

Corte Interamericana de Derechos Humanos
Re: Opinión Consultiva OC-25/20
“Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”

Opinión de Juan E. Méndez¹

Ilustre Corte:

Me es muy grato aceptar la invitación de la Sra. Presidenta de la Corte, Dra. Elizabeth Odio Benito, a ofrecer mi parecer sobre las preguntas formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su solicitud de Opinión Consultiva del 25 de noviembre de 2019.

A los efectos de notificaciones en el referido trámite, ruego a la Secretaría de la Ilustre Corte dirigir las mismas a:

Juan E. Méndez

A continuación, ofrezco a consideración de la Ilustre Corte el siguiente dictamen.

I. Introducción

El marco normativo desde el cual se debe enfocar la problemática de los derechos de las personas privadas de libertad se encuadra en dos prohibiciones absolutas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Arts. 1 y 16 de la Convención Contra la Tortura) y el principio de igualdad y prohibición de la discriminación en todas sus formas, incluyendo la igualdad de protección ante la ley (Arts. 1 y 24, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Estos dos principios tienen carácter imperativo (*jus cogens*).

Ambos principios se basan en el derecho de los tratados y también en su carácter de derecho internacional consuetudinario; en ambos casos las sendas prohibiciones han adquirido el estatus de norma imperativa del derecho internacional general (*jus cogens*) que no puede ser alterada ni derogada por ninguna norma de tratados ni de costumbre, y que se aplica a todo Estado miembro – actual o futuro – de la comunidad internacional independientemente de su voluntad o decisión soberana.

El carácter consuetudinario y *jus cogens* de la prohibición de la tortura y del trato o pena cruel, inhumano o degradante se demuestra con la amplia suscripción de los tratados respectivos y con la ausencia de reservas a las normas de prohibición (reservas que serían de todos modos

¹ Profesor Residente de Derechos Humanos, Washington College of Law, American University; ex Relator de Naciones Unidas para la Tortura (2010-16). El autor agradece la asistencia de María Eva Dorigo, Vanessa Drummond y Stephanie Herrmann.

inválidas conforme al Derecho de los Tratados).² Además, prueba del carácter consuetudinario y *jus cogens* de la prohibición absoluta de la tortura y del maltrato es la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1978.³

Además, el Derecho Internacional ha reconocido que el principio fundamental de igualdad y no discriminación también integra el muy limitado número de normas *jus cogens*.⁴ Un principio adquiere el estatus de *jus cogens* cuando es aceptado y reconocido por la comunidad internacional como una norma de la cual no se permite en ningún caso ni su derogación ni su suspensión y que sólo puede ser modificada por una nueva norma emergente de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.⁵ Toda acción que vulnere una norma *jus cogens* da lugar a la responsabilidad internacional del Estado.⁶

El principio de igualdad y no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales, lo cual demuestra su aceptación y reconocimiento generalizados como principio universal y como requisito esencial para la protección efectiva de los derechos humanos.⁷

La obligación de los Estados de proteger los derechos humanos y prevenir su violación, así como la de promover la igualdad y prevenir la discriminación se aplican expresamente a las personas privadas de libertad. El principio de igualdad y no discriminación está asimismo

² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969, 115 U.N.T.S. 331, Arts. 53, 64 y 71.

³ Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, U.N. Doc. No. 33/28A, 1978; véase también, Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, *Furundzija*, Caso IT-95-17/1-T, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, párrs. 143-45, disponible en <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf>.

⁴ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 18-03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 2003 [“OC-18/03”]; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Duque v. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Costas, 2016 [“*Duque v. Colombia*”]; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84 sobre Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, 1984 [“OC-4/84”]; Caso *Espinoza González v. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2014.

⁵ Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 71^{er} período de sesiones, U.N. Doc. No. A/74/10, páginas 141-43 (que adoptó en primera lectura el borrador de conclusiones para la Asamblea General sobre la identificación de normas imperativas de Derecho Internacional) [“Informe de la Comisión de Derecho Internacional, A/74/10”], disponible en https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/a_74_10_advance.pdf.

⁶ OC-18/03, párr. 85; Corte Europea de Derechos Humanos, *Irlanda v. Reino Unido*, Caso 5310/71, 1978, párr. 239; véase también Comité de Derechos Humanos, Comentario General Nro. 3, 1981.

⁷ OC-18/03, párr. 86; Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), 1948, Artículo 3(1); Carta de las Naciones Unidas, 1945, 1 U.N.T.S. XVI, Artículo 1(3); véase también La Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José,” 1978, Arts. 1 y 24; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171, 1966, Arts. 2(1) y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 993 U.N.T.S. 3, 1966, Artículo 2(2); Convención sobre Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, 1249 U.N.T.S. 13, 1979, Arts. 1 y 2; Convención Internacional sobre Eliminación de la Discriminación Racial, 660 U.N.T.S. 195, 1965, Arts. 1 y 2; Convención sobre Derechos del Niño, 1577 U.N.T.S. 3, 1990, Artículo 2; Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, U.N. Doc. No. A/RES/61/106, Arts. 1 y 3.

consagrado en instrumentos internacionales que se refieren específicamente a la privación de libertad y a las condiciones de detención.⁸

Esta Ilustre Corte ha explicado que el principio imperativo de igualdad y no discriminación encarna tanto un concepto negativo de la acción estatal, que prohíbe las diferencias arbitrarias entre grupos, como un concepto positivo que exige de los Estados la creación de condiciones de efectiva igualdad, especialmente con relación a grupos históricamente excluidos o que están en riesgo mayor de sufrir discriminación.⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que no toda diferencia de trato es inherentemente discriminatoria y no toda diferencia de trato viola normas imperativas del Derecho Internacional. No hay discriminación si la diferencia de tratamiento obedece a un propósito legítimo, ni tampoco cuando esa diferencia no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. En otras palabras, no es discriminatorio el trato diferente cuando se basa en clasificaciones que responden a diferencias sustanciales de hecho y cuando hay una relación razonable de proporcionalidad entre esas diferencias y los objetivos de la norma bajo examen. Desde luego, esos objetivos de la ley no pueden ser injustos ni irracionales, ni arbitrarios ni caprichosos ni despóticos ni estar en conflicto con la esencial igualdad y dignidad de la especie humana. Ejemplos de tratos diferenciados que no son discriminatorios son los que distinguen entre grupos de personas por sus desigualdades de hecho, como entre adultos y niños y niñas, cuando esas medidas tienden a proteger a los niños y niñas considerando su situación de relativa debilidad o vulnerabilidad.¹⁰

La Corte también ha reconocido que el principio de igualdad y no discriminación prohíbe tanto las políticas y normas discriminatorias como la discriminación *de facto* o aquellas normas y prácticas que sin tener un objetivo abiertamente discriminatorio tienen un impacto que sí lo es.¹¹ Esto es así porque el principio de igualdad y no discriminación es la base de la estructura jurídica del orden público tanto nacional como internacional, y permea a todo el ordenamiento jurídico. Las políticas y las prácticas que tienen impacto discriminatorio violan el principio de igualdad y no discriminación aun cuando no se pueda hallar una intención de discriminar.¹²

⁸ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), actualizadas en 2015, U.N. Doc. No. A/Res/70/175, Reglas 2, 24 y 58 [“Reglas Nelson Mandela”]; Reglas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), U.N. Doc. No. A/C.3/65/L.5, 2010, Reglas 1, 30, 32, 34 y 54 [“Reglas de Bangkok”]; Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), U.N. Doc. No. A/Res/45/110, 1991, Principio 2 [“Reglas de Tokio”]; Reglas para la protección de menores privados de libertad (Reglas de La Habana), U.N. Doc. No. A/RES/45/113, 1991.

⁹ Ver *Furlan v. Argentina*, 2012, párr. 267; *Artavia Murillo v. Costa Rica*, 2012, párr. 286 (citando ambos casos *Yean y Bosico v. República Dominicana*, 2005, párr. 141 y la OC-18/03, párr. 88).

¹⁰ Comité de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 17/22 sobre el Estatus Legal y los Derechos Humanos del Niño, 2002, párr. 46.

¹¹ *Flor Freire v. Ecuador*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2016.

¹² OC-18/03, párrs. 100 y 101.

La Corte ha reiterado que el Artículo 1(1) de la Convención Americana es una norma general que se extiende a toda la normativa del tratado y establece la obligación de cada Estado parte de respetar y garantizar el libre y completo ejercicio de los derechos y libertades de la Convención sin discriminación alguna.¹³ Esto significa que cualquier trato que se pueda considerar discriminatorio en relación con cualquiera de las normas de la Convención es de por sí incompatible con su objeto y fin.¹⁴

Cuando se prohíbe una actividad que afecta a cualquiera de las categorías mencionadas en el Artículo 1(1) de la Convención, el Estado está obligado a justificar rigurosamente tal restricción y corre con la carga de la prueba para establecer que la restricción está justificada por tener un propósito legítimo y que no está fundada en prejuicios ni en estereotipos. Los Estados deben abstenerse de acciones dirigidas directa o indirectamente a crear situaciones de discriminación tanto *de jure* como *de facto*. Además, los Estados deben adoptar medidas afirmativas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias que existan en sus sociedades, incluyendo aquellas que resulten de la aquiescencia o tolerancia de actos y prácticas discriminatorios por parte de terceros y agentes no estatales.¹⁵

Del mismo modo que la Corte Interamericana, otros organismos regionales y universales de protección de los derechos humanos han reconocido el concepto de discriminación indirecta, que alude a prácticas o leyes que tienen ramificaciones particularmente negativas sobre una persona o grupo de características específicas. Un claro ejemplo es cuando se establece una pena menos grave por un “acto sexual contrario a la ley” que la prevista para un “acto homosexual.” En ese caso hay discriminación indirecta.¹⁶

En el contexto de personas privadas de la libertad, merecen especial atención los Principios y Mejores Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que al igual que otros instrumentos dictados en Naciones Unidas prohíbe la discriminación contra personas privadas de libertad que se funde en diferentes razones como el sexo, el género, el origen étnico, la edad y la orientación sexual.¹⁷

En particular, en relación con el concepto negativo del principio de igualdad y no discriminación, estos y otros instrumentos establecen que no pueden ser consideradas discriminatorias las medidas dirigidas a proteger los derechos de las personas privadas de libertad

¹³ Flor Freire v. Ecuador, párr. 111.

¹⁴ OC-4/84, párr. 53; Duque v. Colombia, párr. 93.

¹⁵ OC 18/03, párrs. 53 y 104; Comité de Derechos Humanos, Comentario General Nro. 18, 1989.

¹⁶ Flor Freire v. Ecuador, párrs. 111-12; véase también Corte Europea de Derechos Humanos, Hoogendijk v. Países Bajos 2005, DH y otros v República Checa 2007, Hugh Jordan v Reino Unido 2001; Comité de Derechos Humanos, Althammer v Austria 2003; Comité de Eliminación de la Discriminación Racial, LR v Eslovaquia 2005; Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nro. 25 sobre medidas especial temporarias 2004; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General Nro. 20, 2009.

¹⁷ OEA/Ser/L/V/II.Re131, 2008; véase también Reglas Nelson Mandela, Regla 2, 2015; Reglas de Bangkok, Regla 1, 2011.

que pertenezcan a estos grupos en situación de riesgo. Para prevenir la discriminación indirecta contra personas privadas de libertad, las políticas y directrices del lugar de detención deben tomar en cuenta sus características diferenciales. El Estado está obligado a usar enfoques diferenciados en relación con miembros de esos grupos o que por cualquier razón sufren la discriminación.

Las personas privadas de libertad que pertenecen a grupos en situación especial de riesgo enfrentan efectos perjudiciales desproporcionados, en razón de sus necesidades especiales que se incrementan en la prisión y que emanan de su especial condición, así como también por la consiguiente ausencia de medidas diferenciadas de protección.¹⁸ Además, estas personas suelen estar incluidas en más de una de las categorías protegidas, por lo cual es preciso tener en cuenta la interseccionalidad de la discriminación que sufren.

A esas prohibiciones se agregan obligaciones afirmativas de los Estados, fundamentalmente en materia de *prevención* tanto de la tortura y el mal trato como de la discriminación por razones raciales, religiosas, de género y de todo otro orden. Numerosas normas de tratados establecen estas obligaciones negativas y afirmativas de los Estados, y su interpretación e implementación se complementa con instrumentos no vinculantes pero altamente autorizados, así como con la jurisprudencia de órganos de protección universales y regionales.

II. Comentarios a las preguntas formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

A continuación, ofrezco algunas consideraciones sobre cómo abordar las preguntas específicas que formula la CIDH en su solicitud de opinión consultiva:

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

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

En cuanto a todas las mujeres privadas de libertad, las autoridades penitenciarias del Estado deben clasificarlas y alojarlas en forma separada de los hombres, y además en pabellones o secciones que atiendan a su nivel de riesgo y sus necesidades. El principio debe ser alojar a las mujeres en los lugares menos restrictivos y de bajo nivel de seguridad, tomando en cuenta el bajo riesgo que en su amplia mayoría presentan las mujeres privadas de libertad. Las autoridades están obligadas a considerar los efectos dañinos que las medidas de seguridad altamente restrictivas y el aislamiento de los regímenes cerrados pueden representar para las mujeres.¹⁹

¹⁸ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Asamblea General de las Naciones Unidas, U.N. Doc. No. A/HRC/31/57, enero de 2016, párrs. 16, 18 y 25 [“A/HRC/31/57”].

¹⁹ La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Manual sobre las mujeres en detención, 31 (2014), disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/women_and_imprisonment_-_2nd_edition.pdf, página 133 (discutiendo la administración de cárceles para las mujeres) [“Informe de UNODC”].

Las mujeres embarazadas, en post-parto y lactantes constituyen un sub-grupo de las mujeres privadas de libertad, caracterizado porque sus circunstancias personales las hacen particularmente vulnerables a los rigores de las condiciones carcelarias.²⁰ Por tal razón, tienen derecho a medidas específicas de protección de su salud mental y física, así como de protección de su seguridad e integridad personal.

En primer lugar, las mujeres embarazadas, en post-parto y lactantes deben ser alojadas juntas en un mismo pabellón o ala de la prisión, ya que sus experiencias diarias son coincidentes y de ese modo pueden brindarse asistencia mutua para sobrellevar contingencias propias del encierro y de sus condiciones personales.²¹ En su lugar de alojamiento, deben contar con espacio suficiente en celdas de ocupación múltiple y con camas y cunas individuales.²² En particular, debe garantizarse que tengan acceso al baño y al agua caliente, especialmente durante toda la noche.²³

Sería por lo menos deseable que las celdas no tuvieran rejas; la seguridad de las detenidas y la prevención de posibles fugas debería lograrse en lo posible mediante diseños que no incluyan rejas. Además, en el caso de las mujeres gestantes y las detenidas con hijos menores, es importante requerir que las celdas no tengan aspecto carcelario, sino que estén pintadas de colores vivos, con paredes ocupadas por cuadros o dibujos propios de medios educativos para la primera infancia.

Es especialmente importante que las celdas permanezcan abiertas todo el día para las mujeres gestantes, en post parto o con niños o niñas acompañantes.²⁴ Dentro de las necesarias medidas de seguridad y de orden interno, la flexibilidad de entrar y salir de sus celdas durante el día es necesaria para atender a sus especiales necesidades y, para los niños acompañantes, para aliviar la sensación de encierro que pueda afectar negativamente su desarrollo. En las celdas compartidas, se debe requerir que las mujeres gestantes, en post-parto o acompañadas de niños y niñas sean ubicadas en los pisos inferiores del establecimiento y nunca en las partes superiores de las camas camarote.²⁵

²⁰ Ver A/HRC/31/57, párrs. 21 y 22.

²¹ Ver Reglas de Bangkok, Reglas 22 y 40, 2011.

²² El espacio mínimo por persona en celdas compartidas es de 3 metros cuadrados, según la Corte Europea en el caso *Mursic v. Croacia*, citando los lineamientos esbozados por el Comité de Prevención de la Tortura (CPT) también del Consejo de Europa. Este espacio mínimo debe medirse restando el ocupado por duchas, lavabos e inodoros que estén dentro de la celda colectiva. Se trata de un espacio mínimo; en el caso de mujeres con niños debe computarse un espacio razonable adicional por cada niño.

²³ Reglas de Bangkok, Regla 5; Comentario en Regla 5 de las Reglas de Bangkok.

²⁴ UNODC, *Evaluar el cumplimiento con las Reglas Nelson Mandela: Una lista de verificación para la inspección interna mecanismos*, 2017, disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/E_ebook_interactive.pdf [“Manual UNODC de evaluación”].

²⁵ OSCE, ODIHR, y Penal Reform International, *Documento Guía para las Reglas Nelson Mandela: Implementación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, disponible en https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2018/07/MR_Guidance_Doc.pdf.

La administración del establecimiento penitenciario debe garantizar a las detenidas acceso gratuito a productos de higiene personal (incluidos toallas higiénicas y tampones) para brindar a aquellas mujeres de bajos recursos o que no gocen regularmente de visitas familiares. Como lo ha puesto de manifiesto en forma dramática la pandemia de Covid-19, es responsabilidad de las autoridades del penal proveer a toda persona detenida de mascarillas y materiales y productos de limpieza para mantener la higiene y aseo personal pero también de todos los rincones del establecimiento, a fin de evitar contagios de todo tipo. En especial, debe exigirse a todo establecimiento que garantice el acceso al agua limpia, caliente y fría, en las cantidades y horarios necesarios para satisfacer todas las necesidades de la población carcelaria.²⁶

De conformidad con las Reglas Nelson Mandela (antes Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos) no es permisible que se apliquen medidas de aislamiento, a manera de sanción disciplinaria o con cualquier otro propósito, para mujeres que han intentado suicidarse, niñas detenidas menores de 18 años, mujeres gestantes, madres con niños o niñas, lactantes, adultas mayores y mujeres con problemas de salud mental. Para las mujeres adultas que no entran en ninguna de las categorías anteriores, el aislamiento no debe exceder nunca de 15 días ni ser indefinido, debe siempre ser una medida de *ultima ratio* y para faltas disciplinarias relativamente graves, y no sin previo trámite administrativo con garantías de debido proceso.²⁷

Las autoridades deben facilitar y garantizar que las mujeres gestantes, lactantes o con niños acompañantes puedan participar si así lo desean en todas las actividades educativas, recreativas y laborales dentro del penal. A tal fin, deben facilitar el traslado de cunas a diversas dependencias, sin perjuicio de las medidas de seguridad razonables. Asimismo, deben arbitrar los medios para que las mujeres que necesiten cuidar de una criatura enferma o amamantarla, puedan interrumpir dichas actividades sin consecuencias negativas para ellas.²⁸

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

Vestimenta

²⁶ Declaración conjunta de la UNODC, la OMS, el ONUSIDA y la ACNUDH sobre la COVID-19 en prisiones y otros centros de detención, disponible en <https://www.who.int/es/news/item/13-05-2020-unodc-who-un aids-and-ohchr-joint-statement-on-covid-19-in-prisons-and-other-closed-settings>; véase también: CIDH, *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, Res. 1/2020 (2020), (“Incorporar la perspectiva de género a partir de un enfoque interseccional en todas las respuestas de los Estados para contener la pandemia.”), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>; Documento de Posición de la UNODC, disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/COVID-19/20-02218_Position_paper_ES.pdf; OHCHR, *COVID-19, hacinamiento en cárceles, y cumplimiento de penas por violaciones graves de los derechos humanos*, disponible en <https://www.ohchr.org/SP/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/infonotecovid.aspx>.

²⁷ Reglas Nelson Mandela, Reglas 43 y 45; véase también Reglas de Bangkok, Regla 22.

²⁸ Manual UNODC de evaluación, 2017, pág. 17.

El establecimiento penitenciario debe brindar ropa de calle a toda mujer privada de libertad en caso de que la mujer no tenga vestimenta propia, pero nunca imponer el uso de uniforme carcelario.²⁹

Alimentación

El establecimiento de detención es responsable de diseñar un plan de salud y dieta autorizado por personal médico y expertos en nutrición para la mujer gestante y aquella que acaba de dar a luz.³⁰

El establecimiento debe ofrecer tres comidas diarias a todas las personas privadas de libertad, sin saltar ninguna. La cena incluirá igual cantidad y calidad de comida que el almuerzo, sin que se admita su sustitución por sopas, mates u otras infusiones. Las comidas que se ofrezcan deben cumplir con la ingesta diaria recomendada por la Organización Mundial de la Salud. Con apego a las necesarias y razonables medidas de seguridad, la autoridad debe permitir el ingreso de alimentos complementarios que puedan contribuir los familiares de las detenidas. El personal penitenciario deberá utilizar los contenidos multimedia para la educación sobre nutrición.³¹

Es responsabilidad de la autoridad penitenciaria supervisar que la empresa proveedora de alimentos entregue efectivamente los productos de alimentación suplementaria para las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia. Además, la autoridad es responsable de controlar la calidad, cantidad y valor nutritivo de la alimentación en forma diaria, con muestras que deben obtenerse en cada refacción y ponerse a disposición de las autoridades médicas y sanitarias, así como para el examen de instituciones de control y supervisión de las prisiones.

Asistencia medica

Las Reglas Nelson Mandela establecen el principio general según el cual toda persona privada de libertad tiene derecho a cuidados de la salud de la misma calidad a los que están disponibles en la comunidad. Las Reglas Nelson Mandela prescriben, además, que si los servicios de atención médica no pueden prestarse en el establecimiento carcelario, es deber de las autoridades trasladar a las personas detenidas a hospitales y centros de salud donde puedan ser atendidas.³² El traslado a establecimientos hospitalarios o asistenciales debe ser oportuno y sin demoras. Estas reglas se aplican no sólo a los casos en que la persona detenida está enferma y debe ser asistida para su curación, sino también al derecho a medidas de prevención de enfermedad

²⁹ Reglas Nelson Mandela, Regla 17(1) (A cada recluso se le proporcionará un "atuendo adecuado al clima", pero no debe ser degradante ni humillante); véase también Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos, Mujeres y detención, 2014, disponible en https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/OnePagers/Women_and_Detention.pdf (notando que es una práctica discriminatoria exigir que las mujeres usen uniformes de prisión reveladores).

³⁰ Reglas Nelson Mandela, Regla 23; Reglas de Bangkok, Regla 48.

³¹ Reglas Nelson Mandela, Regla 22 (sobre alimentación); Reglas de Bangkok, Reglas 31 y 48.

³² Reglas Nelson Mandela, Reglas 24-29 y 31.

existentes en la comunidad, que deben ser dispensadas a las personas privadas de libertad en igualdad de condiciones a la población general. En casos de epidemias, es obligación de las autoridades proveer a toda persona privada de libertad de barbijos y efectos de protección personal, así como agua y productos y enseres de limpieza de todos los rincones de la prisión.

Los planes de salud aludidos en párrafos anteriores deben incluir controles semanales o a intervalos regulares. Las autoridades sanitarias del penal deben proveer de información escrita y oral (para las mujeres analfabetas o que no lean el idioma oficial, que estén gestando) sobre la preparación para el parto y el post-parto. Deben también facilitar el acceso a la terminación voluntaria del embarazo, en condiciones seguras para su salud reproductiva, en el caso de que la mujer así lo desee.

Para estas mujeres privadas de libertad debe contarse con la visita de una especialista en salud femenina en forma semanal para la realización de revisiones médicas o actividades preventivo-promocionales. Los y las asistentes sociales y de enfermería deben coordinar con los Ministerios de Salud para que las mujeres privadas de libertad cuenten con suficiente cobertura médica pública y acceso a las medicinas que sean indicadas, en igualdad de condiciones disponibles para las mujeres en libertad.³³

Debe garantizarse la presencia periódica, al menos mensual, de personal médico especializado en obstetricia y la realización profesional de controles ginecológicos con la misma periodicidad. El personal de seguridad debe recibir entrenamiento y actualización periódica que las capacite para atender en forma oportuna los pedidos y necesidades de las mujeres detenidas. Es deber de las autoridades, además, atender al personal médico y de enfermería que evidencie signos de estrés y cansancio de modo de asegurar que las mujeres reciban siempre una atención cordial y respetuosa de su dignidad humana. La administración del penal debe garantizar a las mujeres embarazadas, en post-parto, lactantes y con niños y niñas acompañantes el tiempo y espacio necesarios para el desarrollo de actividades físicas y recreativas diseñadas especialmente para ellas.³⁴

Asistencia psicológica

Se debe determinar si el embarazo en curso fue deseado o producto de abuso sexual. La mujer víctima de abuso psicológico, físico o sexual debe recibir apoyo profesional psicológico, por el tiempo que fuera necesario. Para garantizar la calidad y profesionalidad de ese apoyo, la autoridad arbitrará los medios necesarios para que se brinde a través de la cooperación interinstitucional con los organismos de la comunidad encargados de apoyar a mujeres víctimas de abuso psicológico, físico o sexual.

Los psicólogos, como así también otros profesionales, deben ser capacitados para estar

³³ Convención para la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, Artículo 12; véase también Reglas de Bangkok, Reglas 6 (exámenes y reconocimientos completos) y 12 (programas de salud mental y rehabilitación).

³⁴ Reglas de Bangkok, Regla 18.

atentos a síntomas de estrés, ansiedad y depresión que pueden llevar al suicidio o autolesiones.

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

En ninguna circunstancia se permitirá el uso de grilletes, esposas u otros medios de contención física en mujeres embarazadas, durante su traslado, durante el parto o el post-parto.³⁵

Desde el inicio de los trabajos de parto hasta el fin de la etapa post-parto, la mujer privada de libertad debe tener acceso a agua caliente y fría y a baños durante las 24 horas del día.

De conformidad con las Reglas Nelson Mandela, si no existiera sala de parto ni personal especializado en las dependencias de sanidad del establecimiento penitenciario, la autoridad debe garantizar el acceso a la atención en hospitales por personal médico de la especialidad.³⁶

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?

El Estado tiene la obligación de garantizar la seguridad de la detenida y de toda otra persona durante los traslados, y por ello debe adoptar medidas razonables para prevenir e impedir actos que puedan generar peligros para todas las personas afectadas. El criterio de razonabilidad implica la necesidad de que tales medidas no constituyan de por sí trato cruel, inhumano y degradante para la mujer que es trasladada. Por ello, debe prohibirse absolutamente el uso de grilletes en los pies o esposas en las manos durante los traslados.³⁷

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?

El Estado debe brindar a las mujeres detenidas información exhaustiva sobre embarazo, parto, post-parto y lactancia, y sobre desarrollo y cuidado infantil. Esta información debe ser provista en condiciones de eficacia de la transmisión escrita y oral, y debe ser acompañada de la disponibilidad de personal capacitado para responder a preguntas y aclaraciones que sean necesarias. En cuanto a la crianza del recién nacido y en la infancia temprana, esta información debe incluir programas educativos de prevención de la violencia contra los niños, sobre su desarrollo cognitivo y de estimulación temprana, entre otros. El personal encargado de la

³⁵ Corte Europea de Derechos Humanos, *Korneykova v. Ucrania*, 2012. La Corte calificó de trato cruel, inhumano y degradante la decisión de mantener engrillada a la detenida durante todo el parto, con daños físicos y psicológicos para ella y para su bebé.

³⁶ Reglas Nelson Mandela, Reglas 27 y 28.

³⁷ Reglas Nelson Mandela, Reglas 24 y 27 (prohibición del uso de esposas excepto para prevenir fugas durante una transferencia); Las conclusiones y recomendaciones de la Comité contra la Tortura del informe de los Estados Unidos, U.N. Doc. No. CAT/C/USA/C/2, 2006, párr. 33; Informe del Relator Especial sobre la tortura: Promoción y protección de todos derechos humanos, incluyendo el derecho al desarrollo, U.N. Doc. No. A/HRC/7/3, 2008, párr. 41; Reglas de Bangkok, Regla 24.

asistencia social a detenidas debe crear y ejecutar programas especiales a este fin, o bien requerir la presencia de personal de los Ministerios de Salud, Educación y otros para llevar a cabo la diseminación de información.

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

La primera obligación de los Estados con relación a madres en conflicto con la ley penal que además son responsables de la crianza de hijos e hijas en la primera infancia es darles la máxima prioridad a medidas sustitutivas de la prisión preventiva, así como para medidas de reducción de pena para el caso de quienes cumplen condena. En varios países de la región existe legislación que consagra estas prioridades, pero su cumplimiento efectivo es por lo menos deficitario. Donde no existan estas normas en el derecho interno, debe propiciarse su adopción por vía legislativa, administrativa o judicial. Es deber de toda autoridad estatal dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado, y la prohibición del trato cruel, inhumano o degradante, tanto de la madre como de los niños y niñas, es una de tales obligaciones de carácter imperativo.

Para los casos excepcionales en que la detención sea inevitable, la autoridad debe promover las visitas de hijos e hijas para mantener el contacto y la relación estrecha, y crear espacios especiales para las visitas de los niños y niñas de todas las edades, con juguetes y juegos de mesa, murales de colores y libros, de modo de diseñar espacios lúdicos para la interacción con sus madres. También es responsabilidad de la autoridad proveer transporte para facilitar las visitas de los niños y niñas al establecimiento penitenciario con personas del entorno familiar que los acompañen. Asimismo, deberán facilitar transporte y acompañamiento para las visitas para niños y niñas que se encuentren alojados en albergues a cargo del Estado.³⁸ Ese deber de facilitación se extiende a la necesidad de flexibilizar las visitas de los menores para que puedan ver a su madre en cada visita sin importar si es día de visita femenina o masculina. Independientemente del régimen de seguridad a que pueda estar sometida la madre, ya sea por razones disciplinarias o inherentes a su condena, siempre debe asegurarse el contacto físico de niños y niñas con sus madres, así como la periodicidad de esas visitas y en dichas condiciones. En el ingreso a la visita de un niño o niña que visita a su madre, la inspección de seguridad debe hacerse palpando a la criatura con su ropa puesta. No se realizarán revisiones al desnudo en niños o niñas.

Además, el personal de seguridad debe explicar al niño o niña la razón de la revisión y hacerla en presencia de la persona adulta que lo trae o de su madre.

B. Sobre las personas LGBT

Las personas lesbianas, gay, bisexuales o transexuales (LGBT) que son privadas de libertad se encuentran en grave riesgo de discriminación y de mal trato por virtud de su identidad de género. Estas personas sufren trastornos psíquicos y tendencia al suicidio y a la auto-flagelación en

³⁸ Reglas de Bangkok, Reglas 26 y 28.

proporciones muy superiores a las de la población carcelaria en general. Aun sin trastornos psíquicos, estas personas sienten soledad y aislamiento social en prisión. La discriminación sistemática y las actitudes transfóbicas entre el personal penitenciario y también entre otros presos crean barreras importantes para su acceso a tratamientos de salud eficaces.³⁹ Especialmente las personas trans que están detenidas se encuentran en alto riesgo de violencia, abusos físicos y sexuales. Las autoridades deben reconocer que el tratamiento de reasignación de género es un tratamiento médico necesario (como lo han hecho en algunos países). La interrupción de tratamientos con esteroides que hubieran empezado antes de perder la libertad supone graves trastornos físicos y sufrimientos innecesarios; lamentablemente, en la mayoría de los países ese tratamiento no se ofrece en las cárceles.⁴⁰

También con relación a las personas LGBT privadas de libertad los establecimientos carcelarios y de detención se enfrentan a una grave crisis sanitaria por efecto de la pandemia Covid-19, que puede exacerbar las condiciones de precariedad de derechos y riesgos de discriminación y de tortura y trato cruel, inhumano y degradante que tales personas sufren en privación de libertad. A ese respecto se hacen necesarias normas de atención y cuidado y prevención de la salud específicamente diseñadas para la forma en que las personas LGBT sufren específicamente tanto la tortura como el trato humillante y discriminatorio.⁴¹

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

El principio general que debe guiar la actitud de todo el establecimiento penitenciario ante las personas LGBT es el de la autonomía de la voluntad de tales personas para identificarse con el sexo o género de su preferencia.⁴² Esto se aplica, especialmente, a la determinación del lugar de alojamiento de tal persona en pabellones masculinos, femeninos u ocupados por personas de igual identidad de género. En todos los casos, la autoridad es en todo momento responsable por la seguridad física y mental de cada persona detenida.

³⁹ A/HRC/31/57, párrs. 34 y 35.

⁴⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, GG v. Turquía, 2013, intervención de terceros (amicus curiae) de Transgender Europe (TGEU).

⁴¹ Para sugerencias específicas a este sector de personas privadas de libertad en el contexto de la pandemia, ver NACIONES UNIDAS, WHAT IS THE IMPACT OF COVID-19 ON LGBTI PEOPLE? (17 de abril de 2020), disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/LGBT/LGBTIpeople.pdf>; LA AGENCIA DE LAS MUJERES DE LAS NACIONES UNIDAS & CARE International, *Latin America and the Caribbean Rapid Gender Analysis for COVID-19*, (mayo de 2020), disponible en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/enlac_rga_report_english_final_junio2_1comprimido.pdf.

⁴² LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS, Los Principios de Yogyakarta, 2006, Principio 2; véase también NACIONES UNIDAS, Living Free and Equal: What States Are Doing to Tackle Violence and Discrimination Against Lesbian, Gay Bisexual, Transgender and Intersex People, HR/PUB/16/3, (2016), disponible en <https://www.ohchr.org/documents/publications/livingfreeandequal.pdf>; Las Reglas Nelson Mandela especifican que la identidad y el género auto-percibido de las personas privadas de libertad debe ser respetado. Las controversias sobre la insistencia en el género asignado en documentos de identidad y no en la auto-identificación del prisionero resultan en una gama de abusos y riesgos originados en la decisión de negar a cada persona el reconocimiento jurídico de su identidad.

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

Las medidas de seguridad deben ser decididas en consulta con la persona detenida y respondiendo a sus necesidades, incluyendo traslados que puedan hacerse necesarios con el devenir de las condiciones en un pabellón, celda o ala del establecimiento. El personal de seguridad no utilizará la celda de castigo para sancionar a las personas LGBT por su orientación sexual, identidad y expresión de género.⁴³ Asimismo, la autoridad no dispondrá el aislamiento de una persona LGBT aludiendo razones de seguridad, a menos que la persona LGBT misma así lo solicite. En esos casos, el aislamiento debe cesar cuando la persona lo requiera.

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

La interrupción de un tratamiento de cambio de género puede ocasionar problemas de salud y sufrimientos graves a las personas LGBT que lo hubieran iniciado cuando estaban en libertad. Por tal razón, la obligación de proveer a la atención médica existente en la comunidad se aplica también a estas necesidades médicas específicas, con tal que el tratamiento esté indicado por un profesional de la salud debidamente especializado.

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

Los Estados deben dictar legislación o regulación administrativa que brinde igualdad de trato a todas las personas privadas de libertad sin importar el sexo u orientación sexual de la pareja, y mientras la persona privada de libertad solicite el ingreso de la su pareja para visitas íntimas. Como en el caso de las parejas heterosexuales, esta obligación puede condicionarse a requisitos sobre comprobación del vínculo afectivo y de orden sanitario. La autoridad debe brindar información sobre planificación familiar y métodos anticonceptivos si así lo requieren las personas afectadas. Deben asimismo acondicionar un ambiente especial para recibir este tipo de visitas (adonisterio).⁴⁴

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

El Estado debe garantizar que el personal de seguridad se dirija siempre a toda persona privada de libertad por sus nombres correctos y nunca de manera despectiva o por apodosos insultantes o de jerga. No se permitirá ninguna clase de discriminación por parte del personal

⁴³ A/HRC/31/57, párr. 35.

⁴⁴ A/HRC/31/57, párrs. 22 y 38.

penitenciario en la imposición de castigos disciplinarios en respuesta a demostraciones de cariño entre mujeres. Debe prohibirse terminantemente – y sancionarse con severidad – cualquier acción del personal de seguridad que involucre actos de hostigamiento sexual, físico o verbal aprovechando su posición de autoridad. El personal de seguridad deberá recibir entrenamiento sobre las personas LGTB para disminuir situaciones discriminatorias.⁴⁵

C. Sobre las personas indígenas

El tratamiento carcelario de personas que se identifiquen como integrantes de una comunidad indígena debe estar guiado por las normas de igualdad y no discriminación específicas para los pueblos indígenas.⁴⁶

Al momento del ingreso al establecimiento carcelario, las personas indígenas deberán recibir la información sobre sus derechos y deberes, tanto oralmente como por escrito en un lenguaje que las personas entiendan. La información oral debe ofrecerse también en forma de grabación en audio. A las personas indígenas se les debe incluir inmediatamente en cursos de alfabetización para aumentar sus herramientas de expresión oral y su comprensión del idioma oficial del país, para poder comunicarse y entender mejor a las autoridades penitenciarias y del Poder Judicial. Al mismo tiempo se les ofrecerá servicios de interpretación cada vez que sea necesario.

Corresponde a las autoridades recoger información censal actualizada periódicamente acerca de quiénes son y dónde se encuentran recluidas las personas de pueblos originarios y qué lenguas hablan, así como sobre familiares, allegados y representantes de su comunidad que deban ser notificados. Las autoridades penitenciarias son responsables de coordinar con los Ministerios respectivos (Cultura, Educación, Salud y otros) para implementar un programa educativo, laboral y recreativo adecuado a la persona indígena privada de su libertad. Un equipo multidisciplinario deberá elaborar estrategias y ejecutarlas para asegurar que los programas sean efectivamente implementados y monitoreados.

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

Si el contacto con el grupo étnico con el que se identifica el detenido fue interrumpido por el encarcelamiento -- ya sea debido a la distancia entre el penal y su lugar de origen o debido a discriminación por parte de su grupo familiar por haber sido encarcelada la persona o por cualquier otra razón -- las autoridades penitenciarias deben intentar reestablecer ese contacto y, si fuera necesario, promoverlo en coordinación con otras instituciones.

⁴⁵ Reglas Nelson Mandela, Regla 2.

⁴⁶ Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, U.N. Doc. No. A/Res/61/295, 2007, Art. 8(2) sobre no discriminación.

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

Cuando el personal de salud del establecimiento carcelario se enfrente a algún problema de salud o tratamiento que se deba realizar a una persona indígena, la autoridad será responsable de coordinar con el organismo encargado de la población indígena o con la persona encargada del cuidado de la salud en la comunidad a la que pertenece, así como también de que el personal de salud se comunique con el paciente en un idioma que comprenda para acordar la realización del tratamiento. La autoridad del establecimiento será responsable de coordinar con los Ministerios de Cultura y de Salud para capacitar al personal de salud en la atención con enfoque de interculturalidad. En todos los casos deberá regir el principio del consentimiento libre, informado y voluntario del paciente para la administración de cualquier terapia o medicina, sin perjuicio de los controles médicos para evitar y prevenir daños a la salud del paciente.

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

La autoridad penitenciaria es responsable de admitir a toda persona indígena a los programas educativos, laborales y recreativos que existan en el establecimiento en igualdad de condiciones con todo el resto de la población carcelaria y sin que se los excluya por motivos discriminatorios. En tales programas la participación de todo detenido debe ser voluntaria; en el caso de las personas indígenas esa libre elección debe garantizarse mediante adecuada comunicación y comprensión en el idioma al que cada detenido está habituado.

En caso de ser necesaria la imposición de sanciones disciplinarias rige permanentemente el principio del debido proceso de ley. Ello significa que la conducta violatoria de la disciplina deba estar debidamente configurada en reglamentos a que los detenidos tienen acceso, y que la sanción no se imponga sin escuchar las explicaciones del detenido que puedan exculparlo. Asimismo, las sanciones disciplinarias deben siempre ser revisadas por una autoridad superior, y los detenidos deben tener acceso a tal recurso. En el caso de personas indígenas, este mínimo absoluto de debido proceso de ley sólo tiene sentido si la persona privada de libertad tiene acceso a la información sobre estas normas en idioma que pueda entender y en el que pueda comunicarse.

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

La prevención de actos de violencia contra integrantes de pueblos indígenas requiere que las autoridades capaciten al personal penitenciario en principios como la prohibición de toda forma de tortura y trato cruel, inhumano y degradante, así como en materia de principios de tolerancia hacia la diversidad cultural. Se requiere también que el Estado mantenga en periódica revisión las prácticas concretas del personal de seguridad y carcelario, y que proceda en cada caso de violación

a una investigación independiente e imparcial, y al procesamiento y castigo de quienes resulten responsables.⁴⁷

D. Sobre las personas mayores

Los Estados deben considerar la promulgación de legislación que permita liberar a las personas adultas mayores que no sean un problema para la seguridad pública con medidas alternativas a la privación de libertad, medidas de liberación anticipada o de prisión domiciliaria, en consideración a la edad y también a la existencia de enfermedades físicas o mentales que conlleven deterioro. En general, las políticas y prácticas de los establecimientos de privación de libertad hacia los adultos mayores que se encuentran reclusos deben guiarse por los Principios de Naciones Unidas para las Personas Mayores.⁴⁸

1. ¿Que 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?

Las mujeres adultas mayores deben ser ubicadas en los aleros de los primeros pisos y nunca en la parte superior de camas camarote. Preferentemente se las debe ubicar juntas y permitirles el acceso a sus celdas todo el día.

Las mujeres adultas mayores con problemas de salud mental deben ser alojadas en un ambiente separado y lo menos restrictivo posible, para asegurar un seguimiento individualizado. Se eliminarán los obstáculos estructurales que dificulten el acceso de personas con discapacidad física a ambientes de uso común. Los servicios higiénicos y comedores estarán ubicados en los primeros pisos. Las personas detenidas con discapacidades serán ubicadas en los aleros de los primeros pisos y nunca en la parte superior de camas camarotes. Se deberá acondicionar mobiliario adecuado a las necesidades de las personas con discapacidad según su discapacidad y se dispondrá lo necesario para garantizar acceso a agua y a baños las 24 horas del día.

2. ¿Cuales son las obligaciones estatales en materia de atención medica y psicológica a personas mayores privadas de libertad? En particular, ¿que deberes tiene el Estado respecto de cuidados paliativos que puedan requerir estas personas?

Las personas con cualquier tipo de discapacidad psicosocial tienen derecho a atención médica, psiquiátrica y psicológica en iguales condiciones a tales servicios existentes en la comunidad.

En ningún caso se debe someter a una persona con discapacidad psicosocial, ya sea crónica o temporaria, al aislamiento de cualquier duración.

Las mujeres con problemas de salud psicosocial serán alojadas en penales de mínima seguridad. El plan de tratamiento penitenciario incluirá el tratamiento individualizado y apropiado

⁴⁷ Convención ONU Contra la Tortura, 1465 U.N.T.S. 85, 1984, Artículos 2, 4-7 y 10-14.

⁴⁸ Adoptados por la Asamblea General por Resolución 43/91 del 16 de diciembre de 1991.

brindado por especialistas del penal en cooperación con servicios sanitarios externos.

La autoridad deberá coordinar con el Ministerio de Salud para la realización de campañas destinadas a la prevención y detección de enfermedades propias de las personas adultas mayores como demencia senil, y otras. Las personas adultas mayores serán chequeadas en forma regular con un gerontólogo fuera o dentro del penal. Se proveerá una dieta especial a las personas adultas mayores según indicaciones médicas. El personal seguirá las recomendaciones sobre nutrición para la persona adulta mayor del ministerio de salud. Se debe asegurar alimentación adecuada atendiendo a las particularidades del adulto mayor que presente problemas de salud crónicos como diabetes o enfermedades coronarias, entre otras.

Es responsabilidad de la autoridad supervisar que la empresa proveedora de alimentos entregue los productos de alimentación suplementaria o especial para las personas con problemas de salud específicos. En caso de personas con problemas de salud mental medicadas con medicinas psiquiátricas, debe asegurarse la presencia del médico psiquiatra o en su defecto asegurar la comunicación telefónica en caso de presentar reacciones a los medicamentos.

En los programas de prevención de enfermedades deben incluirse evaluaciones de afecciones específicas de adultos mayores como demencias, osteoporosis, afecciones cardíacas, diabetes, entre otras.

3. ¿Que medidas deben adoptar los Estados para asegurar que las personas mayores privadas de libertad tengan contacto exterior con su familia?

Las personas mayores deberán beneficiarse del sistema cultural en su sociedad, incluyendo la familia, la protección, y el cuidado comunitario.⁴⁹ En su consecuencia, las personas mayores deberán gozar de acceso a la familia y al apoyo de la comunidad.⁵⁰ También, las Reglas Nelson Mandela y las Reglas de Bangkok se aplican a las personas mayores. Las mujeres deberán tener acceso a los medios que les permitan reunirse con sus familiares en un idioma que comprendan.⁵¹ Adicionalmente, las sanciones disciplinarias no puedan incluir una prohibición del contacto con sus familiares.⁵² Las visitas deberán ser facilitadas por las autoridades correccionales.⁵³

4. ¿Cuales son los deberes específicos de los Estados para garantizar a estas personas su plena reinserción social?

Los servicios de asistencia social del establecimiento deben asegurar que las personas al

⁴⁹ Los Principios para las Personas Mayores, Naciones Unidas, Resolución de la Asamblea General 46/91, 1991, Principio 10 [“Principios Personas Mayores”].

⁵⁰ Principios Personas Mayores, Principio 1.

⁵¹ Reglas de Bangkok, Regla 2.

⁵² Reglas de Bangkok, Regla 23.

⁵³ Reglas Nelson Mandela, Reglas 43, 58-60; Reglas de Bangkok, Reglas 26-28.

momento de salir en libertad cuenten con un lugar donde vivir. Deben también arbitrar medios para que el detenido tenga asesoramiento y capacitación para conseguir un trabajo o -- en el caso de tener una edad avanzada -- acceso asistido a beneficios sociales: pensiones, cobertura médica, etc.

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

Los niños y niñas que acompañan a sus madres en privación de libertad deben ser preservados de todo riesgo de sanción por la conducta atribuible a sus progenitores y de toda forma de discriminación o estigmatización por dicha circunstancia.⁵⁴

Si la mujer privada de libertad es acompañada por su hijo o hija menor de edad, la autoridad deberá registrar el nombre y edad de la criatura, y disponer que sea revisada por un médico para saber qué clase de servicio requerirá de inmediato o posteriormente. Asimismo, se registrarán los nombres y edades de los hijos/as que se encuentren afuera y su domicilio y si se encuentran al cuidado de alguna persona. Esta información debe guardar confidencialidad y no puede ser usada excepto para satisfacer el interés superior del niño. Por lo tanto, si los hijos o hijas de la mujer interna no se encuentran al cuidado de alguna persona adulta se derivará el caso a la institución encargada de menores de edad.

Si el niño o niña acompañante tiene una afección especial, sea física o neurológica, los Estados considerarán urgentemente la liberación de la madre en sus diferentes formas por razones humanitarias.

Es deber de los Estados crear mecanismos de protección interinstitucional para evitar la vulneración de derechos de niños y niñas acompañantes. Organismos con jurisdicción para atender a los cuidados y los derechos de los niños y niñas monitorearán la alimentación, salud, educación y la infraestructura de los penales para mantener el respeto de los estándares mínimos de cuidados de los niños y niñas que acompañan a su madre detenida.

¿Que 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?

Las autoridades carcelarias deben disponer días reservados para visitas familiares en las que toda la familia pueda estar reunida durante la visita a la persona detenida. Deben también dar prioridad a la atención de visitantes niños y niñas, como así también a las personas adultas mayores y a quienes los acompañen, para reducir al mínimo posible el tiempo de espera. Cuando las visitas sean muy esporádicas debido a las distancias entre el hogar familiar y el establecimiento carcelario, las autoridades arbitrarán medios para dilatar el horario de la visita y autorizarla en días sucesivos. Asimismo, los servicios asistenciales de la prisión deberán coordinar con instituciones oficiales y

⁵⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, Artículo 2 sobre no discriminación.

con organizaciones de la sociedad civil para conseguir hospedaje para las personas que vienen a visitar a sus familiares en establecimientos penales alejados o que vienen del extranjero. Cuando dos o más miembros de una familia estén privados de libertad en distintos establecimientos, la autoridad dispondrá, dentro de lo posible, la realización de visitas intercarcelarias para que los niños y niñas acompañantes puedan con regularidad visitar a su 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?

Salud

La evaluación médica del niño acompañante – tanto al ingreso como en intervalos periódicos, debe hacerla un médico o médica especializada en pediatría. La madre de la criatura debe permanecer con él o ella durante la evaluación médica. Si un pediatra no está a disposición inmediata, un médico o enfermero hará la evaluación inicial a su ingreso y se coordinará con los servicios de salud en la comunidad para que un pediatra realice esta evaluación tan pronto como sea posible y como máximo dentro de la siguiente semana luego de la admisión. La evaluación médica determinará las condiciones físicas y psíquicas del niño o la niña, y se diseñará un plan de cuidados de salud que indique los intervalos en que deben realizarse los chequeos periódicos. El niño o niña acompañante debe tener acceso a los cuidados preventivos o terapéuticos de salud disponibles para todo niño o niña que viva en la comunidad. En términos de acceso a cuidados de emergencia, la autoridad debe asegurar la presencia permanente de una enfermera especialista en pediatría y la visita del médico pediatra, además de tener acceso a comunicarse por teléfono o video llamada.

Alimentación

La autoridad será responsable de coordinar con el ministerio o dependencia oficial correspondiente para que los niños y niñas reciban alimentación suplementaria a la disponible en el establecimiento. Preferentemente los alimentos de los niños se cocinarán y se servirán en ambientes separado del lugar donde cocinan y comen los adultos. El personal de cocina del establecimiento deberá seguir las recomendaciones para niños y niñas del Ministerio de Salud local y de la Organización Mundial de la Salud.

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

Los reglamentos penitenciarios deben contemplar programas de salidas semanales para que los niños y niñas se familiaricen con la vida fuera de la cárcel y permitir la salida de niños y niñas con familiares, previo el consentimiento de la madre.

Se organizarán eventos especiales para las familias en conjunto y se coordinará su financiamiento con instituciones externas. Tales eventos y otras actividades deben estar a cargo de un equipo de trabajadores de psicología, trabajo social y educación pre-escolar, encargados en particular en el involucramiento familiar y en implementar el derecho de los niños y niñas a la vida familiar.

Las autoridades deben aumentar el número de teléfonos públicos por pabellón en coordinación con la compañía de teléfonos y flexibilizar el acceso a servicios telefónicos y de tabletas para video llamadas.

Preferentemente, se deben ofrecer servicios educativos afuera del establecimiento penitenciario, garantizando el traslado de los niños y niñas en condiciones de evitar o aminorar las posibilidades de estigmatización o discriminación. Alternativamente, en todo establecimiento donde se alojen mujeres con niños y niñas debe haber un ambiente adecuado para la instalación de una cuna con murales de colores, con materiales didácticos y dirigidos por especialistas en educación inicial. Sería deseable que contara con un espacio al aire libre con juegos infantiles, del mismo modo que se ofrece a los niños y niñas que se encuentran en libertad. Las cunas o guarderías serán establecidos, dirigidos y supervisados en cooperación con el Ministerio de Educación.

Cuando el niño o niña llegue a una edad en que deba terminar su alojamiento en el penal (normalmente a los tres años), un equipo multidisciplinario del establecimiento penitenciario debe trabajar en cooperación y coordinación con personal especializado del ministerio correspondiente para preparar las condiciones de su vida en otro ámbito.⁵⁵ Se trabajará con la familia o albergue para no interrumpir, en lo posible, el contacto con la madre y realizar un plan de visitas. La autoridad debe considerar otorgar a la madre salidas especiales para visitar a su hijo o hija, excepto que existan consideraciones de seguridad que lo impidan. Del mismo modo, debe hacerse un análisis individual y circunstanciado de si el niño o niña está preparada emocionalmente para su salida definitiva o si sería beneficioso que se quedara más tiempo. La salida del penal no debe ser automática al llegar a la edad establecida, sino que las autoridades deben ejercer su discreción para determinar el momento oportuno en función del mejor interés del niño o niña.

Esa discreción debe estar guiada por la evaluación que hagan los equipos multidisciplinarios sobre la calidad comparada del cuidado de niño dentro del penal, y la del cuidado que se espera tenga fuera del penal a cargo de un tercero. También se debe considerar el tiempo que falta para la liberación de la madre. Este proceso de decisión se consultará con la madre y otros familiares. La decisión de retirar al niño o niña del penal se realizará una vez que se haya conseguido una forma de cuidado alternativa y satisfactoria. El momento de separación se abordará con sensibilidad y amabilidad.

La autoridad procurará la organización de salidas a la calle semanales para evitar que los niños y niñas se mantengan mucho tiempo encerrados dentro del pabellón o el penal donde habitan con la madre. La autoridad también será responsable de monitorear la salud física, psicológica y emocional del niño para evaluar algún efecto no deseado de la vida en una institución cerrada y tomará medidas para reducir el impacto psicológico negativo de la institucionalización, basado en sus necesidades individuales. Esto será abordado en conjunto con las especialistas en educación inicial a cargo de los niños y niñas, así como por los demás miembros del equipo multidisciplinario del establecimiento. En los casos en que, por ausencia de algún familiar a cargo, el niño o niña deba ser puesta al cuidado de un albergue, la autoridad carcelaria será responsable de establecer una comunicación y cooperación interinstitucional entre el establecimiento penitenciario y el

⁵⁵ Para revisar lineamientos sobre el proceso de toma de decisión para la salida definitiva del niño o niña del penal, ver: Quaker United Nations Office, Children of (alleged) Offenders: Revised framework for decision-making, 2012.

albergue para crear un plan de visitas al penal.⁵⁶

Niños y niñas de madres extranjeras

En el caso de niños y niñas nacidos en el país de encarcelamiento de madre extranjera, la autoridad penitenciaria es responsable de asegurar la expedición de la partida de nacimiento y documento nacional de identidad del niño o niña. Si el niño o niña debiera ser retirado del penal por haber cumplido la edad en que ello corresponda y antes de que la madre haya finalizado su condena, se considerará el traslado del niño o niña a su país de origen para que sea cuidado por familiares, en consulta con su madre y familiares y con el consentimiento explícito de la madre. Si el niño o niña ha nacido en el país de encarcelamiento de padre del mismo país, deberá asegurarse el consentimiento del padre para sacar al niño o niña del país, para lo cual se deberán realizar coordinaciones con las instituciones correspondientes. Debe garantizarse que las contingencias del encarcelamiento y las respectivas nacionalidades no resulten en la separación de las familias.

Mujer extranjera con hijo o hija

Las autoridades deben crear mecanismos que permitan realizar el traslado de la mujer privada de libertad con su hijo o hija a su país de origen para cumplir el resto de su pena cerca de su familia y para que familiares cercanos puedan cuidar de su hijo o hija en el caso de que el menor haya cumplido la máxima edad para permanecer en el penal con ella.⁵⁷

III. Conclusión

Someto a consideración de la Ilustre Corte las anteriores sugerencias sobre cómo abordar la temática sugerida por la Comisión Interamericana en su solicitud de Opinión Consultiva. Se trata de consideraciones en muchos casos surgidas de la jurisprudencia de tribunales internacionales, de órganos de tratados, de procedimientos especiales y de foros internacionales especialmente convocados para desarrollar estándares internacionales sobre protección de los derechos de las personas privadas de libertad. En algunos casos, las sugerencias que hago son producto de mi experiencia como Relator Especial de Naciones Unidas para la Tortura, cargo que desempeñé entre 2010 y 2016, y también de mi subsiguiente involucramiento con diversos aspectos de la prevención de la tortura y del trato cruel, inhumano y degradante. Es un alto honor para mí el haber sido invitado por la Ilustre Corte para hacer este dictamen.



Juan Ernesto MENDEZ

⁵⁶ Reglas de Bangkok, Reglas 50-52.

⁵⁷ Reglas de Bangkok, Regla 53.