **Principio I.-** Trato humano, con irrestricto respeto a la dignidad, derechos y garantías fundamentales; y, con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. **Principio II.-** Igualdad y no-discriminación, por lo que tendrán derecho a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad; y, prohíbe cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por

¹³⁷ OEA. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp

¹³⁸ Resolución AG/RES 2283 (XXXVII-0/07) (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26)

objeto o por resultado, **menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.** A efecto de estas observaciones interesa que **no serán consideradas discriminatorias las medidas destinadas a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular embarazadas y madres lactantes, de sus niños y personas adultas mayores,** las cuales se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos.

147.- **Principio III:** Instituye como principio básico: El derecho a la libertad personal y protección contra todo tipo de privación de libertad ilegal o arbitraria; con la garantía que los privados de libertad sólo serán reclusos en lugares de privación de libertad oficialmente reconocidos; y, deberá aplicarse durante el tiempo mínimo necesario. Patrocina la Excepcionalidad de la privación preventiva de libertad, mediante el aseguramiento por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos **se garantice la libertad personal como regla general y sólo excepcionalmente la privación preventiva de la libertad.**

148.- Asimismo, la incorporación de Medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, por disposición de la ley, en cuya aplicación se deberán tomar en cuenta los estándares internacionales; y al aplicarse deberán promover la participación de la sociedad y de la familia.

149.- - En cuanto a los **Principios relativos a las condiciones de Privación de Libertad** el Principio VIII se refiere los Derechos y restricciones con **la garantía que las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos,** a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

150.- Por su parte, el **Principio X** establece el derecho a la Salud de las personas privadas de libertad y entendido como el disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, que incluye, entre otros, la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; **a las medidas especiales que satisfagan las necesidades particulares de salud de las personas pertenecientes a los grupos vulnerables en estudio: las personas adultas mayores y las mujeres con sus infantes;** también satisfacer el derecho de acceso

a una **atención médica especializada a las mujeres y en especial, antes, durante y después del parto**, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello.

151.- Y para el caso de que se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez. Y referente a la alimentación, previsto en el **Principio XI**, ha de responder en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente y la cual será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley.

152.- En cuanto a albergue, condiciones de higiene y vestido, el **Principio XII** acuerda disponerse de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción así como proporcionarse una cama individual y demás condiciones indispensables para el descanso nocturno; y, en cuanto a **mujeres embarazadas o madres lactantes o con sus niños y los adultos mayores -en las instalaciones- debe suplírseles sus necesidades especiales**, les garantiza acceso a instalaciones sanitarias higiénicas y suficientes, que aseguren su privacidad y dignidad como a productos básicos de higiene personal, y a agua para su aseo personal; y en relación con la vestimenta a utilizar será el suficiente y adecuado a las condiciones climáticas.

153.- Importante el **Principio XVII** que establece Medidas contra el hacinamiento y conforme al cual corresponde a autoridad definir la cantidad de plazas disponibles y con sujeción a los estándares vigentes. Y prevé que: **Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante y la ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación.**

154- Por último, a los fines que persigue la pena, es muy importante el Contacto con el mundo exterior que enuncia el **Principio XVIII**, como es el derecho a recibir y enviar correspondencia; a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas.

155.- Estos principios y prácticas destacan enfoques diferenciados para mujeres embarazadas y adultos mayores privados de libertad, con base en la vulnerabilidad de estos colectivos, lo que coadyuva a que esa H. Corte avance en ellas y principalmente, recalque sobre el principio a favor de la libertad y así atender adecuadamente a quienes si necesitan estar reclusos.

4) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para)¹³⁹.

156.- Esta Convención también contiene normas protectoras hacia la mujer y data de 1995 y aunque es general, en el propósito de erradicar la violencia contra ella, es referencia obligada en las presentes observaciones, ya que la cárcel es también una comunidad donde pudiera soportar violencia física, sexual, psicológica y verse afectados aún más sus derechos, en especial embarazada, posparto o lactante. En su Preámbulo indica que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres; y, que la violencia contra ella trasciende todos los sectores de la Sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión, afectando negativamente sus propias bases y establece normas con enfoques diferenciales para su protección. También es de sumo interés, en estas observaciones, los deberes que asumen los Estados en la Convención de Belem¹⁴⁰, luego de condenar todas las formas de violencia contra la mujer.

5) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)¹⁴¹

157.- Se trata de un instrumento **dirigido a las mujeres privadas de libertad**, de la que se dio cuenta en la Asamblea General de Naciones Unidas, celebrada el 16 de marzo de 2011 y en cuya argumentación traída al efecto, llamó a recordar, por una parte –entre otros- las reglas y normas de las NU en materia de prevención del delito y justicia penal relacionadas principalmente con el tratamiento de los reclusos, en particular las **Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos**, los

¹³⁹ **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.** (Convención de Belem do Para) Misión Permanente de El Salvador ante la Organización de los Estados Americanos 14 de agosto de 1995.

¹⁴⁰ Convención de Belem do Para, Artículo 7.

¹⁴¹ Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)]65/229. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)

procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos y Reglas de Tokio; y por otra parte, además, la resolución 58/183, de 22 de diciembre de 2003, contentiva de invitación a gobiernos y órganos internacionales y regionales a **prestar mayor atención a la cuestión de las mujeres e incluidos los hijos que se encontraban en prisión**, a fin de identificar los problemas fundamentales y los modos de ocuparse de ellos.

158.- Determina que las reclusas son uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos; que los establecimientos penitenciarios –en general- fueron concebidos para reclusos masculinos y que aunque el número de mujeres delincuentes ha aumentado, buena parte de ellas no plantean un riesgo para la sociedad. Y aparte, como ocurre en caso de todos los delincuentes, su encarcelamiento puede dificultar su reinserción social; y finalmente, se aprueba las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad; aprobando la recomendación del 120 Congreso de las Naciones Unidas, sobre Prevención de Delito y Justicia Penal que se conozcan como las “**Reglas de Bangkok**”.

159.- Estas “Reglas de Bangkok” armonizan con las necesidades actuales de la reclusa en su situación de embarazadas y los hijos que se encuentren dentro o fuera del penal; y, entre las que destacan:

a) La adecuada atención al ingreso de las mujeres y los niños, particularmente vulnerables. (Regla 2) y antes del ingreso o al momento de producirse, deberá permitírseles adoptar disposiciones respecto de ellos, previéndose incluso la posibilidad de **suspender la reclusión por un periodo razonable, en función del interés superior de los niños**.

b) Los lugares para alojamiento de reclusas deben contar con instalaciones y artículos para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las embarazadas y las que se encuentren en periodo de lactancia o menstruación. (Regla 5)

160.- Añade en relación a los hijos: c) Si un niño acompaña a la reclusa se le deberá someter al reconocimiento médico, que realizara de preferencia un pediatra, para determinar necesidades médicas y el tratamiento, si procede. (Regla 9)

d) Al inspeccionar a los niños en prisión con sus madres o a los niños que visiten a las reclusas, el personal debe proceder de manera competente, profesional y respetuosa de su dignidad. (Regla 21).

Las visitas de los niños se realizarán en un entorno propicio que permita el libre contacto entre la madre y su hijo. (Regla 28) Se prohíbe sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las embarazadas, con hijos o en periodos de lactancia. (Regla 22); Y, la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños no puede imponérseles. (Regla 23) Prohíbe el uso de medios de coerción para mujeres que estén por dar a luz o durante el parto o en posparto

e) En relación al contacto con el mundo exterior, establece el alentar y facilitar su contacto con familiares, hijos y representantes de sus hijos; y adoptar medidas para resolver los problemas de las que estén recluidas en instituciones lejanas de su hogar. (Regla 26); también, garantiza el mismo derecho que los reclusos masculinos en cuanto a las visitas conyugales, cuando se den. (Regla 27)

161.- La Convención cuenta con un capítulo aparte de atención a Reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel (*Regla 48*) y *garantiza*: 1. Que las embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta y se les suministrará gratuitamente a ellas, RN, niños y madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales. 2. Se permite que las reclusas amamenten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello. 3. En programas de tratamiento se consideraran las necesidades médicas y alimenticias de reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión. Y la regla 49 que toda decisión de permitir que niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior del niño

162.- Por último (Regla 50) indica que las reclusas cuyos hijos estén con ellas se les posibilitará dedicarles el máximo de su tiempo; la Regla 51 prevé que los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán: 1. Servicios permanentes de atención de salud y su desarrollo será supervisado por especialistas. 2. El entorno para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios, en la medida de lo posible. Y finalmente, en cuanto al momento de separarse de la madre reclusa: Uno: El momento se adoptará, en función del caso y atendiendo el interés superior del niño. Dos: Ha de adoptarse con delicadeza la decisión de retiro del niño previa comprobación de haberse adoptado alternativas para su cuidado. (Regla 52) Tres: Y en cuanto a las condenas Embarazadas y mujeres con niños a cargo, la Regla 64 prevé que de ser posible y apropiado se preferirá imponer penas no privativas de la libertad salvo que el delito sea grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior de la niñez.

6) **Convención sobre los Derechos del Niño**¹⁴²

163.- De igual modo interesa, en estas observaciones y para responder las cuestiones planteadas por la CIDH, considerar la legislación internacional que **garantiza tanto los derechos como la protección especial de niños que nacen dentro de un centro penitenciario como los que se encuentren fuera o los que acompañan a sus madres**. Si bien esta convención no presenta particularidades en cuanto a la situación del infante o niño acompañante en prisión; lo cierto es que los derechos consagrados en ella le deben ser proporcionados por el Estado en prisión, conforme al interés superior de la niñez.

164.- Destaca que los Estados Partes velaran, conforme al artículo 91¹⁴³ porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos. A excepción de cuando tal separación sea necesaria en interés superior del niño y siempre a reserva de revisión judicial. Esta obligación se traslada también al caso específico del infante o niño en prisión con la madre, donde habrá de dotársele de un ambiente saludable y donde su dignidad no se vea comprometida y recibir un trato diferenciado, similar al que pudiera tener extramuros.

165.- En cuanto a la circunstancia especial del niño, de convivir en prisión acompañando a su madre, se establece únicamente con base en ese interés superior que lo cobija; en consecuencia, ambos tienen derecho¹⁴⁴ a disfrutar del más alto nivel posible de salud así como a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación; Asimismo a los servicios médicos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil, también vacunas, vitaminas y adecuada alimentación que le garantice su nutrición adecuada para su crecimiento y desarrollo.

¹⁴² **Convención sobre los Derechos del Niño**. Del 20 de noviembre de 1989

¹⁴³ **Convención sobre los Derechos del Niño** Artículo 91. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

¹⁴⁴ **Convención sobre los Derechos del Niño** Art 24 SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS Los niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquéllos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. Es obligación del Estado tomar las medidas necesarias, orientadas a la abolición de las prácticas tradicionales perjudiciales para la salud del niño.

166.- También la Convención garantiza que ese niño en prisión mantenga el derecho a beneficiarse de un nivel de vida¹⁴⁵ adecuado para su desarrollo y si bien, en primer término es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionárselo; sin embargo, ese deber se traslada al Estado al momento de la reclusión de la Madre. Por último vale destacar que "No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".

7.- Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores¹⁴⁶

167.- Para tratar en estas observaciones al otro colectivo como es el de Adultos Mayores, corresponde enfatizar que están protegidos por normas especiales en consideración a su edad; y, aunque en la realidad no existe en los centros de reclusión reglas especiales que les garantice un trato diferenciado, como tampoco una atención médica adecuada en resguardo de su salud y desde luego la vida; sin embargo, ha de insistirse que todos los derechos que le asisten en su vida en libertad se trasladan al lugar donde este recluso y ante la eventualidad de ser privado de libertad.

168.- Interesa destacar que esta convención se suscribió, según su Preámbulo, reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la obligación de eliminar la discriminación por motivos de edad; resaltando que la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales de otras personas; y, **reconociendo** que la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades; y, también la necesidad de abordar los asuntos de la vejez y el envejecimiento desde una perspectiva de derechos humanos; y, finalmente la importancia de facilitar leyes y programas de prevención de abuso, abandono, negligencia, maltrato y

¹⁴⁵ **Convención sobre los Derechos del Niño** Art 27 NIVEL DE VIDA.- Todo niño tiene derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionárselo. Es obligación del Estado adaptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario, mediante el pago de la pensión alimenticia "No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".

¹⁴⁶ CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES Tratados Multilaterales Interamericanos » A-70 Texto de la Convención Tratados Multilaterales

violencia contra la persona mayor; también la necesidad de contar con mecanismos nacionales que protejan sus derechos humanos y libertades fundamentales como fomentar un envejecimiento activo.

169.- Conforme a la normativa internacional expuesta en el este capítulo, estos grupos vulnerables: Mujeres embarazadas, en posparto y lactantes como los niños y niñas que acompañan a las madres privadas de libertad y las personas mayores, por una parte, son claras y aseguran suficientemente sus derechos y libertades fundamentales; y, por otra parte, que atendiendo la vulnerabilidad de estos colectivos, evidentemente existen enfoques diferenciados destinados a atender sus especiales requerimientos y necesidades.

170.- Sinembargo, ofrecer esa H. Corte en la presente OC Enfoques Diferenciados, permitirá que estén claros los compromisos y obligaciones de los Estados Partes, para cuando se encuentren privados de libertad estos colectivos y a quienes, a todas luces, se les impone lineamientos o pautas a seguir para esa protección y siempre bajo la primicia que la persona privada de libertad conserva todos sus derechos, salvo el derecho de libertad; por tanto, la pretensión de esos derechos en prisión no es más que el resultado de la consagración como derechos de la personas humana.

171.- Para concluir este capítulo se destaca la necesidad de la existencia de Enfoques Diferenciados para estos grupos vulnerables en prisión. Con base en esta normativa, que ha sido aplicada en los últimos años, se concluye que esas diferencias de trato en el caso de las mujeres embarazadas, en posparto, lactantes y con sus hijos acompañándolas en prisión no han llevado a revuelo algún. Se advierten: Uno: Se trata de situaciones temporales, mientras dure el embarazo, el posparto y la lactancia; Dos: la maternidad es inspiradora para el conglomerado social precisamente porque esa mujer es nicho de una nueva vida por nacer; y tratándose de los lactantes más vivificante resulta la compañía del RN¹⁴⁷ en el Penal y lógicamente a mayor ternura conlleva.

172.- Y, por lo que respecta al grupo de las personas mayores en prisión, tampoco comporta malestar entre el resto de la población reclusa dársele un trato diferenciado. Ello tal vez, Uno: se ha implementado, en la población en general, cierta cultura de consideración y respeto al adulto mayor porque se está al tanto del deterioro físico, fisiológico y mental que comienza después de los 60 años.

¹⁴⁷ RN Recién Nacido o Neonato.

Dos: se nota en ellos cierta debilidad física que invita a alguna ayuda y por tanto, algunas diferencias, con base en la edad, resultan necesarias y convenientes para su salud y desde luego para su vida.

CAPITULO QUINTO

RESPUESTAS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

173.- Conocidos los distintos conceptos y realizado el análisis de la normativa interamericana sobre estos grupos vulnerables en estudio, corresponde intentar responder la pregunta general así como las específicas del colectivo correspondiente. Para responder, conviene enfrentar uno de los graves problemas. que en la actualidad golpean a las cárceles de la región, como es el hacinamiento y que genera graves peligros a los internos en general y desde luego a los vulnerables y vulnerados.

174.- Para tratar el hacinamiento se usa la noción más común, o sea, aquella que parte de la capacidad instalada de un establecimiento o sistema y su comparación con el número de personas que alberga.¹⁴⁸ Desde esta perspectiva, el hacinamiento es el resultado de una simple operación cuantitativa en la que se establece el exceso de población, tomando como base el número de cupos definidos en los planos de diseño originales de los establecimientos¹⁴⁹. Entender un cupo carcelario como una cama y un espacio mínimo en un dormitorio resulta problemático por lo que un cupo carcelario integral no sólo comprende el espacio del dormitorio, también debe proveer la disponibilidad de un espacio común al aire libre, un espacio hidrosanitario con ducha y retrete, un espacio para comer y un espacio para actividades de resocialización.

175.- Ahora bien, este problema de hacinamiento está íntimamente ligado con las dificultades que en las cárceles de la región sufren los colectivos en estudio, pues de NO existir sobrepoblación en la prisión sería factible, entre otras, la clasificación de reclusos, contar con espacios para actividades recreacionales y educativas, una buena alimentación con los presupuestos destinados al efecto, así como una adecuada movilidad de presos dentro del penal.

¹⁴⁸ <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73360074010/html/index.html> Consultada en fecha 2 enero 2021.

¹⁴⁹ Universidad del Rosario. Colombia. Revista Estudios Socio-Jurídicos ISSN:0124-0579 | eISSN:2145-4531 Definiendo el hacinamiento. Estándares normativos y perspectivas judiciales sobre el espacio penitenciario [Mullen, 1985, pp. 34-36](#).

176.- Intentar resolver este flagelo de hacinamiento ha sido prioridad en distintos momentos y gobiernos con disimiles soluciones. Consideramos ¹⁵⁰ que construir más lugares de reclusión no es que la salida a este problema carcelario por las siguientes dos razones: Una: Muy a pesar de repetirse una y mil veces el principio conforme al cual: **La libertad es la regla y la privación de libertad es la excepción**, en los países de la región se observan jueces y fiscales que se saltan este principio y abarrotan las cárceles con ciudadanos que bien pueden estar sometidos a otras medidas cautelares para lograr neutralizar la acción delictiva y resocializarlos, que es el auténtico propósito y razón de la pena.

177.- Dos:¹⁵¹ Si bien a las víctimas del delito, por diferentes razones, el encarcelamiento del victimario les proporciona alivio, la verdad es que una compensación económica resulta mucho más beneficiosa. Algunos operarios de justicia opinan que esa prestación dineraria, como desagravio por el delito, a veces resulta imposible o muy difícil de cumplir por la generalidad de los malhechores, quienes en su mayoría son de escasos recursos económicos; sin embargo, la experiencia judicial deja ver dos situaciones muy convenientes: * La familia siempre consigue recoger entre sus allegados el dinero para un acuerdo reparatorio; y, * Esos acuerdos de reparación del daño económico les hace entender que definitivamente: **“El crimen no paga”**, a más de haber tenido que permanecer unos días en prisión y conocer ese pequeño infierno de amarguras y grandes miedos; por lo que no quieren regresar y la garantía para no retornar es no volver a delinquir y es esta una eficaz manera de resocializar.

178.- De otra parte, es importante examinar uno de los verdaderos motivos del hacinamiento carcelario, el cual es el aumento de la delincuencia y el que básicamente aumenta, a nuestro¹⁵² modo de ver, por las siguientes razones: i) Las dificultades económicas del país y la pobreza de la población. Al disminuir la pobreza disminuye la delincuencia. Afirmación que se ajusta a vivencias que pueden traerse como ejemplo de baja delincuencia: Noruega, Finlandia, Estados Unidos y si se mira el pasado en Venezuela, cuando era prospero los delitos también eran pocos (al menos contra la propiedad) porque se trabajaba y cada quien podía adquirir sus cosas, lo que no ocurre hoy día; ii) la falta de políticas de pleno empleo y ello es así porque la carencia es una de las tantas causas de delito; iii) la corrupción gubernamental abona el terreno para más y más fechorías, al aparecer que cuando la mayoría los funcionarios del

¹⁵⁰ CCMDH

¹⁵¹ CCMDH

¹⁵² CCMDH

régimen son corruptos el pueblo se anima en su creencia de también tener derecho a robar bienes públicos; y, iv) el resquebrajamiento de la moral, la honestidad, la probidad y la falta de temor a la Ley y a Dios.

179.- Esas causas suelen ser motivo o razón para que grupos que antaño no formaban filas delincuenciales, en la actualidad se dedican al delito, entre los que se incluyen: Las Mujeres y las Personas Mayores. No requiere cavilar mucho para comprender que cuando las mujeres y las personas mayores trasgreden la ley penal debe existir una causa que segura y mayoritariamente tendrá que ver con su situación de pobreza.

180.- Entonces, en el sistema penitenciario, ante el aumento de esa otra población vulnerable que es privada de libertad y que por sus peculiares necesidades exige atenciones especiales y ante la realidad carcelaria de no contar con los servicios e instalaciones adecuadas para albergar a esos colectivos que otrora no delinquían (porque tenía un mediano bienestar) surgen graves dificultades que se reflejan en flagrantes violaciones a los DDHH de los privados de libertad y en especial embarazadas, en posparto, lactantes y los niños que acompañan a las Madres en prisión y las personas mayores.

181.- Es importante recordar que en el pasado, cuando el Estado asumió la facultad para imponer penas privativas de libertad a los ciudadanos, incluso la pena de muerte, porque cometen delitos; esto es, cuando se adjudicó al Estado la potestad de castigar también asumió deberes ineludibles. Efectivamente, cuando decreta, por intermedio de sus representantes tribunalicios, una medida privativa de libertad de inmediato le surge obligaciones inexcusables y referidas a proporcionar un adecuado centro de reclusión, donde se respeten sus condiciones especiales como grupos vulnerables.

182.- En nuestro criterio¹⁵³, de no contar con esa capacidad de atención, o sea, de no estar en condiciones de satisfacer las necesidades básicas de estos privados de libertad dentro del centro penitenciario y ante la violación de los derechos humanos de mujeres embarazadas, en posparto, lactantes, niños acompañantes y las personas mayores **el deber ser** es otorgarles medidas cautelares. Ello es así porque repetidamente se afirma que el derecho que se afecta en los reclusos es la libertad y al respecto sostiene esa H. Corte, que:

¹⁵³ CCMDH

*(...) toda pena privativa de libertad y cualquier privación de libertad, aún a título preventivo o cautelar, conlleva necesariamente una cuota de dolor o aflicción inevitable. No obstante, ésta se reduce básicamente a las inevitables consecuencias de la limitación ambulatoria de la persona, a la necesaria convivencia impuesta por una institución total y al respeto a los reglamentos indispensable para la conservación del orden interno del establecimiento.*¹⁵⁴

183.- Asimismo y en cuanto a la situación de hacinamiento, como el grave problema que conlleva a flagrantes violaciones de los derechos humanos de los reclusos, interesa la Resolución de fecha 28 de noviembre de 2018, sobre medidas Provisionales del complejo penitenciario de Curado¹⁵⁵ de Brasil, que postula soluciones jurídicas, para el caso que el agravamiento de las condiciones de privación de libertad sea tan extremo que resulte violatorio del artículo 5.2¹⁵⁶ convencional o sus equivalentes constitucionales nacionales, en razón de que esa pena impone un dolor o aflicción que excede en mucho el que es inherente a toda pena o privación de libertad, han sido básicamente dos las soluciones, cito: i) Que en ese caso se proceda a la directa liberación de los presos, considerando que es intolerable que un Estado de derecho ejecute penas que son por lo menos degradantes. ii) La otra alternativa consiste en que de algún modo se provoque una disminución de la población penal.

184.- Ambas soluciones son viables. Sin embargo, en el caso de las mujeres embarazadas, en posparto, lactantes y con infantes así como las personas mayores y considerando que las aflicciones que sufren dentro de los penales, al no contar con servicios apropiados para albergarlos, lo procedente es la directa liberación, más aún para las embarazadas cuya condición es temporal. O, conceder otra medida cautelar menos gravosa como un arresto domiciliario o en otra institución. Por último, conviene destacar que la experiencia muestra que estos grupos vulnerables, mayormente NO son de alta peligrosidad por lo que su estadía fuera del penal no conlleva graves riesgos al conglomerado social, precisamente por las condiciones propias de ambos.

185.- Si bien es cierto esta Resolución de la CorteIDH¹⁵⁷ se da como consecuencia del hacinamiento en el complejo penitenciario de Curado, no menos cierto es que las soluciones jurídicas que plantea permiten reestablecer y/o garantizar los derechos humanos de ambos grupos privados de libertad en

¹⁵⁴ Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

¹⁵⁵ Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

¹⁵⁶ Artículo 5 Derecho a la Integridad Personal. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, Toda personas privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

¹⁵⁷ Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

estudio. Es importante, a los efectos de esta OC, traer al tapete la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana a que se refiere esa H. Corte cuando considera ilustrativo tomar en cuenta las sentencias más significativas que, ante situaciones como la presente, pronunciaron tres máximas instancias judiciales de Estados miembros de la OEA y una del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque indican un prudente camino intermedio que contribuirá a hallar una solución razonable, acorde con esos antecedentes continentales e internacional.

186.- Se insiste que si bien la referencia de esa H. Corte se da para el hacinamiento; sin embargo, sus argumentos justifican sobradamente los enfoques diferenciados para los grupos vulnerables privados de libertad. Esa Corte Constitucional de Colombia, ante la sobrepoblación penal generalizada en las prisiones de la República, señaló la gravedad que implica el hacinamiento y puntualizó:

i) Los problemas más importantes de una prisión, y el caso colombiano no es la excepción, consisten en poder cumplir con sus cometidos básicos y principales, como por ejemplo, controlar las personas que cometen grandes ofensas en contra de la sociedad, neutralizar su accionar y resocializarlos para que puedan vivir nuevamente en una sociedad libre y democrática, fundada en el respeto a la dignidad de todo ser humano; y que el hacinamiento es el primer problema a resolver por el efecto nefasto que produce sobre cualquiera de los problemas básicos de la prisión. ii) el hacinamiento aumenta los riesgos a la salud, las posibilidades de afecciones y contagios, la probabilidad de que no haya suficientes médicos para atender a las personas o para que haya mayores restricciones para acceder a los bienes y dotación básica para la subsistencia. Mayor riesgo de conflictos violentos, menos capacidad de la Guardia para evitarlos o la imposibilidad física de que se puedan adelantar visitas por parte de familiares y amigos; por mencionar solo algunos de los principales factores de violación y amenaza a los derechos fundamentales que se agudizan con el hacinamiento.

187.- Asimismo, la Corte colombiana indica que la solución propuesta de construcción de nuevas prisiones no es el camino idóneo, pues se evidencia que existen personas que están reclusas a pesar de tener razones constitucionales y legales para haber sido puestas en libertad (por la edad que tienen, porque sufren una grave enfermedad terminal o porque su solicitud de libertad justificada no ha sido tramitada por el respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, entre otras razones) y muestra que no es un tema exclusivamente de tener que construir más cárceles. Agrega que tal camino supone que el número de todas las personas reclusas en prisión es justo el que debe ser. Señalando que la verdad es que no todas las personas que están en prisión deberían estar allá y que la solución al hacinamiento está en disminuir el número de personas que se encuentran privadas de la libertad. Y concluye: **el hacinamiento no sólo se resuelve con más cárceles, también con menos cárcel.**

188.- Completa esa H. Corte indicando que Corte Constitucional Colombiana, con buen criterio ante la emergencia, resolvió que “una persona privada de la libertad, no adquiere un derecho constitucional a ser liberada, por el hecho de haber sido destinada a un lugar de reclusión que se encuentra en situación de hacinamiento y que supone de por sí un atentado a la dignidad humana”. Pondera que no corresponde una liberación automática de la persona privada de libertad en esas condiciones, dado que afectaría otros derechos fundamentales de víctimas y de la población en general, o sea, que la situación de hacinamiento no genera automáticamente un derecho subjetivo inmediato a ser excarcelado.

189.- No consideramos¹⁵⁸ que para el caso de las mujeres embarazadas, en posparto, lactantes, con infantes y personas mayores adquieran un derecho constitucional a ser liberados, al menos en los términos que plantea y ello principalmente en respeto del derecho de las víctimas. Sin embargo, a nuestro¹⁵⁹ modo de ver la situación de ambos grupos en análisis, cuando sus necesidades especiales no pueden ser satisfechas por el Estado en los centros de reclusión deberían ser sometidas en primer lugar a una medida cautelar, como un arresto domiciliario u otra; y, en segundo lugar para el caso de no otorgarla o demorarla el Juez, debe liberarse porque la ineficiencia del Estado, o mejor de sus funcionarios judiciales, no debe recaer sobre el privado de libertad.

190.- Creemos¹⁶⁰ que sostener lo contrario, con meras excusas que aprovechan izando los derechos, principios y valores constitucionales múltiples involucrados es una afrenta contra el Estado de Derecho y las instituciones procesales. Interesante mencionar que la Corte Constitucional de Colombia deja ver en la sentencia que no sólo entendió sino que también ***admitió como cierto que la sobrepoblación penal se debe a un uso exagerado de la privación de libertad***, que debe reducirse conforme a una política y decisiones judiciales prudentes de excarcelación, no indiscriminadas, atendiendo a la particularidad de los casos, para hacer cesar una situación constitucionalmente insostenible. Esta admisión de la Corte Colombiana y que refiere esa H. Corte en la citada Resolución¹⁶¹ permite insistir que a las mujeres embarazadas y las personas mayores debería evitárseles violaciones a sus derechos manteniéndoles fuera de los muros con arrestos domiciliarios u otras medidas cautelares, capaces de cumplir cabalmente con los fines de la pena y/o de la detención preventiva.

¹⁵⁸ CCMDH

¹⁵⁹ CCMDH

¹⁶⁰ CCMDH

¹⁶¹ Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

191.- Por último y con base en la argumentación contenida en los capítulos anteriores como en los razonamientos expuestos por la CortelDH, referentes a la situación de hacinamiento y que calzan como anillo al dedo para resolver sobre las violaciones a los derechos humanos que sufren estos colectivos en examen, forzoso es concluir en la necesidad de tomar medidas que eviten mayor aflicción y sufrimientos en estos reclusos y ante la imposibilidad del Estado de garantizar sus derechos en prisión. De seguidas se procede a responder las cuestiones que plantea la CIDH en la OC.

192.- En cuanto a la pregunta general, con base en lo expuesto en anteriores capítulos, no hay duda que la adopción de medidas o enfoques diferenciados que garanticen los requerimientos específicos de grupos vulnerables o vulnerados no afectan el principio de igualdad y “no discriminación” y se justifican en el artículo 24 convencional y en el 1.1 por las siguientes razones: Una: Porque las circunstancias específicas de esos grupos los coloca en desigualdad respecto del resto y fijar enfoques diferenciados lo que permite es igualarlos en sus desigualdades; y. Dos: Esos enfoques diferenciados no afectan los derechos del resto de la población reclusa ni en las condiciones de detención como tampoco en los recursos que se interpongan para proteger los derechos en el contexto de la privación de libertad.

193.- En cuanto a las preguntas específicas, el colectivo de **Mujeres embarazadas, en posparto, lactantes**, actualmente cuenta con las Reglas de NU para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok de 2011)¹⁶² Para **Niños que acompañan a sus Madres en prisión**: Fundamentalmente el Convenio sobre los derechos del niño, contiene disposiciones específicas de protección en caso de estar privados de libertad o en prisión de acompañantes. Mientras que los **Adultos Mayores privados de libertad** cuentan para su protección con la Convención Interamericana sobre la Protección de los DDHH de las personas mayores¹⁶³.

194.- En general, se prevé que la población reclusa femenina en situación de embarazo tiende a reducirse y con ello los nacimientos, lo que cambiaría las necesidades presentes en relación con ambos grupos; mientras que como se indicó la población vieja tiende a aumentar y según proyecciones de estudios de la OMS, dentro de apenas treinta (30) años, los adultos mayores (más de 60 años) se

¹⁶² Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)]65/229. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)

¹⁶³ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores. Tratados Multilaterales Interamericanos » A-70 Texto de la Convención Tratados Multilaterales.

duplicaran para un aproximado de 2000 millones. Aunque en la actualidad este **colectivo de personas mayores** privadas de libertad resulta ser un grupo reducido, sin embargo, en la medida que la población vieja vaya en aumento posiblemente, en igual proporción crecerá la población de mayores en prisión, aunque no necesariamente.

195.- Esas proyecciones deben inquietar tanto a gobiernos como al sistema interamericano; por lo que lo recomendable es ir acoplando políticas para la atención futura de los adultos mayores en prisión, principalmente sobre la necesidad y urgencia de: por una parte, tomar medidas adecuadas y acondicionar las penitenciarias que albergan a este colectivo para básicamente facilitar su movilidad en el penal; así como implementar programas de actividades laborales, de aprendizaje y recreación acordes con sus carencias o dificultades propias de la edad y de ese modo se preparen para su vida en libertad. Por otra parte, considerándose los deterioros naturales por la edad y los requerimientos especiales del grupo ha de estructurarse, dentro del penal, centros o módulos para atención primaria de salud como para la aplicación de tratamientos y medicación de enfermedades crónicas: hipertensión y diabetes, afecciones hepáticas, pulmonares y cardiovasculares.

196.- De otra parte, significativo es determinar si ¿es posible justificar los enfoques diferenciados conforme al principio de igualdad y no discriminación? Como se dijo la igualdad ante la ley que garantiza el artículo 24 convencional no se concibe en el sentido que todos son iguales ya que la realidad es que son distintos los unos a los otros, lo que conlleva a disímiles características; por tanto, conforme a ese principio de igualdad ha de considerarse las particularidades, para de esta manera lograr un concepto efectivo de igualdad, o sea, tomando en cuenta las desigualdades.¹⁶⁴

197.- De lo anterior se concluye que para una autentica igualdad ante la ley se debe atender las desigualdades propias de cada individualidad. Por ejemplo: En el penal todos tienen la obligación de barrer los lugares que utilizan pero obligar a una embazada o persona mayor a realizar esa tarea les coloca en desventaja real ya que ello puede ser causa de un aborto o alumbramiento prematuro y en la persona mayor puede causarle más sufrimiento físico o mayor deterioro en su salud. Entonces, siempre habrá enfoques diferenciados a objeto de una verdadera igualdad; interesa resaltar como principio

¹⁶⁴ CCMDH

general¹⁶⁵ y aplicable a la convención el **enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor** en su artículo 3 literal I).

198.- Con vista de la **normativa internacional** contenida en el Capítulo Cuarto, los conceptos y opiniones referidas *supra*, nuestra posición¹⁶⁶ es que **si es posible la adopción de enfoques diferenciados con la finalidad de responder a las circunstancias propias de cada uno de estos grupos**, por una parte, porque tales diferencias no afectan la igualdad ante la Ley que preconiza el referido artículo 24; y, por la otra, en lo que respecta a los colectivos en estudio, ciertamente no afecta los derechos de las otras personas privadas de libertad los que permanecen intactos.

199.- En relación al artículo 1.1 convencional, a nuestro¹⁶⁷ parecer, también es posible justificar esa necesidad de enfoques diferenciales principalmente porque no constituyen discriminación alguna sino por el contrario, resultan ser maneras de evitar desigualdades atendiendo las diferencias específicas de cada grupo. Ilustramos con un ejemplo: Son tres personas con diferentes tamaños detrás de una pared que miran hacia el otro lado, una está subida sobre diez ladrillos, la otra sobre cinco ladrillos y la tercera está de pie sobre el piso. Las tres personas pueden ver hacia el otro lado por encima de la pared porque pudieron superar sus desigualdades, esto es la altura, o sea, estas diferencias logran una igualdad. Análogamente ocurre en las personas de estos colectivos privados de libertad, para que exista igualdad es necesario enfoques diferenciados.

200.- Ahora, en relación a las necesidades concretas de mujeres **embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad** a la luz de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 y 24 de la CADH, del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, y de otros instrumentos interamericanos aplicables, que comprenden fundamentalmente la no discriminación, derecho a la vida, integridad personal, honra y dignidad, pensamiento y expresión, protección a la familia e igualdad ante la ley, imperiosamente hay que concluir que los Estados asumen otras obligaciones aparte de estas generales porque hay que considerar sus especiales condiciones.

¹⁶⁵ Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores. Tratados Multilaterales Interamericanos » A-70 Texto de la Convención Tratados Multilaterales.

¹⁶⁶ CCMDH

¹⁶⁷ CCMDH

201.- En relación con lo anterior, un ejemplo ilustra las diferencias: Ciertamente el Derecho a la Vida debe garantizársele a todos en el Penal pero una reclusa en estado de gestación, le exige al Estado, en específico, una adecuada y especializada atención médica; una alimentación ajustada a sus requerimientos, entendiendo que el feto para su desarrollo le consume sus nutrientes por lo que demanda alimentos que suplan sus deficiencias; vitaminas suplementarias como hierro para evitar estados anémicos que la lleven a la muerte o a malformación fetal como columna bífida, entre otras situaciones fatales.

202.- En similar sentido, otra situación a tomar en cuenta es la diferencia para traslados de reclusos; para las embarazadas, si bien es necesario medidas de seguridad que eviten su huida también el Estado debe garantizar que las mismas sean compatibles con su especial estado. Abundante literatura revela que encadenarla a la cama en el proceso de alumbramiento es altamente riesgoso tanto para su vida como del feto, igual ocurre en el traslado en ambulancia; por tanto, debe preverse otras maneras consonas con su especial condición, lo contrario puede constituir agravio contra su vida y la criatura. Una manera de seguridad es, por ejemplo, un brazalete con Gps¹⁶⁸ que suple el encadenamiento a la cama o con otras presas. Estas diferencias de trato no pueden tenerse como una discriminación respecto del resto de la población carcelaria.

203.- Por otra parte, el alcance del derecho al acceso a la información de su condición de embarazo, posparto y lactante debe ser el mismo al que tendría en libertad y así debe garantizarlo el Estado dentro de la cárcel. Si bien, lo ideal es que la madre en estado de gestación cuente con una medida distinta a la privación de libertad en prisión; sin embargo, se observa que en los países hispanos ni jueces ni fiscales son proclives a otorgarles –al menos- medida de privación domiciliaria temporal. Creemos¹⁶⁹, que ese estado gestacional comporta para el Estado la obligación incuestionable de condiciones de reclusión especiales y para el caso de no estar en condiciones de garantizar la vida de la reclusa ni del producto de su embarazo, lo que corresponde es otorgar una detención domiciliaria o en otro lugar

¹⁶⁸ **Las pulseras actuales** llevan en su mayoría conectividad GPS que, combinada con otros sistemas de posicionamiento y radiofrecuencia, facilita un **seguimiento más exacto** tanto en el interior del domicilio como el exterior. Estas soluciones dependen también de la tecnología **AFLT**, que permite geolocalizar un dispositivo gracias a la red móvil (por tanto, necesitan ir equipados con una SIM y tener acceso a una red telefónica). **¿Cómo es la tecnología que vigila a quien está en arresto domiciliario?** <https://www.xataka.com/otros/la-tecnologia-detras-de-un-arresto-domiciliario> 20 Mayo 2015 Consultado 14 enero 2021.

¹⁶⁹ CCMDH

adecuado que si lo garantice; y, de no ser posible debe realizarse su liberación inmediata para no incurrir en violación a sus derechos y de la criatura.

204.- En general, en los casos de mujeres privadas de la libertad con hijos o hijas en la primera infancia que se encuentran fuera del establecimiento carcelario y para el caso que, por la peligrosidad de la interna en estado de gestación, posparto, lactante y/o con infantes, u otras razones que determine el Ejecutor de Penas, no sea posible mantenerla fuera del recinto penitenciario el Estado debe garantizar un contacto continuo, fluido y en un ambiente aparte, donde pueda intimar con el hijo, esto principalmente por dos razones: Una: Resulta perjudicial para el desarrollo psicológico del niño romper el vínculo afectivo con la madre ya que la calidad y cantidad de ese afecto influirá en el desarrollo de la personalidad de quien será adolescente y adulto. Otra: Cuando ese vínculo afectivo se rompe el niño se siente en abandono, pues aquél no es sustituido por nadie, es ahí donde puede comenzar a fraguarse un nuevo delincuente, sea en la adolescencia o adultez.

205.- Entonces, por estas razones, los Estados deben adoptar medidas específicas que aseguren el mantenimiento de un vínculo estrecho madre e hijo/a y acorde a sus necesidades especiales, entre otras, el centro penitenciario debe permitir visitas frecuentes del niño, con tiempo y dedicación suficiente, con protección capaz de propiciar un encuentro tierno y cariñoso, que le muestre al infante que no fue abandonado por la madre sino que se trata de un distanciamiento temporal y que pronto estarán juntos para siempre.

206.- Se insiste que lo mejor para el RN e infantes es estar junto a su Madre sea en su domicilio u otro lugar adecuado del que disponga el Estado empero de no ser posible mantenerla fuera de prisión, lo conveniente para el infante es acompañarla en prisión y para lo cual el Estado debe asumir una mayor responsabilidad ya no sólo con la madre sino también con la criatura. Conviene hacer hincapié que si bien es más fácil el manejo de los derechos del niño en la calle, cuando esté acompañando a la madre en prisión sus derechos siguen incólumes y así debe garantizarlos el Estado; sinembargo, no puede evitarse considerar que -como se sabe- las cárceles son centros donde confluyen sentimientos negativos: culpas, odios, resentimientos, rencores, rencillas, miedos, abandonos, entre otros, ya sean internalizados en el reo o sea expuestos ante el conglomerado, por lo que se trata, generalmente de un ambiente, por decir lo menos, insano y peligroso que pudiera afectar más al crío, por lo que lo más conveniente es una estadía extramuros para ambos, al menos temporal.

207.- La situación de los niños en prisión es compleja pero corresponde a los Estados asegurar el derecho a la vida familiar del niño o la niña, incluyendo el contacto con el otro progenitor. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad¹⁷⁰. Es en la familia donde se encuentran los grandes y permanentes afectos; los ejemplos, algunos buenos y otros malos, que definirán la personalidad; la moral y buenas costumbres, aunque a veces no tan buenas pero en definitiva eso es lo que se tiene y sobre esas bases forjaran su vida futura. La garantía del contacto del niño con el otro progenitor es obligación del Estado y debe procurarlo por todos los medios, con base en las mismas razones del derecho a la vida familiar.

208.- En lo referente al derecho a la salud y alimentación de niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres, es de recalcar son los mismos derechos de la calle y debe garantizárseles una alimentación balanceada y suficiente para su etapa de desarrollo; una atención adecuada en su salud, vacunación y cuidados pediátricos, al menos una visita trimestral al pediatra para su control de desarrollo, proporcionarse –además- suplementos vitamínicos para su crecimiento y bienestar.

209.- Son también deberes de los Estados asegurar un adecuado desarrollo de los niños y niñas que viven en prisión, lo que puede alcanzarse fabricando o adaptando algunas estructuras para conseguirlo: 1) Un módulo o casa cercana o no al centro penitenciario, donde la madre tenga un pequeño cuarto para compartir con el hijo, es lo apropiado; 2) Un preescolar, o al menos contar con un área que permita realizar actividades propias para su desarrollo motriz y mental; 3) Un área de esparcimiento y recreación para los niños, donde haya juegos al aire libre y juguetes en salón de niños. Y asimismo, a los fines de la integración comunitaria, socialización, educación y recreación, los niños requieren del contacto con el mundo exterior para lo cual conviene realizar campamentos o paseos, bien a campo abierto u otro lugar especial; y es aconsejable realizar algunas actividades festivas dentro del lugar para el disfrute de los niños y que tengan buenos momentos para recordar.

210.- Cuando los ordenamientos o convenciones proyectan tales obligaciones a cargo de los Estados y a favor de las niñas y niños que acompañan a las madres en prisión, algunas personas aseveran que las cárceles no son clubes y yerran en su modo de ver tal situación. A nuestro parecer¹⁷¹ es conveniente echar una mirada a la sociedad advirtiéndole su futuro y el cual está en los niños de hoy; por

¹⁷⁰ Artículo 17 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹⁷¹ CCMDH

tanto, si es razonable y útil que esos niños no adviertan grandes diferencias que los afecten, para que mañana sean adultos sin odios ni resentimientos.

Ciertamente, si los niños y niñas tienen una infancia donde el afecto es preponderante, una buena formación moral y cívica de seguro nuestra sociedad futura estará formada por hombres y mujeres de bien, con moral y buenos principios, respeto por la vida ciudadana y solidaridad humana; y es en esa comunidad donde se reflejara los esfuerzos de hoy y desde luego el compromiso de los Estados miembros de la Convención y el mismo sistema interamericano.

211.- Por otra parte, en la presente opinión consultiva está el colectivo de las **personas mayores**, conformado por reclusos con edad superior a los 60 años y en quienes –es sabido- comienza un deterioro progresivo que afecta lo físico, fisiológico y mental. Igual vale para los adultos mayores lo que se dijo para las mujeres embarazadas, el adulto mayor **en prisión conserva todos sus derechos a excepción del derecho a la libertad**. Con base en ello y en general, si el Estado va a ejercer su potestad de restricción de la libertad podrá hacerlo pero con la garantía de que todos los otros derechos le serán respetados, pues lo contrario constituye violaciones a los derechos humanos y por ende le acarrea responsabilidad internacional.

212.- Considerando las particularidades de los adultos mayores en prisión, entre las obligación del Estado está asegurar el derecho de accesibilidad y movilidad personal en los centros de reclusión. Como se dijo las cárceles se han construido para población penal joven, por lo que carecen de estructuras que les facilite una movilidad adecuada; además, la mayoría de cárceles cuentan con más de un piso y no hay clasificación de la población, por lo que los mayores suben y bajan escaleras, sin pasamanos, para acceder a dormitorios, comedores o patios; pero más grave, en algunas prisiones utilizan camas estilo litera y para el adulto mayor es difícil encaramarse, por dolencias en articulaciones por la edad, lo que conlleva a vulnerar su derecho a la movilidad que ha de garantizársele en prisión. Por tanto, resulta más apropiado la fabricación de módulos o casas, sea dentro o fuera del penal para hacerles posible y seguro el desplazamiento.

213.- Por otra parte, es obligación estatal, en materia de atención médica y psicológica a personas mayores privadas de libertad, mínimo una atención médica primaria dentro del Penal, entendida como la observación mensual o al menos trimestral de sus condiciones de salud así como exámenes de laboratorio. Es de tener en cuenta que el adulto mayor padece –habitualmente- enfermedades crónicas

como diabetes e hipertensión; o, de afecciones cardíacas, renales, hepáticas y pulmonares que para su tratamiento y control exigen medicación, que inexcusablemente ha de proporcionarlos el Estado en la prisión. Asimismo, tiene la obligación de prestar una atención psicológica a la persona mayor porque entra en estados depresivos propios de la edad y a lo que se agrega el encierro, la soledad y abandono que generalmente se presenta en este colectivo en prisión.

214.- Por lo que respecta a las medidas que deben adoptar los Estados para asegurarle a los mayores privados de libertad contacto exterior con su familia, principalmente, lo conveniente es que la privación se cumpla en un centro ubicado cerca del lugar del domicilio, pues básicamente –se entiende- que su situación de abandono se da por esa causa. En atención a esta obligación del Estado, de propiciar el contacto con el exterior, ha de tener en cuenta otro factor que hace nugatorias las visitas a los adultos mayores y es ese extremado proceso de requisa. Parientes y amigos se quejan que las inspecciones personales son deshonrosas y si van a una visita no vuelven, cuando lo apropiado es un registro con máquinas y/o rayos que aparte de ser más seguras son menos denigrantes. Esa garantía de contacto con el exterior, permite –a nuestro modo de ver- que se cumpla la finalidad de la pena pues su rehabilitación y/o reinserción social solo se logra asegurándoseles ese contacto familiar y de amistad propicio, que lo estimule a querer regresar a su entorno porque de no ser así de nada sirvió el encierro.

215.- Ese deber específico de los Estados de garantizar a los mayores su reinserción social se logra o asegura cuando previamente adoptó medidas eficaces para asegurarles contacto exterior con su familia y se conjuga con actividades laborales, educativas, recreacionales y autoestima. La reinserción social se produce cuando la persona comprende por una parte que su actuación al estar al margen de la ley conllevó a una pena; y, por otra, que el delito que cometió no solo causó daño a la víctima sino que además se produjo así mismo un gran sufrimiento como a su familia; y, cuando asimila que la única manera de reestablecer su vida es entendiendo que debe vivir dentro de los parámetros de la ley. Son recomendables algunas actividades recreativas para mantener en alerta a este colectivo, tales como juegos de mesa, un poco de caminatas o gimnasia pasiva.

III) CONCLUSIONES

216.- Para establecer Enfoques Diferenciados respecto a un colectivo, de inmediato conviene reflexionar si éstos afectan el principio de igualdad que consagra el artículo 24 y en concordancia con

1.1 convencional, lo que a nuestro leal saber y entender, esa necesidad en los privados de libertad de garantizarles, atendiendo circunstancias específicas basadas en su especial condición -como se indicó supra- no transgrede ese principio de igualdad; mientras lo contrario, o sea, no atender esas diferencias si definitivamente se les coloca en situación de desigualdad frente a los demás reclusos.

217.- Si bien dentro del sistema interamericano no se cuenta con una normativa especial referente a enfoques diferenciados para estos grupos vulnerables; si hay normas que los protegen y que -desde luego- son parte del *corpus iuris* de los derechos humanos, por ende aplicables.

218.- Conviene para concluir precisar que la CIDH ha establecido categóricamente la diferencia que existe entre distinciones y discriminaciones. Y, la jurisprudencia ha establecido que la Convención Americana no prohíbe todas las distinciones de trato y determina: *Las “distinciones” constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las discriminaciones constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos.*¹⁷² Interesa añadir que para que una distinción sea considerada objetiva y razonable debe perseguir un propósito legítimo y emplear medios proporcionales a la finalidad de la distinción, de lo contrario es incompatible con la Convención y la normativa internacional.¹⁷³

219.- Justificados los enfoques diferenciados con base en la normativa internacional, la jurisprudencia, los argumentos y opiniones reflejadas en estas observaciones y la determinación de esa H. Corte que “Las diferencias de tratamiento en circunstancias por lo demás similares, no necesariamente son discriminatorias”¹⁷⁴ allana el camino para establecer normas protectoras para estos grupos vulnerables y que se precisan conforme a esta OC. De seguidas, se presentan las conclusiones a las que se llega:

220.- Primera: Básicamente la delincuencia aumenta en la medida que aumenta la pobreza. La primera causa que incrementa la comisión de delitos es la carencia de recursos económicos de la persona del delincuente para cubrir sus necesidades básicas y de su familia. Esta afirmación se apoya en las siguientes situaciones o circunstancias:

¹⁷² Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

¹⁷³ Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

¹⁷⁴ Informes de fondo publicados por la CIDH Informe No. 04/01. Caso 11.625. Fondo. María Eugenia Morales de Sierra. Guatemala. 19 de enero de 2001 31.

Una: En los países desarrollados o con bajos niveles de miseria el número de delitos es menor y por ende, son pocos los privados de libertad. Interesa observar que la mayoría de delitos que se perpetran atentan contra el patrimonio y aunque a veces se causa muertes, el fin u objetivo es la propiedad. También conviene, en esta conclusión, especular sobre la Venezuela prospera de antaño, época en que el país manejaba cifras muy bajas de delincuentes. Noruega, Finlandia, Reino Unido, Canadá, Costa Rica, Panamá son ejemplos actuales de poca delincuencia.

Otra: En los países de pleno empleo y económicas estables también es bien reducida la actividad delincencial por lo que sí existe una relación con la pobreza. Ahora, interesa ver Colombia, por ejemplo, hace unos cuarenta años era invivible por la cantidad de robos y muertes como por la galopante corrupción, al mejorar la situación económica este panorama cambio, al punto de verse hoy como una nación prospera, democrática y con Estado de Derecho.

221.- Segunda: En un Estado donde se respeten los derechos ciudadanos difícilmente se pretendería o aspiraría a enfoques diferenciados. Definidamente, no se requieren tratos diferenciados en sistemas penitenciarios que cumplan a satisfacción los requerimientos para los privados de libertad, en cuanto a: alimentación balanceada, servicio de atención médica primaria, suministro de medicamentos y vitaminas, celdas higiénicas y ventiladas, clasificación adecuada de reclusos, espacios de esparcimiento, entre otros. Resulta un paradigma el Sistema Correccional Noruego, en el sentido de mostrar que efectivamente con la prisión el único derecho que se restringe es la libertad y nada más. Eso significa que todos los presos tienen los mismos derechos que las otras personas que viven en Noruega y la vida en la cárcel debe ser parecida, en lo posible, a la del mundo exterior.¹⁷⁵ Este sistema carcelario noruego es descrito como “la Utopía de las prisiones” porque son extremadamente cómodas y así deberían ser las cárceles de la región, teniéndose en cuenta –se insiste- que el único derecho que se limita es la libertad.

222.- Tercera: Los problemas del sistema penitenciario **no sólo se resuelven con más cárceles sino también con menos cárcel**. Palabras más palabras menos así lo sentenció la Corte Constitucional

¹⁷⁵ Consultado 31 octubre 2020

[https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_carceles_noruega_presos_comodidades_breivik_amv#:~:text=De%20hecho%2C%20el%20sistema%20penitenciario,agradable%20\(del%20mundo\)%22.](https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_carceles_noruega_presos_comodidades_breivik_amv#:~:text=De%20hecho%2C%20el%20sistema%20penitenciario,agradable%20(del%20mundo)%22.)

Colombiana¹⁷⁶ y reconoció que no todas las personas que están en prisión deberían estarlo. Si el sistema judicial, de los países de la región, entendiera y aplicara exactamente el principio conforme al cual: *La libertad es la regla y la prisión es la excepción*, las cárceles actuales serían suficientes para albergar a los privados de libertad que por su peligrosidad y gravedad del delito deben estar en ellas.

223.- Cuarta: Si bien la aplicación del principio *pro libertatis* pudiera llegar a entenderse contrario a los derechos de la víctima ello necesariamente no es así, ya que mayormente los delitos perpetrados son de orden patrimonial y reparables. El noble ordenamiento procesal penal prevé acuerdos reparatorios que por una parte permite el resarcimiento económico a la víctima; y por otra parte, la posibilidad para quien delinque de quedar en libertad o sometido al cumplimiento de otras medidas. Invitar a que se aplique esta institución procesal conllevaría a un menor número de reclusos y posiblemente se evitarían escenarios de violaciones de DDHH en el penal y situaciones que exigen enfoques diferenciados.

224.- Quinta: Corresponde a esa H. Corte, en la tarea de establecer enfoques diferenciados de los privados de libertad conjugar los principios de igualdad y “no discriminación” que permita un trato distinto a esos grupos vulnerables y vulnerados, atendiendo necesidades especiales y circunstancias específicas que los hacen distintos; y, para lo que necesariamente ha de ponderar todas las normas, principios y derechos constitucionales que puedan verse enfrentados, para mantener por una parte un verdadero equilibrio con base en los principios de justicia y equidad; y por otra parte, que los derechos de las víctimas no sean menoscabados.

225.- Sexta: A todo evento, el colectivo de “personas mayores” privadas de libertad forzosamente exigen un tratamiento diferenciado y el que debe dárseles atendiendo sus condiciones de deterioro por la edad y que les lleva al padecimiento de condiciones patológicas que inciden negativamente en su salud física y/o mental y a una mayor aflicción en la cárcel.

226.- Séptima: Definitivamente, esos enfoques diferenciados en embarazadas, posparto, lactantes, niños y niñas que acompañan a las madres en prisión y las personas mayores exigen mayores erogaciones al presupuesto nacional para satisfacer sus especiales necesidades; sin embargo, otorgar mayormente a estos colectivos detención domiciliaria u otras medidas cautelares constituyen genuinas

¹⁷⁶ Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf

soluciones para abaratar el sistema carcelario y a la vez estar dentro de los estándares internacionales para la protección de las personas privadas de libertad, en concreto ambos colectivos.

227.- Octava.- La posibilidad del uso de “Dispositivos de Monitoreo”¹⁷⁷ permite por una parte, la vigilancia fuera de prisión de estos colectivos, lo que sería un gran avance, porque minimiza las posibles violaciones a los derechos humanos en las cárceles ante la imposibilidad, en la generalidad, de suplir todas las necesidades específicas tanto de las mujeres embarazadas, en posparto, lactantes, niños y niñas que acompañen a las madres privadas de libertad y adultos mayores. Y, por otra parte, permite asegurar el sometimiento del delincuente a la autoridad penitenciaria; sometimiento y cuidado que tiene como finalidad enderezar la conducta del transgresor, en busca de su readaptación para reinsertarse a la vida en sociedad así como garantizar, al no cumplir con las medidas impuestas, el regreso a prisión para su rehabilitación en encierro. Seguramente para el Estado es más económico –a mediano plazo- implementar este sistema de geolocalización de detenidos y mantenerlos extramuros.

228.- Novena: Teniendo como premisa que en los privados de libertad el único derecho afectado con la pena es la libertad y, si la reclusión de estos grupos vulnerables afecta otros derechos fundamentales como su vida y salud, ante la incapacidad del Estado de garantizarlos dentro del centro penitenciario, incuestionable -se insiste- lo que corresponde es sustituir su reclusión por otra medida que permita satisfacer las necesidades especiales a embarazadas, en posparto, lactantes, con niños acompañándolas y personas mayores.

229.- Décima: Respecto a población mayor reclusa, es deber ineludible del Estado afrontar su compromiso y adecuar las instalaciones de cumplimiento de penas a sus necesidades, esto es, que cuente con instalaciones adaptadas tanto para su movilidad dentro del penal como para prestarles la

¹⁷⁷ Existen numerosos fabricantes para los **dispositivos electrónicos de monitorización y control**: una rápida búsqueda devuelve algunos nombres como [CAM Systems](#), [Stop LLC](#) o [Actron Systems](#). Sin embargo, uno de los más populares es [Omnilink](#), que entre sus clientes cuenta con numerosos estados de Estados Unidos. En el mercado existen **una gran variedad de modelos**: desde los más sencillos hasta otros más avanzados que permiten a las autoridades comunicarse con la persona que lo lleva o saber si ha bebido alcohol.

Podríamos dividir estos dispositivos en dos grandes categorías. Por un lado están aquellos que **funcionan por radiofrecuencia**. Son los más básicos, ya que únicamente sirven para saber si una persona está en un determinado lugar (su domicilio) o no. Estos sistemas se componen de dos elementos: por un lado la propia pulsera y, por otro, una base que se comunica con ella y se instala en el lugar donde la persona tiene que cumplir condena. **¿Cómo es la tecnología que vigila a quien está en arresto domiciliario?** <https://www.xataka.com/otros/la-tecnologia-detras-de-un-arresto-domiciliario> Consulta 14 enero 20121

debida asistencia médica; esta última extendida -como se ha indicado- a mujeres embarazadas, lactantes o con infantes.

IV) RECOMENDACIONES

230.- Con base a la información que la población mayor para el año 2050 se habrá duplicado (2000 millones de personas mayores de 60 años), necesario es concluir que, en la medida en que la población vieja crezca (por las razones indicadas) en similar medida pudiera crecer la población carcelaria anciana; por consiguiente, es recomendable que la presente OC puede constituir verdaderos avances hacia las condiciones dignas y de bienestar, tanto para las hoy personas mayores privadas de libertad como de esa misma población pero vista a tres décadas y que –seguramente- será muy superior porque el delito no para.

231.- Ante la realidad, del actual aumento de la población femenina delincuente, que al resultar privada de libertad y ante la probabilidad de una maternidad se exige condiciones especiales de reclusión para asegurar sus derechos y los del producto de la concepción, le corresponde al Estado asumir los costes de un trato diferenciado.

Resulta muy conveniente y necesario que el sistema interamericano, mediante su Opinión Consultiva establezca parámetros a cumplir por los Estados, en procura de implantar estándares internacionales que minimicen los efectos dañinos que se presentan en esa especial situación y que efectivamente las cárceles con mujeres privadas de libertad embarazadas, lactantes o con infantes cuenten verdaderamente con módulos maternos para albergarlas en condiciones dignas y de higiene, tranquilidad, seguridad y que garantice un desarrollo fetal, buen parto y sobre todo un posparto y lactancia adecuado y luego, un desarrollo apropiado del niño.

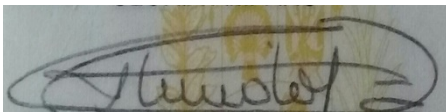
232.- Ante el hecho cierto que las personas mayores exigen condiciones especiales, principalmente referidas a atención médica, medicación, movilidad segura y contacto familiar como garantía de sus derechos humanos es recomendable establecer enfoques diferenciados para este grupo en su condición de personas privadas de libertad.

233.- Interesante resultaría recomendar en esta OC implementar la utilización de Sistemas de Geolocalización para detenidos, que faciliten –primeramente- a esas personas vulnerables cumplir la pena o detención preventiva fuera de la cárcel pero pudiendo ser efectiva y eficazmente vigiladas,

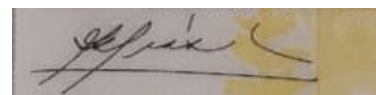
supervisadas o monitoreadas. Esto es beneficioso no solo para esas personas que aprovechan una medida distinta a la privación de libertad dentro de la cárcel sino también para el propio Estado, quien ante la imposibilidad de cumplimiento de estándares internacionales para los privados de libertad, en especial: embarazadas, en posparto, lactantes, con infantes que las acompañen y personas mayores porque por una parte, pueden satisfacer adecuadamente la finalidad de la penas como es la rehabilitación y reinserción a la sociedad del delincuente; y, por otra parte, no vulnera derechos humanos de estos colectivos, más si esa H. Corte mantiene el criterio, cito: Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante y la ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación.¹⁷⁸

234.- Por todo lo expuesto solicitamos a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos que nos reconozca como *amicuriae* en el presente proceso consultivo, admita el presente documento bajo esa calidad y tome en consideración los argumentos esgrimidos al momento de dar respuesta a la solicitud presentada: Enfoques Diferenciados sobre mujeres embarazadas, en posparto y lactantes como niños y niñas que acompañan a las madres privadas de libertad y las personas mayores.

Por CIUDADANOS DEL MUNDO POR DERECHOS HUMANOS:



GLORIA PERICO DE GALINDO
Directora General Encargada
Documento Identidad:



GLORÍA RÍOS RENDON
Secretaria Ejecutiva Encargada
Documento Identidad:

¹⁷⁸ Consultada en fecha 2 enero 2021: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06.pdf