



Amicus Curiaë

Observaciones a la solicitud de Opinión Consultiva de la CIDH sobre “Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad”

Presentado por:

Manuel Góngora Mera | Natalia López López | Laetitia Ruiz

Profesores del área de Derecho Internacional de la Universidad del Norte

División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales

Equipos estudiantiles de investigación:

Sobre personas privadas de la libertad:

Sebastián Aycardi Criales
Pablo Andrés Blanco Rueda
David Cabarcas Suarez
María Lucia Lineros Hernández
Inés Marcela Suarez Rojas
Camila Andrea Trespalacios Valiente

Sobre mujer en embarazo, posparto y lactante:

Daniela Patricia Barcelo Blanco
Isabella Campo Serrano
Gabriela Jacanamijoy Pacheco
Andrea Beatriz Pinedo Bayona
Dayluris Judith Toscano Vengochea
Daniela Vargas Urueta

Sobre personas indígenas privadas de la libertad:

Alejandra Alvarez-Correa Camargo
Gabriela Bravo Castro
Carlos Cogollo Duque
Daniel Esmeral Dumar
Maria Rosa García
Laura Moog Calderón

Camilo Andrés Acosta Mesa
Sebastián Blanco Valiente
María Laura Canchila Martínez
Valentina Maury Sena
Jesús Antonio Mercado Montilla
Valeria Camila Utria De la hoz
Jovana Cristina Velazco Hernández

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

Juan Diego Balaguera Andrade
Silvana Cárdenas Consuegra
Juan Pablo Custode Jiménez
Juan Carlos de la Ossa Arrieta
Gabriela Andrea García Bolaño
Athina Guatecique Pacheco
Bryan Andrés Martínez Martínez
Maria Shayrit Martínez Mieles
Alberto Mario Mendoza Escalante
María Salas Monroy
María Alejandra Tejedor Cáceres

Juliana Acuña Villalba
Maria Jose Daza Alvarez
Isis Marcela De La Rosa Ayazo
Laura Andrea Escobar Galofre
Elizabeth Shabelly Ojeda Cepeda
Marcela Sierra Cubillos
Michelle Vélez Junca
Laura Vergel Mosquera
Maria José Zapata Giraldo

Barranquilla, enero 5 de 2021

Honorable
Corte Interamericana de Derechos Humanos

**Ref.: Amicus curiæ en el proceso de solicitud de Opinión Consultiva de la CIDH sobre
“Enfoques Diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad”**

Honorables Magistrados:

En nombre propio y de mis colegas Laetitia Ruiz y Natalia López, me permito de manera respetuosa poner a su disposición el presente documento en calidad de *amicus curiæ*, para que sea considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la elaboración de su opinión consultiva relativa a la identificación e interpretación de estándares normativos en materia de personas privadas de la libertad. Esta opinión consultiva será determinante para la consolidación de enfoques diferenciados frente a sujetos de especial protección en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en los ordenamientos internos de los países miembros del sistema interamericano de derechos humanos. Y muy seguramente se convertirá en un referente para otros sistemas regionales de derechos humanos y organismos del sistema de Naciones Unidas.

Durante el segundo semestre de 2020, el Centro de Derechos Humanos del Caribe y el área de Derecho Internacional de la Universidad del Norte asumieron la tarea de identificar estándares internacionales y del derecho comparado relevantes para este proceso de solicitud de opinión consultiva. El presente documento no hubiera sido posible sin el significativo aporte de estudiantes que participaron en equipos de investigación organizados específicamente para esta intervención ante la Corte Interamericana. En gran parte se trata de miembros del Laboratorio de Constitucionalismo Interamericano (ICCAL-Lab), conformado en junio de 2020. Adicionalmente, varios estudiantes de cursos de Derechos Humanos y Derecho Internacional, dirigidos por los tres profesores que redactamos este documento, nos apoyaron en la búsqueda de materiales normativos. Todos ellos motivados por su deseo de hacer una contribución a la protección diferenciada de personas privadas de la libertad que cuentan con una escasa atención académica, política y social: bebés lactantes, niños y niñas que crecen en cárceles; mujeres embarazadas que se enfrentan al riesgo de dar a luz en condiciones inadecuadas; o indígenas que tienen que soportar distintas formas de discriminación por su origen étnico, sus creencias religiosas o sus tradiciones culturales. Esperamos que el documento que sometemos a su consideración represente un aporte valioso al trabajo cardinal de la Corte en el continente americano en la garantía de los derechos humanos de los invisibles entre los olvidados.

Respetuosamente,



MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA

TABLA DE CONTENIDO

AMICUS CURIAE SOBRE ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD: FUENTES DE ESTÁNDARES NORMATIVOS	2
1. Obligaciones estatales específicas frente a personas indígenas privadas de la libertad	8
1.1. Obligaciones estatales específicas para asegurar la preservación de la identidad cultural de personas indígenas	10
1.1.1. Obligación de dar preferencia a medidas no privativas de la libertad	11
1.1.2. Obligación de respetar las creencias y prácticas religiosas	13
1.1.3. Obligación de respetar expresiones de la identidad cultural en la forma de vestir y las costumbres alimenticias	14
1.2. Obligaciones relacionadas con actividades o programas en el ámbito carcelario	15
1.2.1. Medidas para la resocialización en la comunidad de origen	16
1.2.2. Obligación de adoptar medidas para ofrecer intérpretes u otros medios eficaces en el proceso de inducción y obligación de respetar el uso del idioma propio durante la detención	16
1.3. Obligaciones específicas para la prevención de todo acto de violencia contra personas indígenas privadas de la libertad	17
1.3.1. Obligación de prevenir la discriminación racial directa o indirecta en la orden de detención preventiva y en la imposición de la pena de privación de libertad	18
1.3.2. Obligación de facilitar la comunicación con la familia y comunidad	19
1.3.3. Obligación de adoptar medidas para que las personas indígenas sean detenidas en los centros de detención o reclusión más cercanos a su comunidad indígena	21
2. Obligaciones estatales específicas frente a mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad	22
2.1. Obligaciones específicas en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica de mujeres embarazadas y lactantes	25
2.1.1. Obligaciones relativas a la alimentación	26
2.1.2. Obligaciones relativas al vestido y albergue	27
2.1.3. Obligaciones relativas al acceso a asistencia médica y psicológica	27
2.2. Obligaciones estatales sobre condiciones mínimas que se deben garantizar durante el trabajo de parto y durante el parto	30
2.2.1. Obligaciones relativas al lugar del parto y la capacitación de las personas presentes	30
2.2.2. Obligaciones respecto del uso de medidas de seguridad durante el trabajo de parto y sobre la privacidad de la madre	31
2.3. Obligaciones específicas para asegurar el derecho a la vida familiar entre madre e hijo/hija	33
3. Niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres	33
3.1. Obligaciones estatales relativas al derecho a la vida familiar del niño o la niña	35
3.1.1. Obligación de dar prevalencia al interés superior del niño o la niña	36
3.1.2. Obligación de garantizar espacios y tiempo suficiente y adecuado para el goce del vínculo familiar	38
3.1.3. Obligación de adoptar medidas hacia una política pública criminal que permita aplicar sentencias no privativas de la libertad a los padres que tengan niños o niñas a cargo	41
3.2. Obligaciones estatales en materia de acceso al derecho a la salud y alimentación de niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres	42
3.2.1. Obligación de garantizar una alimentación y servicio de salud adecuado en igualdad de condiciones frente a niños y niñas que no viven en cárceles	42
3.2.2. Obligación de adoptar medidas para que las cárceles cuenten con instalaciones de salud y con medicamentos adecuados para las necesidades propias de los niños y las niñas	44
3.2.3. Obligación de adoptar medidas para garantizar una alimentación balanceada y nutritiva para los niños y las niñas	45
3.3. Obligaciones estatales relativas al desarrollo adecuado de los niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres	45
3.3.1. Obligación de garantizar igualdad de condiciones a los niños y niñas que viven en las cárceles con sus madres o padres privados de la libertad respecto de aquellos que no viven en las cárceles	46
3.3.2. Obligaciones relacionadas con la integración comunitaria y socialización	46
3.3.3. Obligaciones en materia educativa	47
3.3.4. Obligaciones en materia de recreación	49
REFERENCIAS	52

Amicus Curiae sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad: Fuentes de estándares normativos

El derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH), así como el derecho constitucional de varios países miembros del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH) han avanzado paulatinamente en el reconocimiento de un enfoque diferencial en situaciones de privación de la libertad respecto al tratamiento de personas y grupos en razón a características etarias (niñez, tercera edad), étnicas (pueblos indígenas y afrodescendientes) y de género (ej. mujeres embarazadas y lactantes). Incluso la Corte Interamericana ha reconocido que una combinación específica de estas características puede desencadenar formas de discriminación interseccional,¹ lo que obliga al Estado a ofrecer una protección reforzada a ciertos sujetos privados de la libertad. Esta atención diferencial implica ajustes a procedimientos estándar establecidos para los espacios de reclusión, con la finalidad de garantizar un trato que se ajuste a las necesidades específicas de estas personas y grupos.

El presente documento reúne y sistematiza una parte significativa de estos estándares internacionales específicos en materia de personas indígenas (sección 1), mujeres embarazadas, en posparto y lactantes (sección 2) y niños y niñas que viven en centros de reclusión con sus madres (sección 3). Para estos efectos, se emplean diversos tipos de fuentes normativas, vinculantes y no vinculantes, tanto del sistema universal de derechos humanos (SUDH) como de sistemas regionales de derechos humanos, incluyendo entre otras, sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

a. Fuentes del SUDH

1977 RM	Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el primer congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977
1984 P-RM	Procedimientos para la aplicación efectiva de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, ONU, Consejo Económico y Social, 21a. sesión plenaria, 25 de mayo de 1984, R. 1984/47
1988 CPPD	Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, ONU, Asamblea General, resolución 43/173, 9 de diciembre de 1988
1990 PBTR	Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, ONU, Asamblea General, 68ª. sesión plenaria, resolución 45/111, 14 de diciembre de 1990

¹ Para una revisión detallada sobre el proceso de recepción y alcances del enfoque interseccional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, *cf.* Góngora Mera (2020).

2005 CIEDR RG31	Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General No. 31 sobre la prevención de la discriminación racial en la administración y el funcionamiento del sistema de justicia penal (2005), A/60/18, pp. 98-108
C169 OIT	Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales
CDESC/OG 11	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 11: Planes de acción para la enseñanza primaria, 14 de mayo de 1999, UN DOC. E/C.12/1999/4
CDESC/OG 12	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12: El derecho a una alimentación adecuada, 14 de mayo 1999
CDESC/OG 14	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (2000), E.C.12/2000/4
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CDN/OG 1	Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 1: Propósitos de la educación, UN DOC. CRC/GC/2001/1 (2001)
CDN/OG 7	Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7: Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 40º período de sesiones (2006), UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1 (2006)
CDN/OG 14	Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), UN DOC. CRC/C/GC/14 (2013)
CDN/OG 15	Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15: sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, UN DOC. CRC/C/GC/15 (2013)
CDN/OG 17	Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17: sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), UN DOC. CRC/C/GC/17 (2013)
CEDAW	Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CEDAW/RG 24	Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 24, A/54/38/Rev.1.
CG3	Tercer Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra
CIEDR	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial
DDN	Declaración de los Derechos del Niño, Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959
Declaración de Kampala	Declaración de Kampala sobre las Condiciones Penitenciarias en África, Resolución 1997/36 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
UNDRIP	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
Reglas de Tokio	Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, ONU, Asamblea General, 68ª sesión plenaria, resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990

Reglas de Bangkok	Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes, ONU, Asamblea General, Resolución 65/229 del 16 de marzo de 2011, UN Doc. A/RES/65/229
Reglas Nelson Mandela	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, ONU, Asamblea General, Resolución 70/175, 17 de diciembre de 2015, A/RES/70/175

Pese a los distintos focos normativos de estos instrumentos y al diverso grado de desarrollo de estándares sobre la temática,² todos coinciden en el hecho de que algunos grupos de personas privadas de la libertad requieren atención especial. Por otra parte, como es bien conocido, estos documentos están conectados entre sí; los estándares más recientes se construyen sobre la base de los más antiguos. Por ejemplo, las Reglas Nelson Mandela son una revisión de las reglas mínimas desarrolladas desde 1955 en el marco de Naciones Unidas. Como se explica al inicio de ese documento, las Reglas Nelson Mandela enuncian principios y prácticas que se reconocen contemporáneamente como idóneas para el tratamiento de los reclusos, lo que revela el carácter inacabado de estos estándares y subraya la posibilidad de hacer nuevos ajustes en el futuro. También se reconoce que son reglas que no pueden aplicarse indistintamente debido a la significativa variedad de condiciones globales, lo que supone un cierto margen de flexibilidad y adaptación local. Sin embargo, deben estimular reformas para que se instauren como condiciones mínimas por parte de los responsables de políticas, legisladores, operadores del sistema de justicia penal y personal penitenciario. Todos estos estándares se aplican sin ningún tipo de discriminación para las mujeres en situación de privación de libertad (v. gr. en espera de juicio o condena o con medidas de protección). Con todo, diversos instrumentos consagran reglas especiales para mujeres privadas de la libertad, que tienen como objetivo asegurar un trato diferente, atendiendo sus necesidades particulares.³ Este es el caso de las Reglas de Bangkok, que desarrollan y especifican reglas de tratamiento para las mujeres; por lo tanto, no pueden interpretarse como sustitución de las Reglas Nelson Mandela o de las Reglas de Tokio, sino como complemento de éstas.

Ninguna disposición específica frente a un grupo determinado puede ser interpretada en el sentido de excluir a ese grupo del ámbito de aplicación de la DUDH y los tratados generales del DIDH. Estas normas se aplican armónicamente y requieren una interpretación *pro personae*, dando prevalencia a las disposiciones vinculantes con el ámbito de protección más amplio para la persona detenida.

² Cf. v. gr. la Declaración de Kampala de 1997, que reconoce en sus consideraciones iniciales que “algunos grupos de reclusos, incluidos los menores, las mujeres, las personas de edad y las personas con enfermedades mentales o físicas, son particularmente vulnerables y requieren atención especial”. Sin embargo, no desarrolla esta idea en estándares concretos.

³ Cf. v. gr. Reglas 34.1 y 34.2 de las Reglas Penitenciarias Europeas, respecto al sistema europeo. En el Derecho Internacional Humanitario se puede citar el artículo 14 de la Tercera Convención de Ginebra de 1949, en el que se establece que las mujeres que sean prisioneras de guerra deben ser tratadas con todas las consideraciones debidas a su sexo y, en todo caso, se beneficiarán de un trato tan favorable como el que reciban los hombres. Cf. además: artículos 88, 97 y 108 CG3, y artículo 5.2.a del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

b. Fuentes del SIDH y otros sistemas regionales de derechos humanos

Belém do Pará	Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIFDRI	Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia
CIPST	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
CPT/Inf (2000) 13	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10 th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1999, 18 de agosto de 2000.
CPT/Inf(2008)5	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, <i>Factsheet about Women in Prison</i> , enero de 2018.
DADH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DADPI	Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
Protocolo de Maputo	Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África
Protocolo de San Salvador	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PBP/CIDH 2008	Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Resolución 01/08 de la CIDH, 131 ^º Período Ordinario de Sesiones, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26
RPE	Reglas Penitenciarias Europeas. Consejo de Europa. Recomendaciones a los Estados adoptadas el 11 de enero de 2006, y revisadas y modificadas el 1 de julio de 2020

DECISIONES DE LA CORTE IDH

<i>Castro Castro</i>	Corte IDH. Caso del <i>Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.
<i>Chinchilla Sandoval</i>	Corte IDH. Caso <i>Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312.
<i>Escué Zapata</i>	Corte IDH. Caso <i>Escué Zapata Vs. Colombia</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165.
<i>Fleury</i>	Corte IDH. Caso <i>Fleury y otros Vs. Haití</i> . Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de 2011. Serie C No. 236.
<i>Furlán</i>	Corte IDH. Caso <i>Furlán y familiares Vs. Argentina</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.
<i>Gonzales LLuy</i>	Corte IDH. Caso <i>Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.
<i>Hernández</i>	Corte IDH. Caso <i>Hernández Vs. Argentina</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C No. 395.
<i>Lori Berenson</i>	Corte IDH. Caso <i>Lori Berenson Mejía Vs. Perú</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

<i>Neira Alegría</i>	Corte IDH. Caso <i>Neira Alegría y otros Vs. Perú</i> . Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.
<i>Norín Catrimán</i>	Corte IDH. Caso <i>Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
<i>López Álvarez</i>	Corte IDH. Caso <i>López Álvarez Vs. Honduras</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.
<i>Pacheco Teruel</i>	Corte IDH. Caso <i>Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 241.
<i>Rosendo Cantú</i>	Corte IDH. Caso <i>Rosendo Cantú y otra Vs. México</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
<i>Sawhoyamaya</i>	Corte IDH. Caso <i>Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
<i>Urso Branco</i>	Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002.

DECISIONES DEL TEDH

<i>Alexandru Enache</i>	TEDH. Caso <i>Alexandru Enache vs. Rumania</i> , No. 16986/12, Sentencia de 3 de octubre de 2017.
<i>Hadzhieva</i>	TEDH. Caso <i>Hadzhieva v. Bulgaria</i> , Gran Chamber, Sentencia de 1 de febrero de 2018.
<i>Khodorkovskiy</i>	TEDH. Caso <i>Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia</i> , No. 11082/06 y 13772/05, Sentencia de 25 de julio de 2013.
<i>Klibisz</i>	TEDH. Caso <i>Klibisz vs. Polonia</i> , No. 2235/02, Sentencia de 4 de octubre de 2016.
<i>Korneykova</i>	TEDH. Caso <i>Korneykova y Korneykov vs. Ucrania</i> , No. 56660/12, Sentencia de 24 de marzo de 2016.
<i>Konstantin Markin</i>	TEDH. Caso <i>Konstantin Markin vs. Rusia</i> , Grand Chamber, Sentencia de 22 de marzo del 2012.

Como se establece en el principio VIII de los PBP/CIDH 2008, 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”. Por lo tanto, este documento parte de la base de que todos los sujetos de especial protección explícitamente mencionados en la solicitud de opinión consultiva cuentan con los derechos que han sido reconocidos a todas las personas en situación de privación de la libertad.⁴ De ahí que el foco de este texto sea el análisis de los estándares internacionales y

⁴ A este respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que los derechos de las personas privadas de la libertad son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes; y ha clasificado los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en tres grupos: “(i) Los derechos que pueden ser suspendidos como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo que se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Por ejemplo, el derecho a la libre locomoción o los derechos políticos como el derecho al voto. (ii) Los derechos restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado, con lo cual se pretende contribuir al proceso de resocialización y garantizar la

del derecho comparado directamente relacionados con la situación específica de estos sujetos. Se da por sentado que normas generales, como por ejemplo el artículo 9 de la DUDH o el artículo 25 de la DADH, que prohíben la detención arbitraria, son normas aplicables para los sujetos de especial protección, así como para cualquier otra persona. Con el propósito de focalizar este documento, estas normas de alcance general serán invocadas sólo en caso de que tengan una aplicación específica frente a alguno de estos sujetos. Por ejemplo, el artículo 5 de la CADH, que reconoce el derecho a la integridad personal, incorpora una norma especial en su numeral 5 relacionada con el procesamiento penal de menores de edad. Esta lógica se aplica también para sentencias judiciales; se prefiere citar decisiones con reglas especiales para estos sujetos; se asume que están cubiertos por todas las sentencias de la Corte Interamericana o de las cortes nacionales que se refieran a derechos de personas detenidas.⁵

En segundo lugar, es importante aclarar que, como lo establece la disposición general de los PBP/CIDH 2008, estos estándares aplican no solo para personas en establecimientos carcelarios, que han sido procesadas o condenadas por delitos o infracciones a la ley, sino también para personas que se encuentren bajo cualquier otra forma de detención por otro tipo de razones (v. gr. humanitarias o de protección) ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa, o cualquier otra autoridad pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Esto incluye hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidad; instituciones para niños, niñas y personas mayores; así como centros de detención migratoria.

En tercer lugar, hay que destacar de partida que en los PBP/CIDH 2008 se ha reconocido que se pueden implementar medidas especiales para satisfacer necesidades particulares de algunas personas privadas de la libertad que pertenecen a grupos vulnerables o de alto riesgo en su salud. Este tipo de medidas no deben considerarse discriminatorias, a la luz del principio II, según el cual:

[...] No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial. [...]

Así se consagra por ejemplo en el principio X de los PBP/CIDH 2008:

disciplina, la seguridad y la salubridad en las cárceles. Entre estos derechos se encuentran el de la intimidad personal y familiar, unidad familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, trabajo y educación. (iii) Los derechos intocables, esto es, que derivan directamente de la dignidad del ser humano y por lo tanto son intocables, como los derechos a la vida, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad, a la libertad religiosa, a la personalidad jurídica, de petición, al debido proceso y el acceso a la administración de justicia". Cf. Sentencia T-049 de 2016.

⁵ Por ejemplo, en *Lori Berenson*, la Corte Interamericana declaró que las condiciones de detención impuestas a la víctima (incomunicación coactiva y aislamiento prolongado en celda pequeña sin ventilación) constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes, y por ello violatorios del artículo 5 de la CADH. Esta declaración atiende a la condición de detención y no específicamente al hecho de tratarse de una mujer; en ese sentido la decisión se refiere a cualquier persona detenida que sufra condiciones de detención similares.

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida 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; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; **y las medidas especiales** para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, **las mujeres, los niños y las niñas**, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas [Énfasis fuera del texto].

La autorización de estas medidas especiales para la satisfacción de necesidades particulares de ciertos sujetos está respaldada por varias normas generales del derecho internacional sobre diferenciación razonable y objetiva cuando se busca el logro de propósitos que son legítimos a la luz del DIDH (cf. v. gr. artículos 1.4 y 2.2 CIEDR; artículos 1.4 y 5 CIFDRI), que se complementan con la obligación de adoptar medidas para la realización efectiva de los derechos (cf. artículo 2.1 del PIDESC; artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador). Este enfoque diferencial también ha sido reconocido por la Corte Interamericana⁶ y ha sido desarrollado legislativamente en Estados miembros del sistema interamericano.⁷

1. Obligaciones estatales específicas frente a personas indígenas privadas de la libertad

Como toda persona, los indígenas privados de la libertad tienen derecho a no ser discriminados por motivos raciales, por su origen étnico, nacionalidad, color idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquiera otra condición social (cf. entre otros: artículo 2 DUDH, artículo 2 PIDCP, artículos 2 y 5 CIEDR, artículo 24 CADH, artículo 3 C169 OIT, artículo 2 UNDRIP). Incluso se ha reconocido específicamente que las mujeres indígenas tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el derecho internacional, libres de todas las formas de discriminación, y por lo tanto, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas (cf. artículo VII DADPI). En consecuencia, está prohibida cualquier distinción, exclusión o restricción

⁶ Por ejemplo, en relación a medidas de protección especiales en casos de personas de alto riesgo en salud, cf. *Caso Chinchilla Sandoval y otros Vs. Guatemala*.

⁷ Cf. v. gr. en el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia (Ley 65 de 1993), artículo 3A: “ENFOQUE DIFERENCIAL. <Artículo adicionado por el artículo 2 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque [...]”.

que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas indígenas privadas de su libertad.⁸

En la práctica, sin embargo, las personas indígenas se enfrentan a varios problemas de discriminación estructural, directa e indirecta, en el marco de instituciones estatales de detención, como se destaca en el Manual de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito relativo a los Reclusos con necesidades especiales (cf. UNODC 2011):

- 1) en muchos países están sobrerrepresentados en los centros de detención, debido a que las minorías étnicas tienen mayor probabilidad de encarcelamiento;⁹
- 2) al ser detenidos, miembros de pueblos indígenas padecen discriminación por razón de su etnia;
- 3) enfrentan barreras lingüísticas para el acceso a la justicia (v. gr. los servicios de interpretación pueden ser erróneos para indígenas que no hablan el idioma mayoritario, lo que dificulta que puedan comprender su situación legal y mecanismos de defensa disponibles);
- 4) sufren distintos tipos de abusos verbales y físicos;
- 5) son clasificados erróneamente y son ubicados en instituciones de mayor seguridad que la necesaria;
- 6) los espacios de alojamiento pueden ser más limitados;
- 7) su acceso a la educación, a servicios de salud y a programas penitenciarios puede verse afectado por su origen étnico, afectando su reintegración social e impidiendo reducciones de pena asociadas a la participación en tales programas; y
- 8) pueden sufrir diversas formas de discriminación indirecta frente a decisiones sobre liberación temprana, visitas temporales a sus hogares, libertad condicional, así como en programas de rehabilitación que no están diseñados para atender sus necesidades específicas.

Adicionalmente, debido a sus fuertes vínculos con su comunidad, sus tierras y su cultura, la privación de la libertad puede provocar problemas especiales entre algunos individuos indígenas, como por ejemplo la imposibilidad de cumplir con obligaciones familiares y comunitarias (v. gr. prácticas y ritos religiosos asociados a su tierra). Debido a estos impactos dañinos adicionales, la privación de libertad para los pueblos indígenas puede ser un castigo desproporcionado con respecto al delito cometido.

⁸ Cf. PBP/CIDH 2008, Principio II sobre igualdad y no discriminación.

⁹ Esto ocurre debido a muy diversos factores. Entre ellos, el hecho de que las demandas sociales y ambientales de líderes indígenas chocan con intereses empresariales sobre sus territorios y los recursos naturales que allí se encuentran. En varios países latinoamericanos se han presentado casos de uso abusivo del derecho penal para criminalizar a miembros de pueblos indígenas que defienden los derechos de su comunidad, y de este modo desacreditar el ejercicio legítimo de tales derechos, lo que ha dado lugar a detenciones arbitrarias e injustificadas. Para el caso de Guatemala, cf. v. gr. el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a Guatemala, del 10 de agosto de 2018, UN Doc. A/HRC/39/17/Add.3, párr. 53-58. Para el caso de México, cf. v. gr. el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, del 28 de junio de 2018, UN Doc. A/HRC/39/17/Add.2, párr. 64-68. Sobre el uso de la legislación antiterrorista contra los mapuches en Chile, cf. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, del 18 de junio de 2020, UN Doc. A/HRC/45/34, párr. 19. Para una revisión del problema a escala global, cf. además: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, del 26 de enero de 2004. UN Doc. E/CN.4/2004/80, párr. 44-53.

1.1. Obligaciones estatales específicas para asegurar la preservación de la identidad cultural de personas indígenas

Diversos instrumentos internacionales establecen la obligación de los Estados de reconocer y respetar el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas, lo que implica, entre otros compromisos, abstenerse de desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer políticas de asimilación, así como el deber de respetar y proteger sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, prácticas, creencias, valores, e indumentaria (*cf.* entre otros: artículos II , X y XIII,3 DADPI; artículos 2, 5 y 8 UNDRIP). En materia penal y penitenciaria, se aplica la regla general del artículo 8 del C169 OIT, según el cual los pueblos indígenas asumen los derechos y obligaciones que corresponden a todos los ciudadanos del país, pero el Estado tiene que tomar en consideración el derecho consuetudinario indígena al aplicarles la legislación nacional, siempre y cuando este derecho consuetudinario no sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con el DIDH.¹⁰ En los ámbitos de privación de la libertad, esto significa que el Estado tiene al menos estas obligaciones:

- 1) La obligación de respetar la identidad cultural de las personas indígenas detenidas: Esto implica, entre otros, abstenerse de implementar políticas asimilacionistas al interior de los centros de detención estatales. Dado que el castigo es un agente que altera la identidad individual mediante métodos de clasificación y estandarización de la conducta, y además teniendo en cuenta la realidad de hacinamiento de muchos establecimientos de detención estatales, hay que reconocer que, en la práctica, la detención de indígenas en estos lugares con frecuencia implica de facto un proceso de asimilación y de pérdida masiva de la cultura. Por lo tanto, la privación de la libertad de personas indígenas en estos establecimientos debe ser excepcional (*cf.* sección 1.1.1).¹¹ Y cuando esta detención ocurra, es necesario respetar las expresiones de la identidad cultural, como las creencias religiosas (sección 1.1.2), la forma de vestir y las costumbres alimenticias (sección 1.1.3).
- 2) La obligación de adoptar medidas (v. gr. actividades, programas) para que los indígenas detenidos en centros estatales conserven sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con el DIDH ni el derecho nacional (*cf.* sección 1.2).
- 3) La obligación de prevenir todo acto de violencia y discriminación contra personas indígenas (sección 1.3).

A continuación, se presentan en detalle estas obligaciones estatales.

¹⁰ Usualmente estas colisiones son resueltas por las cortes constitucionales. Por ejemplo, en los artículos 190-192 de la Constitución de Bolivia se reconoce la administración de la justicia indígena originaria campesina, y se le otorgan competencias jurisdiccionales para que en sus espacios territoriales impartan su propia justicia. Si se presentan dudas sobre la aplicación y conformidad de normas indígenas (orales o escritas) a la Constitución en un caso concreto, el Tribunal Constitucional Plurinacional es el ente competente para resolverlas, con efecto obligatorio (art. 202.8 de la Constitución).

¹¹ *Cf.* Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-921 de 2013.

1.1.1. Obligación de dar preferencia a medidas no privativas de la libertad

El artículo 10 del C169 OIT ordena que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de pueblos indígenas y tribales se tengan en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. En particular, en el numeral 2, establece que: “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.¹² Esta obligación se conecta con el numeral 1 del artículo 9 del C169 OIT, que establece la obligación estatal de respetar los métodos que los pueblos indígenas y tribales emplean tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros; así como con el numeral 2 de este mismo artículo, que establece la obligación de las autoridades estatales que se pronuncien sobre cuestiones penales relacionadas con miembros de pueblos indígenas y tribales de tener en cuenta sus costumbres en la materia.¹³

En esa misma línea, el Principio III de los PBP/CIDH 2008, relativo a la libertad personal, establece en el cuarto párrafo del numeral 1 (“Principio básico”): “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”. Por lo tanto, las medidas punitivas de privación de la libertad contra personas indígenas deben entenderse como último recurso, como garantía contra la discriminación y para la protección de su identidad cultural, y deben tenerse en cuenta las costumbres propias del pueblo indígena al que pertenezca la persona detenida.

Este estándar se reitera en el párrafo 36 de la 2005 CIEDR RG31:

Con respecto a las personas pertenecientes a pueblos autóctonos, los Estados Partes deberían favorecer la aplicación de penas alternativas a la privación de la libertad y el recurso a otras sanciones mejor adaptadas a su sistema jurídico, teniendo en cuenta en particular el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Nº 169 de la OIT).

En caso de que la propia comunidad indígena imponga una condena de privación de libertad ante una infracción de normas, tradiciones o prácticas comunitarias, el Estado debe respetar la autonomía jurisdiccional indígena (*cf.* artículo 9 C169 OIT). Por lo tanto, la regla general es que sean las propias autoridades indígenas las que definan la sanción pertinente de acuerdo con sus costumbres, y que esta sanción se cumpla en su territorio. Sin embargo, puede haber situaciones en las que esto no es posible. Frente a este punto, la jurisprudencia constitucional colombiana ofrece estándares relevantes (*cf.* Sentencias C-394 de 1995, T-642 de 2014, T-208 de 2015 y T-685 de 2015). La Corte Constitucional ha establecido una serie de reglas para determinar el lugar de reclusión de un miembro de una comunidad indígena:

¹² Sobre el alcance del artículo 10 del Convenio 169 restringido a casos de privación de la libertad por sanciones penales y no frente a casos de prisión preventiva, *cf.* Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución Nº 2010-016055, Expediente Nº 10-012688-0007-CO de 28 de septiembre de 2010.

¹³ Sobre la interpretación del artículo 9.1 del Convenio 169 en la jurisprudencia constitucional peruana, *cf.* Tribunal Constitucional del Perú. Expediente Nº 07009-2013-PHC/TC, 03.03.2016.

- 1) Si un indígena es juzgado por la jurisdicción indígena, las autoridades tradicionales son las encargadas de la imposición de la sanción y de la vigilancia en el cumplimiento de la condena, que será ejecutada en su territorio.
- 2) De manera excepcional, los indígenas juzgados por jurisdicción indígena pueden ser recluidos en establecimientos ordinarios cuando la propia comunidad así lo requiera: (i) para preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la comunidad en general; (ii) cuando los territorios indígenas no cuenten con una estructura carcelaria propia; o (iii) cuando sea necesario para evitar el “riesgo de linchamiento” al condenado. Según la Corte colombiana, la necesidad de proteger estos bienes jurídicos debe estar debidamente justificada en cada caso concreto.
- 3) Si un indígena es juzgado por la jurisdicción penal ordinaria (v. gr. por no reunir los requisitos para que se configure el fuero indígena), las autoridades nacionales son las competentes para imponer las condenas y vigilar su cumplimiento. La reclusión debe darse en establecimientos donde existan programas que permitan una reclusión étnica y culturalmente diferenciada, que necesariamente compagine con sus costumbres. En este caso, se deben cumplir con al menos tres reglas para no vulnerar el derecho a la identidad cultural: (i) la investigación se debe comunicar a la máxima autoridad de su comunidad o su representante; (ii) si procede medida de detención preventiva, se deberá consultar a la máxima autoridad de la comunidad y se debe verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad; (iii) una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio.
- 4) De manera excepcional, el juez de la jurisdicción penal ordinaria que impone la condena, en conjunción con la autoridad penitenciaria, pueden (no es una obligación sino una potestad) autorizar que los indígenas juzgados cumplan la pena en un centro de reclusión de su propio resguardo. Un indígena condenado no puede exigir que la condena se cumpla en su propio resguardo ya que objetivamente se encuentra sujeto a la jurisdicción ordinaria; solo puede exigir condiciones de detención que respeten su diversidad cultural. Tampoco puede exigir que se reconozca con carácter retroactivo la condición de centro de reclusión habilitado a un centro de reclusión indígena que sirvió de facto como lugar de privación de libertad durante el trámite judicial. Le corresponde al legislador autorizar por vía general que las penas de jueces ordinarios se ejecuten en centros de reclusión de las comunidades indígenas habilitados por la autoridad penitenciaria.¹⁴

Es importante adicionalmente tener en cuenta la jurisprudencia boliviana sobre la materia, que ha adoptado principios aimaras en la interpretación constitucional. Según el Tribunal Constitucional,¹⁵ existe una diferencia sustancial entre el derecho positivo de inspiración occidental y la justicia indígena originaria campesina: mientras el primero subsume al ser humano a normativas antropocéntricas con una perspectiva individual, en la lógica de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, “el ser humano, en su tránsito vital, comunitariamente busca

¹⁴ Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-097 de 2012, T-921 de 2013 y T-975 de 2014.

¹⁵ Cf. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Declaración constitucional plurinacional 0102/2017-S1, 29 de noviembre de 2017.

permanentemente convivir en armonía y equilibrio de manera holística”. Un miembro de la comunidad que en el recorrido de su vida incumpla los principios exhortativos preventivos como el *ama qhilla, ama llulla y ama suwa* (“no seas flojo, no seas mentiroso y no seas ladrón”), vulnera ese equilibrio y armonía con la comunidad y el cosmos (*qhapaj marka*). Aún si la contravención es individual, ocasiona el desequilibrio del sistema integral de la vida comunitaria (humana, natural y divina) generando la *mach’a, llaki, ch’amaka* (“sequía, tristeza, oscuridad”). Según el Tribunal, la saturación de leyes y cárceles no reintegra a la sociedad al camino cíclico, sino que la apartan del mismo. Restaurar el equilibrio es por lo tanto una tarea comunitaria que no requiere de más leyes sino de la aplicación de valores y principios para retornar al camino cíclico (*qhapaj ñan*), denominado sociedad sin cárceles. De este modo, la cosmovisión de los pueblos indígenas bolivianos se acerca más a un modelo de justicia restaurativa (relacionada con el restablecimiento de los lazos sociales). En conclusión, según el Tribunal Constitucional de Bolivia, la privación de la libertad resulta incompatible con la cosmovisión indígena:

Podemos concluir que la pena privativa de libertad, en la concepción externa a los Pueblos Indígena Originario Campesinos, como aquella que se cumplen en las cárceles, va contra los valores culturales del indígena, por tanto desde la cosmovisión de los pueblos indígenas, el estar privado de libertad no ayuda al individuo ni a la sociedad, debido a que fomenta la ociosidad o desocupación, generando la pérdida de un integrante de la comunidad, y menos rehabilita, por el contrario induce a las prácticas no aceptadas como el robo, drogadicción entre otros, llevándonos a la reflexión de que la pena en el derecho indígena es más eficaz que las penas en la justicia ordinaria.¹⁶

1.1.2. *Obligación de respetar las creencias y prácticas religiosas*

Con frecuencia, personas indígenas practican religiones diferentes a la religión mayoritaria. Históricamente, desde el período colonial y durante la primera fase de las repúblicas latinoamericanas, se implementaron políticas sistemáticas de conversión forzosa de los pueblos indígenas al cristianismo, por ejemplo, a través de su concentración forzada en misiones y reducciones. Y en el conjunto de las políticas asimilacionistas, implementadas hasta muy avanzado el siglo XX, el componente religioso era central. La sistematicidad y larga duración de estas medidas le dan al derecho a la libertad religiosa en ámbitos de privación de la libertad una dimensión muy particular cuando se refiere a los pueblos indígenas, y compromete a los Estados a ser especialmente diligentes en el respeto, protección y realización de este derecho.

Actualmente en el DIDH se reconoce el derecho a la libertad religiosa y la obligación correlativa de los Estados de respetar y proteger las diferentes prácticas y costumbres religiosas (*cf. v. gr.* artículo 18 DUDH; artículo 18 PIDCP; artículo 12 CADH). Este ha sido un derecho explícitamente reconocido a los pueblos indígenas en conexión estrecha con el derecho a su identidad cultural (artículo 5 C169 OIT; artículos 11.1 y 12 UNDRIP; artículo XIII.3 DADPI). Según el numeral 2 del artículo XVI de la DADPI: “Ningún pueblo o persona indígena deberá ser sujeto a presiones o imposiciones, o a cualquier otro tipo de medidas coercitivas que afecten o limiten su derecho a ejercer libremente su espiritualidad y creencias indígenas”.

¹⁶ Informe técnico 120/2015 del 24 de marzo de 2015, de la Secretaría Técnica y Descolonización del Tribunal Constitucional Plurinacional. Citado en: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional 0562/2015-S1, 1 de junio de 2015. *Cf.* además: Sentencia Constitucional Plurinacional 1189/2017-S1, 24 de octubre de 2017.

Aplicando el Principio XV de los PBP/CIDH 2008 a las personas indígenas privadas de la libertad, se concluye que los indígenas deben tener derecho a profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar su religión, según sus creencias. En ese sentido, pueden rehusarse a participar en servicios religiosos de una religión que no profesan, así como al adoctrinamiento y enseñanza de otras religiones. Adicionalmente tienen el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales y el derecho a participar en sus actividades religiosas y espirituales, ejercer sus prácticas tradicionales y tener en su poder objetos de culto. Los límites a estos derechos son el respeto de los derechos de los demás y la protección de la salud o moral pública, así como la preservación del orden público, la seguridad y la disciplina interna.

Frente a este tema, vale la pena citar una decisión reciente de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-365 de 2020) en la que se autorizó a un indígena a ingresar un poporo y ayú (hoja de coca) a un centro de reclusión. La Corte reiteró sentencias previas en las que había reconocido a la coca como una planta sagrada para los pueblos indígenas de Colombia, y al consumo de la hoja de coca como un elemento importante en su concepción social y religiosa.¹⁷

1.1.3. Obligación de respetar expresiones de la identidad cultural en la forma de vestir y las costumbres alimenticias

Los uniformes y otro tipo de restricciones a la forma de vestir en centros de detención deben superar el test de proporcionalidad (ej. deben estar justificados por medidas de seguridad y por las condiciones climáticas específicas, entre otros factores cubiertos por el derecho constitucional). Y a la luz del DIDH, los Estados deben tener en cuenta las tradiciones relativas a la forma de vestir de personas indígenas en los reglamentos internos de los centros de detención con el fin de que las reglas de vestido no vulneren su derecho a la identidad cultural.

En relación con las prendas que identifican a un pueblo indígena determinado, se aplica el numeral 3 del Principio XII de los PBP/CIDH 2008, que estipula que: “El vestido que deben utilizar las personas privadas de libertad será suficiente y adecuado a las condiciones climáticas, y tendrá en cuenta la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad. En ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes”.

Respecto a costumbres alimenticias, es importante resaltar el concepto de adecuación, como elemento que hace parte del contenido del derecho a la alimentación en el DIDH (*cf.* entre otros, artículo 25 DUDH y artículo 11 PIDESC). En la interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, la adecuación de la alimentación se determina por condiciones sociales, económicas, culturales, climáticas, ecológicas y de otro tipo imperantes en un momento y lugar. En particular, los alimentos deben ser aceptables para una cultura:

¹⁷ Según la Corte, la dirección del establecimiento carcelario debía haber autorizado el ingreso y tenencia del poporo y ayú, porque negarlo desconoce el derecho a la diversidad e identidad étnica y cultural del demandante; además pone a la hoja de coca y su uso como manifestación de la identidad cultural de la población indígena en el mismo plano que el de los usos ilícitos que se hacen de esta planta (ej. cocaína). Al interpretar restrictivamente las normas de seguridad para el ingreso de objetos a la cárcel, se le impuso al tutelante indígena una visión del mundo, no propia de su cultura.

Que los alimentos deban ser aceptables para una cultura o unos consumidores determinados significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos, así como las preocupaciones fundamentadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los alimentos disponibles.¹⁸

En consecuencia, si el Estado ofrece una alimentación que no es aceptable culturalmente para personas indígenas en centros de detención y reclusión, vulnera su derecho a la alimentación en conexidad con su derecho a la identidad cultural.¹⁹

1.2. Obligaciones relacionadas con actividades o programas en el ámbito carcelario

Como se adelantó en la sección 1.1., el Estado tiene la obligación de respetar la diversidad cultural de las personas indígenas detenidas en centros de reclusión estatales, así como la obligación de adoptar medidas para que durante el cumplimiento de la condena estas personas indígenas preserven sus costumbres, por lo que deben recibir un trato diferenciado. Esto supone que los establecimientos de detención les permitan practicar todos aquellos usos y costumbres que formen parte de su identidad cultural, siempre que sean compatibles con el DIDH y la Constitución.

En el DIDH no parece haber hasta el momento un catálogo de programas específicos que deban adoptarse durante la ejecución de la pena de miembros de comunidades indígenas, más allá de los lineamientos generales en relación con el respeto a las costumbres, el idioma y la conciencia colectiva de los indígenas. En el derecho constitucional de la región, vale la pena citar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Como ya se explicó en el apartado 1.1.1., prevalece la excepcionalidad de la reclusión en penitenciarías comunes. Esto se debe a que el encarcelamiento de indígenas en lugares de reclusión y penitenciarías comunes conlleva a una asimilación o integración forzosa que quebranta los valores culturales y el principio de identidad étnica del que son titulares los miembros de comunidades indígenas. De manera que, por regla general, el cumplimiento de penas para los miembros de comunidades indígenas en establecimientos comunes, no salvaguarda el ejercicio de una jurisdicción y una cultura minoritaria, salvo que los jueces o fiscales demuestren por qué al estar en una cárcel ordinaria no se afecta la cosmovisión del indígena, es decir, la manera en que cada cultura indígena contempla la represión de los delitos y el cumplimiento de las penas.

Por lo tanto, según la Corte Constitucional de Colombia, en la ejecución de la pena respecto de individuos pertenecientes a comunidades indígenas, los jueces de la jurisdicción penal ordinaria y demás autoridades públicas deben tener en cuenta las particularidades etno-culturales y cosmogónicas de estas personas. Las condiciones de ejecución de la pena tienen que asegurar en la mayor medida posible la preservación de los valores culturales y el principio de identidad étnica del que son titulares los miembros de las comunidades indígenas.

¹⁸ CDESC/OG 12, párr. 11.

¹⁹ Cf. v. gr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-312 de 2016. Allí se discute entre otros aspectos el ingreso de comida típica indígena en establecimientos carcelarios estatales. La Corte verificó que los indígenas detenidos contaban con un menú alimenticio especial que incluía preparaciones típicas y tradicionales, recomendadas y aprobadas por ellos mismos.

Como derivación de lo anterior, los indígenas tienen derecho a ser reclusos en espacios especiales con enfoque diferencial. Esta reclusión especial no quiere decir que deban ser ubicados en recintos exclusivos, sino que los establecimientos penitenciarios cuenten con un pabellón donde se garantice en la mayor medida posible (i) la conservación de sus usos y costumbres, y (ii) que se lleve a cabo con la permanente colaboración de las autoridades de las comunidades a las que pertenecen, con el fin de mantener y fortalecer los rasgos, lenguas y tradiciones indígenas.

1.2.1. Medidas para la resocialización en la comunidad de origen

En la Sentencia T-312 de 2016, la Corte Constitucional de Colombia se planteó el tema de la función resocializadora de la pena frente a personas indígenas. Según la Corte, en términos generales, las autoridades públicas deben imponer y ejecutar las penas bajo el principio de resocialización; es decir, promoviendo el retorno e inclusión a la sociedad. Pero en el caso de las personas indígenas condenadas que han sido reclusas en cárceles ordinarias, la resocialización no puede estar dirigida a su inclusión en la sociedad mayoritaria, sino a contar con todos los medios posibles “para volver a vivir en sus territorios, con sus comunidades, de conformidad con sus usos y costumbres, y bajo el mando de sus autoridades”. Esto también aplica frente a penas definidas por la jurisdicción especial indígena que deban cumplirse en cárceles ordinarias: el proceso de resocialización debe estar diferenciado étnicamente, de tal forma que le permita al indígena poderse vincular nuevamente a su entorno cultural cuando cumpla su condena.

Para garantizar esta resocialización étnicamente diferenciada, la Corte Constitucional ordenó que las autoridades indígenas y la autoridad penitenciaria nacional (INPEC) suscriban convenios de cooperación sobre las medidas necesarias para definir las respectivas responsabilidades en materia de resocialización y asegurar el acompañamiento de las autoridades tradicionales. La Corte justifica este diseño en el desconocimiento del INPEC de las costumbres particulares de cada comunidad indígena a la que pertenecen los reos indígenas privados de la libertad en sus cárceles. Por lo tanto, según la Corte, las autoridades penitenciarias no están capacitadas ni pueden ser obligadas a garantizar la resocialización en la comunidad de origen. Esa función le corresponde cumplir, de manera exclusiva, a las autoridades del resguardo o territorio indígena del cual proviene el condenado.²⁰ El incumplimiento reiterado de los compromisos adquiridos por parte de las autoridades indígenas puede dar lugar a la liberación del indígena recluso en sus instalaciones a órdenes de la autoridad del resguardo o territorio, para que termine de cumplir su condena en el respectivo resguardo o territorio.

1.2.2. Obligación de adoptar medidas para ofrecer intérpretes u otros medios eficaces en el proceso de inducción y obligación de respetar el uso del idioma propio durante la detención

²⁰ Según el documento del INPEC (2014), le corresponde a esta entidad “rendir informes periódicos a la autoridad indígena a efectos de seguimiento y posible revisión de autoridades tradicionales de pena de sus comuneros, de acuerdo a las fechas establecidas en el acto administrativo de ingreso en las que la autoridad indígena tomará decisiones en relación a la redención de la pena privativa de la libertad”, así como “en qué consiste el proceso de resocialización étnicamente diferenciado que debe surtir la persona condenada”.

El derecho de cualquier persona inculpada durante un proceso judicial a la asistencia letrada y a los servicios de un intérprete es una garantía consolidada del debido proceso en el DIDH (*cf. v. gr.* artículo 14.3.a y f PIDCP; artículo 8.2.a CADH; artículo XIV.4 DADPI; Regla 41.3 de las Reglas Nelson Mandela; y Regla 38.3 RPE). Este derecho se aplica en el caso de personas indígenas que no comprenden o no hablan el idioma del juzgado o tribunal. Como regla especial para personas indígenas se puede citar el artículo XXII DADPI, sobre derecho y jurisdicción indígena:

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

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

Como corolario de este derecho, los Estados deben velar porque el proceso de inducción a un establecimiento de detención se realice en el idioma de su comprensión, por ejemplo, con apoyo de traductores o de una autoridad u organización indígena (*cf. v. gr. Caso Rosendo Cantú*). Conectado con ello, las personas indígenas tienen derecho de usar su idioma materno durante la reclusión en centros de detención. Por ejemplo, en el caso *López Álvarez*, la Corte Interamericana concluyó que el Estado demandado violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, así como la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación (artículos 13 y 24 CADH), al prohibir expresarse en su propio idioma a un garífuna en detención preventiva.

1.3. Obligaciones específicas para la prevención de todo acto de violencia contra personas indígenas privadas de la libertad

En varios países del sistema interamericano, los pueblos indígenas han sido históricamente sometidos a formas extremas de violencia. En Colombia, por ejemplo, en razón de la concentración de su conflicto armado en áreas rurales de ocupación indígena y afrodescendiente, la situación de derechos humanos de varios pueblos indígenas es crítica (*cf. v. gr. Escué Zapata vs. Colombia*). Semanalmente en este país hay reportes de violencia contra miembros de comunidades indígenas, incluyendo desalojos forzados, criminalización de sus protestas, asesinatos de líderes, y masacres en sus territorios. Ante esta fuerte exposición a la violencia, es necesario que el Estado ofrezca garantías reforzadas para prevenir actos de violencia contra personas indígenas en centros de detención y reclusión.

Existen al menos tres garantías básicas a este respecto: 1) prevenir la discriminación contra personas indígenas (como obligación de respeto y como obligación de protección); 2) establecer como garantía para la integridad personal de la persona indígena detenida la posibilidad de mantener comunicación y contacto con familiares y miembros de su comunidad; y 3) como corolario de la obligación anterior, el Estado debe adoptar medidas para que las personas indígenas sean detenidas en los centros de detención o reclusión más cercanos a su comunidad indígena.

1.3.1. *Obligación de prevenir la discriminación racial directa o indirecta en la orden de detención preventiva y en la imposición de la pena de privación de libertad*

Por las razones planteadas en el aparte 1.1.1., la detención preventiva debe aplicarse como último recurso y durante el plazo más breve posible. Ante el riesgo de que la orden de detención preventiva esté influenciada por prejuicios raciales o abierta discriminación contra pueblos indígenas, el numeral 26 de la 2005 CIEDR RG31 establece que los Estados partes del CIEDR deberían velar por que:

- a) El mero hecho de la pertenencia racial o étnica [...] no sea motivo suficiente, *de jure* o *de facto*, para decretar prisión preventiva contra una persona. Dicha prisión preventiva sólo podrá estar justificada por motivos objetivos previstos por la ley, como el riesgo de fuga, de destrucción de pruebas, de influencia en los testigos o de graves perturbaciones del orden público;
- b) La exigencia de fianza o de garantía financiera para obtener la libertad antes del juicio se aplique de manera acorde con la situación de las personas pertenecientes a esos grupos, que a menudo se hallan en situación de precariedad económica, con objeto de que la referida exigencia no se traduzca en discriminación contra esas personas;

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana. En el Caso *Norín Catrimán*, la Corte concluyó que la prisión preventiva de indígenas no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales, sino que debe basarse en elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona ha participado en el ilícito que se investiga.²¹ Más aún, el Estado debe tener en cuenta la condición social de los detenidos, especialmente si se trata de autoridades tradicionales:

La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo (cf. párr. 357 de la sentencia).

En relación con la imposición de la pena de privación de libertad, en el numeral 36 de la 2005 CIEDR RG31 se establece que los Estados Partes del CIEDR “deberían velar a ese respecto por que sus tribunales no impongan penas más severas por la sola razón de la pertenencia del acusado a un grupo racial o étnico determinado”. Sobre este punto, la Corte Interamericana en *Norín Catrimán* reiteró que, tratándose de la tipificación de delitos de carácter terrorista, el principio de legalidad impone una necesaria distinción entre dichos delitos y los tipos penales ordinarios; cuando se investigue, juzgue y sancionen conductas penalmente ilícitas no debe aplicarse el tipo penal especial sobre terrorismo cuando el ilícito podría ser investigado y juzgado bajo el tipo penal ordinario por tratarse de una conducta de menor reprochabilidad.

Adicionalmente, de acuerdo con el numeral 5 de la 2005 CIEDR RG31, Los Estados Partes de CIEDR deberían poner en práctica estrategias nacionales para prevenir la discriminación racial en la

²¹ Sobre el debate en torno al impacto diferencial de la prisión preventiva a miembros de pueblos indígenas, cf. v. gr.: *Jones Huala, Francisco Facundo s/ Extradición*. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 23 de agosto de 2018.

administración y funcionamiento de la justicia penal, orientadas en particular hacia los siguientes objetivos:

- a) Derogar las leyes que tengan un efecto discriminatorio desde el punto de vista racial, en particular las que apuntan indirectamente a ciertos grupos penalizando actos que sólo pueden ser cometidos por personas pertenecientes a esos grupos, o las que sólo se aplican a los no nacionales, sin motivo legítimo o sin que se respete el principio de proporcionalidad;
- b) Promover, mediante la enseñanza apropiada, la formación de las fuerzas del orden público (cuerpos de policía, gendarmería, policía judicial, personal de prisiones, personal de establecimientos psiquiátricos, servicios sociales, médicos y otros) en materia de derechos humanos, tolerancia y entendimiento interracial e interétnico, así como la sensibilización respecto de las relaciones interculturales;
- c) Promover el diálogo y la concertación entre los órganos policiales y judiciales y los representantes de los [pueblos indígenas], con objeto de luchar contra los prejuicios y establecer relaciones de confianza;
- d) Favorecer una representación adecuada de las personas pertenecientes a los grupos raciales y étnicos en la policía y la judicatura;
- e) Velar por el respeto y el reconocimiento de los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos autóctonos, de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos;
- f) Introducir los cambios necesarios en el régimen penitenciario de los reclusos pertenecientes a los [pueblos indígenas], a fin de que se tengan en cuenta sobre todo sus prácticas culturales y religiosas; [...]

De modo similar se ha pronunciado el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

Los funcionarios de la administración de justicia deberían recibir formación intercultural permanentemente. Los funcionarios de los órganos judiciales deben conocer a los grupos indígenas de sus zonas. Los indígenas deben tener la oportunidad de formar parte de la administración judicial a fin de superar el ambiente de “indefensión aprendida” en que se encuentran. Los Estados deberían adoptar medidas positivas que fomentaran la contratación de indígenas en los órganos legislativos, judiciales, policiales y penitenciarios.²²

1.3.2. Obligación de facilitar la comunicación con la familia y comunidad

Como principio general, toda persona tiene el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia o su correspondencia (artículo 12 DUDH; artículo 17 PIDCP). En el caso

²² Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, del 26 de enero de 2004. UN Doc. E/CN.4/2004/80, párr. 39.

de las personas indígenas privadas de la libertad, esta protección tiene varias especificidades,²³ al tratarse de sujetos que se encuentran bajo custodia y vigilancia del Estado en espacios de acceso limitado que usualmente se encuentran por fuera de los territorios indígenas. La detención restringe la posibilidad de comunicación y contacto con familiares y miembros de la comunidad indígena. Por lo tanto, en estas condiciones deben aplicarse los estándares consagrados en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1977 RM), que autorizan la vigilancia estatal durante las visitas. Según el artículo 37 relativo al contacto del recluso con el exterior, “los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familia y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas”. Este estándar fue actualizado en el numeral 1 de la Regla 58 de las Reglas Nelson Mandela, eliminando el criterio de cualificación de los contactos e incluyendo otras formas de comunicación:

1. Los reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con sus familiares y amigos:
 - a) por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles; y
 - b) recibiendo visitas.

Este estándar se reitera en el Principio V de los PBP/CIDH 2008, que establece que toda persona privada de libertad tendrá derecho a comunicarse con su familia, y en el Principio XVIII de los PBP/CIDH 2008, sobre contacto con el mundo exterior:

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y 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.

²³ En Colombia, la jurisprudencia constitucional caracteriza esta situación como una “relación de especial sujeción de las personas privadas de la libertad con el Estado”. Esto tiene dos implicaciones: 1) el sometimiento de la persona a un conjunto de condiciones imperativas que suponen la suspensión y restricción de ciertos derechos fundamentales bajo los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad; y 2) el Estado se constituye en el garante de los derechos que no son restringidos por el acto de la privación de la libertad. Al respecto, vale la pena citar la Sentencia T-276/2017 de la Corte Constitucional de Colombia. En esta decisión, la Corte consideró que los derechos fundamentales de los reclusos se pueden dividir en tres grupos según el grado de restricción o garantía que los cobije: “(i) derechos que se suspenden como consecuencia de la pena impuesta, estos son: la libertad física, el derecho de circulación y residencia, y los derechos políticos, (ii) los derechos que pueden ser restringidos para lograr los fines de resocialización y garantizar la seguridad, orden y convivencia en las cárceles. Entre estos derechos se encuentran el de la intimidad personal y familiar; la unidad familiar, de reunión, de asociación; el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, el derecho al trabajo, a la educación y a la comunicación; estos derechos no están suspendidos, y por tanto una faceta de ellos debe ser garantizada. Finalmente, (iii) los derechos intangibles, esto es aquellos derechos cuya interdependencia con la dignidad humana hacen incompatible cualquier restricción a la luz de la Carta política, entre ellos la vida, la integridad personal, la salud, la igualdad, la libertad religiosa, de pensamiento y opinión, la personalidad jurídica, el derecho de petición, el debido proceso y el acceso a la administración de justicia”. Para la Corte Constitucional, “el derecho a la comunicación hace parte del segundo grupo de derechos, aquellos que no se encuentran suspendidos pero pueden ser objeto de restricciones o limitaciones razonables y proporcionales”.

Adicionalmente, en virtud de la especial relación que las personas indígenas tienen con los líderes y autoridades de su pueblo, el Estado, como garante de su derecho a la comunicación, debe facilitar el contacto personal y directo con sus autoridades comunitarias.

1.3.3. Obligación de adoptar medidas para que las personas indígenas sean detenidas en los centros de detención o reclusión más cercanos a su comunidad indígena

En relación con la distancia entre el territorio indígena y el lugar de detención, los estándares de derecho internacional contemplan la necesidad de adoptar medidas para que las personas indígenas sean reclusas en los centros de detención o penitenciarios más cercanos a la comunidad de origen, en atención a las dificultades logísticas y los costos que representan los viajes desde zonas rurales apartadas. La Corte Interamericana se ha pronunciado al respecto, por ejemplo, en el Caso *Norín Catrimán*. Analizando el derecho a la protección a la familia (cf. párr. 403-410), la Corte comprobó que el detenido fue llevado a una ciudad a unos 250 kilómetros del lugar donde se encontraba su comunidad y familia, pese a las solicitudes de su abogado y su esposa de ser trasladado a un centro penitenciario más cercano a su lugar de residencia. También se tuvo por probado que la distancia incidió negativamente en la periodicidad de las visitas y en el contacto con su familia. Y concluyó que:

407. Las visitas a las personas privadas de libertad por parte de sus familiares constituyen un elemento fundamental del derecho a la protección de la familia tanto de la persona privada de libertad como de sus familiares, no solo por representar una oportunidad de contacto con el mundo exterior, sino porque el apoyo de los familiares hacia las personas privadas de libertad durante la ejecución de su condena es fundamental en muchos aspectos, que van desde lo afectivo y emocional hasta el apoyo económico. Por lo tanto, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 17.1 y 1.1 de la Convención Americana, los Estados, como garantes de los derechos de las personas sujetas a su custodia, tienen la obligación de adoptar las medidas más convenientes para facilitar y hacer efectivo el contacto entre las personas privadas de libertad y sus familiares.

408. La Corte resalta que una de las dificultades en el mantenimiento de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares puede ser la reclusión de personas en centros penitenciarios extremadamente distantes de sus domicilios o de difícil acceso por las condiciones geográficas y de las vías de comunicación, resultando muy costoso y complicado para los familiares el realizar visitas periódicas, lo cual eventualmente podría llegar a constituir una violación tanto del derecho a la protección a la familia como de otros derechos, como el derecho a la integridad personal, dependiendo de las particularidades de cada caso. Por lo tanto, los Estados deben, en la medida de lo posible, facilitar el traslado de los reclusos a centros penitenciarios más cercanos a la localidad donde residan sus familiares. En el caso de las personas indígenas privadas de libertad la adopción de esta medida es especialmente importante dada la importancia del vínculo que tienen estas personas con su lugar de origen o sus comunidades.

2. Obligaciones estatales específicas frente a mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad

En esta parte, nos enfocamos en dar respuesta a las siguientes preguntas planteadas por la CIDH en su solicitud de opinión consultiva: En lo atinente a la protección de los derechos de personas en especial situación de vulnerabilidad como mujeres embarazadas, en posparto y lactantes ¿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 la libertad, tanto en lo referente a sus condiciones de detención como en relación con los recursos que sean interpuestos para proteger sus derechos en el contexto de la privación de la libertad? Y si la respuesta es afirmativa:

- ¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica?
- ¿Qué condiciones mínimas debe garantizar el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto?
- En el caso 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?

La respuesta a la primera pregunta que la Comisión Interamericana plantea a la Honorable Corte la podemos encontrar en varios instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos. Todos coinciden en reconocer la maternidad y el periodo de lactancia como circunstancias particulares que necesitan la adopción de medidas especiales que en ningún caso pueden ser consideradas como discriminatorias sino como medidas que tienen precisamente el objetivo de garantizar la igualdad.

A nivel universal, el artículo 25.2 de la DUDH estipula que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales”. El PIDESC también reconoce la maternidad como una situación que requiere de protecciones especiales. En su artículo 10.2, el PIDESC obliga a que los Estados concedan “especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”.

Aún más detallado, encontramos el artículo 12.2 de la CEDAW, la cual obliga los Estados a garantizar a la mujer “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Además de una protección especial en materia de servicios y nutrición, la CEDAW, en su artículo 4.2 indica claramente que: “La adopción por los Estados Parte de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

Por lo tanto, a la luz de los artículos 4.2 y 12.2 de la CEDAW, medidas o enfoques diferenciados, que tienen como objetivo la protección de la maternidad, no pueden ser considerados como discriminatorios, y en consecuencia no violan el principio de igualdad ante la ley ni la prohibición de discriminación consagrados en los artículos 24 y 1.1 de la CADH.

A nivel regional, sistemas de protección de derechos humanos también protegen la maternidad e instan u obligan a los Estados a adoptar medidas o enfoques diferenciados. En el SIDH, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre estipula en su artículo VII que “[t]oda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayudas especiales”. Igualmente, en el artículo 15.3.a del Protocolo de San Salvador se indica que: “Los Estados parte mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: [...] conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”.

En el caso del artículo 15.3.a del Protocolo de San Salvador, la protección especial de la maternidad se encaja dentro de la protección del grupo familiar y, por consiguiente, se encuentra cobijada por la provisión general del artículo 17.1 de la CADH.

Igualmente, según el Principio II de los PBP/CIDH 2008, “[n]o serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes”. En adición, el Principio X establece que las mujeres privadas de la libertad tienen derecho a medidas especiales para satisfacer sus necesidades particulares de salud:

Las personas privadas de libertad tendrán derecho a la salud, entendida 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; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH-SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal. El tratamiento deberá basarse en principios científicos y aplicar las mejores prácticas.

En toda circunstancia, la prestación del servicio de salud deberá respetar los principios siguientes: confidencialidad de la información médica; autonomía de los pacientes respecto de su propia salud; y consentimiento informado en la relación médico-paciente. [...]

Adicionalmente, de acuerdo con el Principio XXII de los PBP/CIDH 2008, deben estar estrictamente prohibidas las medidas de aislamiento de las mujeres embarazadas.

El Sistema Africano de protección de los derechos humanos también contiene protecciones especiales para las mujeres embarazadas y en período de lactancia. En particular, el Protocolo de Maputo obliga los Estados a procurar los servicios de salud prenatal, del parto y posnatal para las mujeres.²⁴

²⁴ Cf. Protocolo de Maputo, artículo XIV(2)(b), que en inglés estipula lo siguiente: “States Parties shall take all appropriate measures to: Establish and strengthen existing prenatal, delivery and postnatal health and nutritional services for women during pregnancy and while they are breast-feeding”.

A pesar de no protegerse como tal la maternidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Sistema Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha enunciado la necesidad de proteger la maternidad y ha establecido que las medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad no son discriminatorias. En particular, en el caso *Alexandru Enache v. Rumania*, el Tribunal Europeo determinó, en su versión original, lo siguiente: “The Court accepts that motherhood has specific features which need to be taken into consideration, sometimes by means of protective measures” (cf. párr. 77).²⁵

Ahora que hemos establecido la perspectiva del DIDH con respecto a la necesidad de adoptar medidas o enfoques diferenciados para proteger a las mujeres embarazadas y lactantes, nos falta justificar la adopción de estas medidas o enfoques diferenciados en el contexto de la privación de libertad.

A pesar de que los estándares internacionales, tal como los desarrollados en las Reglas de Bangkok, tienden a preferir sentencias no privativas de la libertad para las mujeres embarazadas y las mujeres que tienen niños a cargo, en la realidad muchas mujeres embarazadas o con niños a cargo se encuentran actualmente en situación de detención.²⁶ Por eso, las Reglas de Bangkok desarrollan reglas basadas en un enfoque diferenciado para las mujeres, incluso las mujeres embarazadas y lactantes, bajo la idea de que si puede existir una solución diferente de la encarcelación, se debe preferir esta otra solución y se considera la detención de mujeres embarazadas y lactantes (o con niños a cargo) como un último recurso. Este enfoque también ha sido desarrollado en la jurisprudencia constitucional latinoamericana²⁷ y en la legislación de varios países del sistema interamericano.²⁸

El hecho de que los derechos humanos garantizados tanto a nivel universal como regional se aplican incluso en el contexto carcelario ha sido enunciado muchas veces y por muchos órganos de protección de derechos humanos. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hallado en varios casos que el Estado tiene la obligación de garantizar el pleno ejercicio de los

²⁵ Se puede traducir así: “El Tribunal acepta que la maternidad tiene características específicas que necesitan ser consideradas, a veces, a través de medidas de protección”.

²⁶ Cf. Regla 64 de las Reglas de Bangkok.

²⁷ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha sostenido reiteradamente que si la detención preventiva debe ser excepcional, esta excepción es reforzada “en el caso de mujeres que se encuentren en periodo pre y post natal, no solo por el riesgo que corre la salud o la vida de la madre, sino también, por el riesgo que puede correr también la vida y la salud del ser en gestación o recién nacido, en ese sentido el legislador a fin de resguardar tanto a la madre como al nuevo ser, estableció en la parte in fine del art. 232 del CPP, que la detención preventiva de este grupo social será de ultima ratio, al no ser factible la aplicación de otra medida alternativa”, cf. SCP 0284/2014. En la SCP 0570/2016-S3, el Tribunal agregó que la detención de mujer embarazada no está prohibida, pero debe ser absolutamente excepcional; en caso de que esté en riesgo inminente la vida o se pueda producir un daño irreparable, la detención no puede producirse. Cf. además: SCP 0088/2017-S2. Desarrollos similares se pueden observar en la jurisprudencia brasileña. Cf. v. gr. Supremo Tribunal Federal de Brasil. HC Nº 143.641/SP - São Paulo, 20.02.2018 (sobre sustitución de la medida de detención preventiva por la detención domiciliar cuando se trate de mujeres embarazadas o madres de niños de menos de 12 años de edad o en situación de discapacidad, salvo graves crímenes con violencia y otros casos muy excepcionales).

²⁸ Cf. v. gr. en Bolivia, la Ley Nº 1.970 de 1999, artículo 232; en Colombia, el Código de Procedimiento Penal de 2004, artículo 314, numerales 3 y 5; en Costa Rica, el Código Procesal Penal de 1996, artículos 260 y 486; en Nicaragua, Código Procesal Penal de 2001, artículo 176.

derechos humanos, los cuales no se ven limitados por estar privado(a) de libertad (cf. v. gr. *Khodorkovskiy y Lebedev vs. Rusia*, párr. 836; y *Klibisz vs. Polonia*, No. 2235/02, párr. 354).

En su sentencia en el caso *Neira Alegría*, la Corte Interamericana expresó la misma idea indicando que, en virtud del artículo 5.2 de la CADH, “toda persona privada de la libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal” y el Estado “como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos” (cf. párr. 60). La Corte reiteró respecto del Estado brasileño en el caso de la *Cárcel de Urso Branco* que los Estados tienen la obligación de “respetar los derechos y libertades [...] consagrados [en la Convención Americana sobre Derechos Humanos] y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”, incluidas las personas privadas de libertad (cf. párr. 6).

Las obligaciones de los Estados respecto de las medidas o enfoques diferenciados para las mujeres embarazadas y lactantes no apoyan un trato privilegiado para ellas, sino que buscan asegurar que gocen de sus derechos humanos en igualdad de condiciones. En dicho sentido, los Estados deben garantizar un pleno goce de los derechos humanos para todas las personas privadas de libertad, mujeres embarazadas y lactantes incluidas.

En este contexto, cabe destacar que varios órganos internacionales de protección de derechos humanos han insistido sobre la escasez de recursos como excusa para la inobservancia del derecho a un trato digno y humano indicando que dicha inobservancia no es justificable por razones económicas. Así, a nivel universal, el Comité de Derechos Humanos lo afirmó en el caso *Mukong c. Camerún*;²⁹ la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha afirmado este principio en el caso *Fleury*: “[...] los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano”.³⁰

A manera de conclusión de este apartado, si seguimos el razonamiento tanto del Comité de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados no pueden justificar la inobservancia de los estándares internacionales mínimos respecto a las mujeres en situación de embarazo y madres lactantes privadas de la libertad aduciendo falta de recursos. Así mismo, la adopción de medidas o enfoques diferenciales a favor de este grupo no viola el principio de igualdad respecto de otros grupos privados de la libertad sino que, por el contrario, dichas medidas están instituidas para desarrollar y dar el mayor alcance al derecho de igualdad en mención.

2.1. Obligaciones específicas en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica de mujeres embarazadas y lactantes

²⁹ Comité de Derechos Humanos, *Mukong c. Camerún*, Comunicación No. 458/1991, (CCPR/C/51/D/458/1991), párr. 9.3.

³⁰ Caso *Fleury y otros vs. Haití*, párr. 83. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró esta obligación en otros casos. Por ejemplo, en *Pacheco Teruel* (párr. 67.j) sostuvo que: “los estados no pueden alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en la materia y que no respeten la dignidad inherente del ser humano”.

Para desarrollar el contenido de los estándares internacionales mínimos respecto a las condiciones de detención de mujeres embarazadas y lactantes, nos apoyaremos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la jurisprudencia internacional, las Reglas de Bangkok y otros documentos redactados por organismos internacionales.

2.1.1. Obligaciones relativas a la alimentación

La Corte Interamericana se ha pronunciado varias veces sobre la obligación de los Estados de brindar una alimentación en los centros penitenciarios que sea de buena calidad y que aporte un valor nutritivo suficiente.³¹ Esta obligación ha sido enunciada en el contexto general de las obligaciones de los Estados respecto a las personas privadas de libertad.

Respecto de la alimentación que los Estados deben brindar a las mujeres embarazadas y lactantes, el artículo XIV(2)(b) del Protocolo de Maputo estipula que los Estados deben adoptar todas las medidas posibles para brindar servicios nutricionales adecuados a mujeres embarazadas y en período de lactancia. De igual manera, el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, que se llevó a cabo en El Cairo en 1994, resalta la necesidad por parte de los Estados de “aumentar la prestación de servicios de maternidad, en el marco de la atención primaria de la salud”.³² Dentro de estos servicios encontramos programas de nutrición maternal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos halló, en el Caso *Korneykova y Korneykov vs. Ucrania* (cf. párr. 141-148) que una reclusa que dio luz durante su detención no recibió alimentación suficiente y saludable de acuerdo a su condición de mujer embarazada y después de madre lactante, lo que, en sí, implica una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Para arribar a su decisión, el Tribunal Europeo se apoyó en el décimo Informe General del Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, que recomienda una dieta con mucha proteína, frutas y verduras frescas para mujeres embarazadas y madres lactantes privadas de libertad.³³ Más recientemente, en 2018 el mismo Comité reiteró esta recomendación.³⁴

Las reglas de Bangkok contienen una regla similar (Regla 48):

Las reclusas embarazadas o lactantes recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las embarazadas, [...] y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual.

³¹ Cf. Caso *Pacheco Teruel*, párr. 67.d.

³² Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994, A/CONF.171/13/Rev. 1, párr. 8.22.

³³ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1999, CPT/Inf (2000) 13, 18 de agosto de 2000, párr. 26.

³⁴ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Factsheet about Women in Prison, CPT/Inf(2018)5, enero de 2018, pág. 5.

Por tener necesidades nutricionales especiales durante el embarazo y el período de lactancia, las mujeres privadas de libertad pueden ser objeto de un trato que no respeta su dignidad y puede equivaler a una violación del artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.1.2. Obligaciones relativas al vestido y albergue

Las Reglas de Bangkok, como el documento más detallado sobre el tratamiento de mujeres privadas de libertad que existe actualmente, no contiene reglas particulares sobre el tema de la vestimenta tanto para las reclusas en general como para las reclusas embarazadas y lactantes en particular.

Lo que se puede asumir es que cualquier vestimenta que constituye un riesgo de tropiezo o caída, o que no sea adaptada al cuerpo de una mujer embarazada (por ejemplo, que le apriete el vientre) puede plantear una violación de los artículos 4.1, 5.1 y 17.1 de la CADH por las consecuencias en la salud física y/o mental que pueden generar para la mujer y su feto.

Por eso, el Estado tiene la obligación de suministrar vestimenta adecuada para las mujeres embarazadas con el fin de evitar todo tipo de situación que podría conllevar una violación de los artículos 4.1, 5.1 y 17.1 CADH. Si el Estado no puede suministrar este tipo de vestimenta, debe autorizar a las mujeres llevar su propia ropa. De esa manera se puede asegurar una vestimenta adecuada para las mujeres embarazadas.

Por su parte, el Principio XII de los PBP/CIDH 2008 establece reglas sobre albergue, condiciones de higiene y vestido para toda persona privada de la libertad. En relación con el albergue y las instalaciones, se aplica el numeral 1 de este Principio, que estipula que:

Las personas privadas de libertad deberán disponer de espacio suficiente, exposición diaria a la luz natural, ventilación y calefacción apropiadas, según las condiciones climáticas del lugar de privación de libertad. Se les proporcionará una cama individual, ropa de cama apropiada, y las demás condiciones indispensables para el descanso nocturno. Las instalaciones deberán tomar en cuenta las necesidades especiales de las personas enfermas, las portadoras de discapacidad, los niños y niñas, las mujeres embarazadas o madres lactantes, y los adultos mayores, entre otras.

2.1.3. Obligaciones relativas al acceso a asistencia médica y psicológica

El artículo 24.2.d de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el contexto del disfrute del más alto nivel posible de salud, insta los Estados a adoptar medidas para “asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

Igualmente, el Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su Observación General No. 24, observó que los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las mujeres a servicios de maternidad gratuitos asignando para ello el máximo de recursos disponibles:

Muchas mujeres corren peligro de muerte o pueden quedar discapacitadas por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los servicios previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad. El Comité observa que es obligación de los Estados Partes garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles.³⁵

Con el mismo objetivo de reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también ha establecido en la Observación General No. 14 (párr. 14 y 44.a) que los servicios obstétricos de urgencia son una de las obligaciones prioritarias para los Estados Parte.

Adicionalmente al acceso a la atención obstétrica de emergencia, el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing instan a los Estados a garantizar los cuidados prenatales coordinados y eficaces, los servicios de remisión en los casos de complicaciones en el embarazo, el parto y el aborto, y en general servicio de atención a la salud que permitan que el embarazo y el parto transcurran en condiciones de seguridad.³⁶

Respecto de la asistencia médica y psicológica para las mujeres embarazadas y lactantes privadas de libertad, la Regla 6 de las Reglas de Bangkok, al ingresar en un establecimiento penitenciario, estipula lo siguiente:

El reconocimiento médico de las reclusas comprenderá un examen exhaustivo a fin de determinar sus necesidades básicas de atención de salud, así como determinar [...] [e]l historial de salud reproductiva de la reclusa, incluidos un posible embarazo en curso y los embarazos anteriores, los partos y todos los aspectos conexos.

Esto se complementa con el Principio X de los PBP/CIDH 2008, que establece que: “En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz”.

En el caso de un embarazo no deseado, apoyamos el establecimiento de un estándar interamericano, siguiendo el ejemplo del Comité para la Prevención de la Tortura,³⁷ así como el de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y de la Oficina Europea de la Organización Mundial de la Salud,³⁸ que argumentan que las mujeres embarazadas privadas de libertad deben tener el mismo derecho al aborto que existe para el resto de la comunidad en cada Estado.

³⁵ CEDAW/OG 24, párr. 27.

³⁶ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párr. 7.2 y 8.22; Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, párr. 97.

³⁷ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CPT/Inf(2018)5, pág. 5.

³⁸ UNODC/WHO Europe (2009), párr. 60.

Esta perspectiva se inscribe dentro la línea de la Regla 10.1 de las Reglas de Bangkok, según la cual “[s]e brindarán a las reclusas servicios de atención de salud orientados expresamente a la mujer y como mínimo equivalentes a los que se prestan en la comunidad”.

Dentro de los servicios de atención de salud, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Oficina Europea de la Organización Mundial para la Salud consideran importantes que las reclusas embarazadas y lactantes tengan acceso a médicos especializados, tales como obstetras, ginecólogos, parteras y comadronas según sus deseos y cultura.³⁹ Estos servicios deben estar brindados por personal médico femenino si la reclusa así lo pide, excepto en el caso de una intervención médica urgente, según la Regla 10.2 de las Reglas de Bangkok.

Después del parto, las mujeres regularmente requieren exámenes médicos con el fin de asegurar que sus cuerpos se recuperen correctamente para, por ejemplo, asegurar que no tienen infecciones que puedan contagiar a su bebe mientras lo amamantan.⁴⁰ En el caso de madres lactantes infectadas con el VIH/SIDA, el Estado debe suministrar alimentación gratuita para el bebé porque la Organización Mundial para la Salud recomienda evitar toda lactancia.⁴¹

De igual manera, la Regla 14 de las Reglas de Bangkok pide que los Estados, “al preparar respuestas ante el VIH/SIDA en las instituciones penitenciarias, los programas y servicios deberán orientarse a las necesidades propias de las mujeres, incluida la prevención de la transmisión de madre a hijo”. La atención médica para las mujeres embarazadas y lactantes debe también incluir “programas de tratamiento especializados del uso indebido de drogas para las mujeres, teniendo en cuenta [...] las mujeres embarazadas y las mujeres con niños” (Regla 15).

Finalmente, la prestación de asistencia médica a las mujeres embarazadas y lactantes debe tener en cuenta la violencia de género al que se encuentran sujetas muchas mujeres. Por eso, la Regla 25.2 de las Reglas de Bangkok establece que: “Las reclusas que hayan sufrido abuso sexual, en particular las que hayan quedado embarazadas, recibirán asesoramiento y orientación médicos apropiados, y se le prestará la atención de salud física y mental”.

No se prestará asistencia psicológica únicamente en casos de abuso sexual. La Regla 12 de las Reglas de Bangkok garantiza un acceso a la atención psicológica para las reclusas que lo necesitan. En este contexto, se plantea la necesidad de la asistencia psicológica específicamente para mujeres embarazadas y lactante, por ejemplo, en casos de depresión postparto. El Estado debe garantizar un acceso a la atención psicológica adecuada en casos como éste.

Cualquier violación de estos estándares puede implicar una violación de los artículos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, dado que la provisión de atención médica adecuada a las personas privadas de libertad es una obligación estatal que está directamente vinculada a su deber de respetar, proteger y garantizar los derechos a la vida e integridad personal.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 62.

⁴¹ *Ibíd.*

2.2. Obligaciones estatales sobre condiciones mínimas que se deben garantizar durante el trabajo de parto y durante el parto

Las condiciones mínimas que debe garantizar el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto se pueden dividir en dos categorías: (i) obligaciones relativas al lugar del parto y la capacitación de las personas presentes; y (ii) obligaciones relativas al uso de medidas de seguridad y el respeto de la intimidad de la mujer.

2.2.1. *Obligaciones relativas al lugar del parto y la capacitación de las personas presentes*

Según la Regla 27 de las Reglas Nelson Mandela, todos los establecimientos penitenciarios deben facilitar a los reclusos el acceso rápido a atención médica en casos urgentes. En principio, los reclusos que requieran cuidados especiales o cirugía deben ser trasladados a establecimientos especializados o a hospitales civiles. Con todo, si el establecimiento penitenciario cuenta con sus propios servicios de hospital, debe contar con el personal y el equipo adecuados para proporcionar el tratamiento y la atención que corresponda. Y se establece explícitamente que “[s]olo podrán tomar decisiones médicas los profesionales de la salud competentes, y el personal penitenciario no sanitario no podrá desestimar ni desoír esas decisiones”.

El Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 destaca la importancia de la presencia de personas capacitadas durante el trabajo de parto y durante el parto. En particular, indica que “[t]odos los nacimientos deberían contar con la asistencia de personas capacitadas, de preferencia enfermera y parteras, pero al menos comadronas capacitadas”.⁴²

Este requisito, que protege el derecho a la vida, la integridad física y mental de la mujer y su derecho a la familia significa que, muy probablemente, el trabajo de parto y un parto asistidos por personal capacitado deben tener lugar en un hospital. El Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa ha señalado que los bebés no deberían nacer dentro de establecimientos carcelarios.⁴³ Muchos Estados transfieren a las mujeres embarazadas a hospitales para dar a luz, pero no siempre. Dar a luz en la cárcel significa hacerlo en un lugar donde generalmente la higiene no es adecuada, y también donde no hay personal capacitado para prestar la asistencia requerida.

En el SUDH, el estándar de preferencia de partos en hospitales civiles se encuentra consagrado en la Regla 28 de las Reglas Nelson Mandela:

En los establecimientos penitenciarios para mujeres habrá instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, así como durante el parto e inmediatamente después. En la medida de lo posible, se procurará que el parto tenga lugar en un hospital civil. Si el niño nace en prisión, no se hará constar ese hecho en su partida de nacimiento.

⁴² Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, párr. 8.22.

⁴³ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, *Factsheet about Women in Prison*, CPT/Inf(2008)5, enero de 2018, pág. 5.

Este estándar se confirma en el sistema interamericano. En el Principio X de los PBP/CIDH 2008 se establece que el parto no deberá realizarse en el lugar de privación de libertad, sino en establecimientos especializados, y en caso de que no sea posible, el hecho de que el nacimiento ocurriera en prisión no se hará constar en el registro oficial:

Las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, 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. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad.

De manera similar, la Regla 34.3 de las Reglas Penitenciarias Europeas establece: “Las detenidas estarán autorizadas a dar luz fuera de la prisión, y en el caso de que un niño nazca dentro del establecimiento, las autoridades se encargarán de proporcionarles asistencia y las infraestructuras necesarias”.

2.2.2. Obligaciones respecto del uso de medidas de seguridad durante el trabajo de parto y sobre la privacidad de la madre

La segunda categoría de obligaciones trata de las medidas de seguridad que el Estado podría usar durante el trabajo de parto y durante el parto. Según la Regla 24 de las Reglas de Bangkok: “No se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar luz ni durante el parto ni en el periodo inmediatamente posterior”. En igual sentido, la Regla 68.7 de las Reglas Penitenciarias Europeas proscribe el uso de “medios de inmovilización en las mujeres durante el embarazo, el parto o el posparto”.

El Comité de Prevención de la Tortura del Consejo de Europa ha señalado el carácter inaceptable del uso de medidas de seguridad tales como el uso de esposas o grilletes durante el trabajo de parto y durante el parto.⁴⁴ Esta medida hace eco de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *Caso Korneykova y Korneykov vs. Ucrania* en la que la víctima, Viktoriya Korneykova, que estaba embarazada, fue llevada al hospital para dar luz a su bebé y encadenada de forma casi continua a su cama mientras estuvo custodiada por tres agentes de policía.⁴⁵ En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos halló una violación de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes.

En particular, el Tribunal recordó que en su jurisprudencia anterior había concluido que el hecho de esposar o sujetar a una persona enferma o con una situación física debilitada es desproporcionada con los requisitos de seguridad y supone una humillación injustificada, sea o no intencional. El Tribunal también subrayó que la reclusa no había demostrado un comportamiento violento y que, por su condición, le habría sido difícil escapar.⁴⁶ Además de ser una violación de la

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Caso Korneykova y Korneykov vs. Ucrania*, párr. 111-116.

⁴⁶ *Ibíd.*

prohibición de tratos inhumanos y degradantes, se puede considerar la presencia continua de tres agentes de policía como una violación del derecho a la privacidad y del derecho a la familia de la víctima.⁴⁷

En relación con el traslado de una mujer en trabajo de parto, se debe aplicar el Principio IX de los PBP/CIDH 2008, que establece que los traslados no pueden realizarse en condiciones que ocasionen sufrimientos físicos o mentales, ni que propicien la exhibición pública:

Los traslados de las personas privadas de libertad deberán ser autorizados y supervisados por autoridades competentes, quienes respetarán, en toda circunstancia, la dignidad y los derechos fundamentales, y tomarán en cuenta la necesidad de las personas de estar privadas de libertad en lugares próximos o cercanos a su familia, a su comunidad, al defensor o representante legal, y al tribunal de justicia u otro órgano del Estado que conozca su caso.

Los traslados no se deberán practicar con la intención de castigar, reprimir o discriminar a las personas privadas de libertad, a sus familiares o representantes; ni se podrán realizar en condiciones que les ocasionen sufrimientos físicos o mentales, en forma humillante o que propicien la exhibición pública.

Podemos concluir que, para la protección de los derechos a la integridad personal y a la vida de la madre y del que está por nacer, el Estado debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas durante el trabajo de parto y durante el parto: (i) garantizar la asistencia de personal capacitado para este tipo de situación; (ii) asegurar que no se empleen medidas de seguridad tales como el uso de esposas o de grilletes para evitar causarle sufrimientos, daños o lesiones; y (iii) garantizar la privacidad de la mujer. Adicionalmente, y conectado con estas obligaciones, la Convención de Belém do Pará en sus artículos 7-9 establecen al menos tres deberes estatales relevantes en casos de uso de formas de violencia contra la mujer durante el parto:

1. Adoptar políticas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, teniendo en cuenta la especial situación de vulnerabilidad a la violencia que puede sufrir una mujer cuando está embarazada y en situación de privación de su libertad (artículos 7 y 9).
2. Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer (artículo 8.c).
3. Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social (artículo 8.f).

⁴⁷ También se puede citar un caso en la jurisprudencia chilena en el que una indígena mapuche embarazada que se encontraba privada de la libertad fue víctima de tratos inhumanos y degradantes durante el proceso de parto, al ser engrillada durante el traslado a centros médicos y durante el trabajo de parto. *Cf.* Corte Suprema de Justicia de Chile. Rol 330-2016 (apelación amparo), 18 de noviembre de 2016, *Lorenza Cayuhan vs. Gendarmería de Chile*.

Respetando estas obligaciones mínimas, el Estado puede garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los artículos 1.1, 4.1, 5, 17.1 y 24 de las mujeres privadas de la libertad durante el trabajo de parto y durante el parto.

2.3. Obligaciones específicas para asegurar el derecho a la vida familiar entre madre e hijo/hija

Esta cuestión plantea la cuestión del lazo especial que existe entre una madre y su hijo/a durante la primera infancia. La necesidad de proteger este vínculo especial fue reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el *Caso Alexandru Enache vs. Rumania*, el Tribunal argumentó que este vínculo especial existe en particular durante el primer año de vida del bebé (cf. párr. 60).

Las Reglas de Bangkok también han reconocido la existencia de este vínculo y contienen reglas para protegerlo. Específicamente, existen dos reglas que tienen particular relevancia:

Regla 26. Se alentará y facilitará por todos los medios razonables el contacto de las reclusas con sus familiares, incluidos sus hijos, y los tutores y representantes legales de sus hijos. Cuando sea posible, se adoptarán medidas para reducir los problemas de las mujeres que se hallen recluidas en instituciones lejanas de su hogar.

[...]

Regla 28. Las visitas en que se lleve a niños se realizaran en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos.

Para proteger los derechos consagrados en los artículos 5 y 17.1 en particular de la CADH, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas propuestas en las dos reglas de Bangkok anteriores.

3. Niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres

La situación de los menores que habitan en establecimientos carcelarios, hijos o hijas de padres o madres que han sido privados de la libertad a causa de una sentencia judicial o de un proceso penal encausado en su contra, no debería ser un problema ajeno para la sociedad y el Estado. Esto partiendo de la premisa que los niños y las niñas son sujetos de especial protección, cuyos intereses y derechos deben primar sobre cualquier otro. La decisión de permanencia de los menores en centros carcelarios implica poner en una balanza diversos derechos y situaciones jurídicas que influyen en los niños y niñas: permitir o no a las madres (o en pocos casos, a los padres) y a sus menores residir juntos en los centros penitenciarios.

Existen dos posiciones enfrentadas: por una parte, hay quienes argumentan que la convivencia de un menor dentro de la cárcel constituiría un proceso negativo para su desarrollo, por ser éste un ambiente hostil, tosco, con pocas medidas sanitarias, entre otros.⁴⁸ Otra posición argumenta a favor de la convivencia conjunta bajo el entendido que todo menor, sobre todo en la edad de

⁴⁸ Cf. v. gr. Payá/Betancourt (2002), p. 58.

infancia temprana, debe compartir, crecer y estar bajo la protección de sus padres, por lo que alejarlos de sus progenitores acarrearía perjuicios, en muchos casos irreversibles.⁴⁹

Al analizar la legislación de algunos países latinoamericanos, como Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y Costa Rica, entre otros, se muestra que la tendencia regional de los Estados es de acceder a que los niños o niñas estén con sus madres privadas de la libertad sólo durante algunos años de su primera infancia, más específicamente antes de empezar la educación escolar. Usualmente, esta edad comprende de 0 a los 3 años de edad. Bolivia es el único caso estudiado que permitía, antes de 2014,⁵⁰ que los menores pudieran residir con los padres privados de la libertad.

Colombia, desde la expedición de la Ley 65 de 1993,⁵¹ autoriza la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos e hijas de las mujeres privadas de la libertad hasta la edad de tres años. En el caso de Argentina, de acuerdo al artículo 195 de la Ley Nacional 24.660 de 1996, la madre podrá mantener consigo a sus hijos o hijas menores de 4 años.⁵² Así mismo, Chile reconoce a las mujeres privadas de libertad el derecho de ejercer personalmente el cuidado de sus hijos lactantes hasta los dos años de edad, en lugares separados del resto de la población penal. En efecto, el artículo 19 del Decreto Supremo N° 518-1998 del Ministerio de Justicia, que establece el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, dispone expresamente que los centros penitenciarios deben contar con dependencias adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de los hijos lactantes de las mujeres internas. En Costa Rica, de acuerdo al Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional N° 40849-JP en el artículo 94, las madres con niños menores de 3 años y madres gestantes, podrán permanecer con sus hijos o hijas y tendrán un espacio físico especial, destinado a la crianza de sus hijos e hijas menores de tres años de edad. Por último, en los Estados Unidos de México varía entre los 6 meses hasta los 7 años de edad, dependiendo de cada legislación local.⁵³

A continuación, se exponen cifras estimadas de los niños y niñas que habitan con sus madres mientras ellas cumplen condenas privativas de libertad. A 2018, en Colombia, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) informó que, a nivel nacional, alrededor de 60 niños se encontraban con sus madres en centros de reclusión de mujeres.⁵⁴ En México, a 2019 se estimó que alrededor de 463 niños y niñas habitaban en centros penitenciarios con sus madres, y que tan solo 37 de las 360 prisiones nacionales contaban con áreas de maternidad y educación

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-246 de 2016.

⁵⁰ Ley N° 548 del 2014, en la que se determina la prohibición de que niños o niñas vivan en centros penitenciarios de hombres.

⁵¹ Modificada por la Ley 1709 de 2014, el Decreto 2553 de 2014: “Por el cual se reglamentan los artículos 26 y 153 de la Ley 65 de 1993, modificados por los artículos 18 y 88 de la Ley 1709 de 2014”.

⁵² Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Internas de la Unidad n° 31 SPF y otros s/ habeas corpus*. Sentencia del 11 de febrero de 2020.

⁵³ “La Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Estado de Aguascalientes, vigente desde junio de 2011, establece que la edad es de 6 meses. Por su parte la normatividad de ejecución de normas penales de Coahuila señala 1 año como edad máxima. La de Michoacán señala 4 años; por su parte, la legislación en la materia de Nuevo León señala 3 años, que sería congruente con la edad que señala la Ley Nacional de Ejecución Penal. La de Querétaro señala 7 años, aunque han aceptado la aplicación de la Ley Nacional y, en ese caso, serían tres años”. Gómez Macfarland (2017), p. 22.

⁵⁴ Cf. INPEC (2018).

temprana.⁵⁵ En Chile, según un informe oficial del Ministerio de Desarrollo Social, para el 2015 había un promedio de 30 niños que residían con sus madres en los centros penitenciarios;⁵⁶ y para 2017, tan solo 2 años después, por parte de un estudio de un Senador de la República de Chile se evidenció un total de 122 niños y niñas menores de 3 años habitando con sus madres en los centros carcelarios.⁵⁷ En Bolivia se han reportado hasta 158 niños y niñas conviviendo con sus padres o madres en las cárceles del país.⁵⁸

Los niños y niñas de las personas que han sido privadas de libertad son víctimas olvidadas en los procesos legales y legislativos que se llevan a cabo en la región. Asombra la falta de información oficial sobre el número actualizado y certero de menores que residen con sus madres en los centros penitenciarios. Esto es, sin duda, un problema adicional en torno a la política que se debe implementar a favor de los derechos de los niños y niñas que habitan en dichos centros, y sobre las consecuencias que se puedan generar en su desarrollo físico y cognitivo, entre las que se pueden destacar: traumas derivados de la separación de la madre recluida; deficiencias en la socialización; estigmatización psicológica; y deficiencias en el desarrollo de capacidades mentales y sociales.⁵⁹

Según UNICEF, los niños durante sus primeros años de vida, en particular entre los 0 meses y los 3 años de edad, necesitan de una especial protección en términos de nutrición, protección, estimulación cognitiva y física, dado que la evidencia científica ha demostrado que en esos años de vida se producen conexiones neuronales a una velocidad que no volverá a repetirse por el resto de la vida; con ello, define las oportunidades de aprendizaje a largo plazo.⁶⁰ Igualmente, se afirma que las carencias nutricionales en la primera infancia causan retraso del crecimiento, al igual que otras variables como la situación de pobreza o un ambiente que carezca de saneamiento adecuado.⁶¹ Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 7 sobre la Implementación de los Derechos en Primera Infancia, ha expresado que en esta etapa de la vida los niños y niñas desarrollan vínculos emocionales estrechos con sus padres o cuidador primario, de quien esperan recibir cuidado, guía y protección adecuados para su edad.

Atendiendo a este corto diagnóstico, se presentarán a continuación los estándares relativos a los derechos de niños y niñas que viven con sus madres en centros de reclusión.

3.1. Obligaciones estatales relativas al derecho a la vida familiar del niño o la niña

⁵⁵ Cf. Aquino (2019).

⁵⁶ Ministerio de Desarrollo Social de Chile (2015), p. 46.

⁵⁷ “Hoy, hay 122 niños y niñas menores de 3 años en las cárceles chilenas”. Navarro (2017).

⁵⁸ Cf. UNICEF Bolivia (2020).

⁵⁹ Hagan/Dinovitzer (1999), p. 123-126.

⁶⁰ Cf. Rebello Britto (2017), p. 1-12.

⁶¹ *Ibíd.*

3.1.1. *Obligación de dar prevalencia al interés superior del niño o la niña*

A nivel del sistema universal de protección y garantía de los derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) no contempla en sí una regulación específica para casos de niños y niñas viviendo en centros de reclusión con sus madres privadas de la libertad por una sentencia judicial. Sin embargo, el articulado de la CDN ofrece normas generales que se pueden utilizar como marco general de regulación para la protección de los derechos de estos niños y niñas en esta situación de vulnerabilidad.

Primero, en el artículo 3.1 de la CDN se establece que el Estado en cualquier decisión que se tome que concierna a los niños -sea de carácter administrativo, judicial, legislativo o de otro carácter-, deberá priorizar los intereses del niño o de la niña. Como ya lo ha expresado el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General No. 14, el concepto de interés superior del niño debe entenderse desde un enfoque de los derechos de los niños y sólo será posible su materialización si todos los agentes de la sociedad, tanto entes y agentes públicos como privados, colaboran con su garantía. Adicionalmente, este concepto es, en su naturaleza, un concepto dinámico, por lo que se debe adaptar a cada situación que se presente y que exponga el interés de los niños. Este artículo representa la piedra angular de la CDN, y abarca la garantía y respeto de todos los derechos enunciados en dicha convención.

El numeral 1 de la Regla 29 de las Reglas Nelson Mandela igualmente reconoce esta situación al establecer que: “Toda decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se basará en el interés superior del niño”.

Adicionalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el interés superior de los niños no debe ser utilizado como un argumento que termine en vías de discriminación. En el caso *González Lluy* se presenta la situación de una menor de 3 años de edad que, por una equivocación médica, se le transmite el virus del VIH por medio de una transfusión sanguínea. A raíz de esta situación, la niña se ve expuesta a diversos tratos discriminatorios, afectando entre otros sus derechos a la salud y educación. Frente a esta situación, la Corte estima lo siguiente (*cf.* párr. 26):

[...] la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés colectivo” y la “integridad y vida” de las niñas y niños un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la situación de salud de una niña que comparte el colegio con otros niños, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido. [...] El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de una niña por su situación de salud.

Ahora, extendiendo esta interpretación a la situación bajo estudio, en la cual los menores viven con sus madres en centros de reclusión, se puede argumentar que a través del artículo 3.1 de la CDN, se insta a los Estados parte de dicha convención a que incluyan en sus políticas, legislaciones y a los administradores de justicia, la primordial atención de determinar cuál es el interés superior de los niños en los casos en los cuales habitan con sus madres en los centros carcelarios, y así poder garantizar efectivamente la materialización de sus derechos. El Comité de los Derechos del Niño (*cf.* CDN/OG 14, párr. 52-79) ha determinado algunos elementos para poder identificar en el caso a caso, cuál es el interés superior del niño, atendiendo a cada contexto particular:

- 1) La opinión del niño o la niña
- 2) La identidad del niño o la niña
- 3) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones
- 4) Cuidado, protección y seguridad del niño o niña
- 5) Situación de vulnerabilidad
- 6) El derecho del niño o la niña a la salud
- 7) El derecho del niño o la niña a la educación

Respecto del punto 3, sobre la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el Comité ha expresado, adicionalmente, que esto no es solo un indicador para identificar el interés del niño o niña, sino que son derechos reconocidos en el artículo 9 de la CDN.

El artículo 9.4 de la CDN reconoce el derecho de los niños y niñas a mantener relaciones directas y personales con ambos padres; por eso, en las circunstancias en que uno de ellos se vea privado de la libertad por una decisión judicial, la CDN obliga a los Estados a otorgar la información necesaria sobre el paradero de los demás miembros de la familia, a fin de poder materializar este derecho del niño o la niña.

A través de este artículo se puede considerar que los Estados tienen la obligación de respetar el derecho, materializado en la libertad de los menores, de poder guardar y cosechar un vínculo con ambos progenitores. En el caso en que se decida que los menores pueden residir con sus madres, aunque estén privadas de la libertad, se le tendrá que asegurar al menor la continuidad del vínculo con el progenitor que se encuentre en libertad. Por otro lado, si la decisión de los Estados es no permitir que menores residan con sus padres, por cualquier razón que se argumente, o cuando se cumpla el tiempo estimado de residencia dentro de un penal, deberán, a la luz de este artículo, garantizar que el menor de edad pueda mantener una relación cercana con su progenitor privado de la libertad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado varios pronunciamientos jurisprudenciales sobre este tema que vale la pena resaltar. Este Tribunal ha desarrollado e impulsado ampliamente la equidad de los roles de los padres y las madres en la educación y en la crianza de los hijos e hijas. Tal es el caso *Konstantin Markin contra Rusia*. En la legislación rusa, los padres y madres (civiles) tienen derecho a una prestación económica mensual y a una licencia de tres años para cuidar de sus hijos o hijas. Dicho beneficio se hace extensivo a las madres que presten servicio militar. En el precitado caso, el señor Markin solicita que la licencia le sea extendida; sin embargo, la solicitud le es negada a nivel interno. La Corte en este caso estima que el argumento principal utilizado por Rusia al negarle la licencia al solicitante se basó en la discriminación positiva que se aplica a favor de las mujeres por su rol como “amamantadoras” y como “cuidadoras de niños”, enfocándose en el supuesto rol principal de las mujeres dentro de la sociedad para garantizar la crianza de los niños y niñas. Este argumento, para la Corte, contribuye a la perpetuación de los estereotipos de género y no se acomoda a las sociedades modernas donde la equidad de género se debe aplicar también a favor de los hombres (cf. párr. 140-141). Adicionalmente, de acuerdo a lo argumentado hasta el momento, dicho acto va en contravía a los intereses superiores del niño o de la niña.

Así, la CDN, a pesar de no regular el tema explícitamente, ofrece algunas medidas para evitar la separación entre niños y sus progenitores, considerando los perjuicios que se les puede causar: la primera se dirige a que los niños y niñas sean acomodados junto a su madre, o bien que se

establezcan sanciones que disminuyan la reclusión de la mujer, dando preferencia a esta última alternativa. Separar a los niños de sus progenitores por el sólo hecho de estar ellos en prisión puede ser considerada una forma de discriminación respecto de la realidad que viven el resto de los niños y niñas (cf. CDN/OG 14). Lo anterior va en estricta consonancia con el artículo 23.1 del PIDCP (que indica que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”) y con el artículo 16 del Protocolo de San Salvador sobre derechos de la niñez (que consagra que: “[t]odo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre [...]).

A modo de conclusión, se puede afirmar que el concepto del interés superior es la base angular ante cualquier decisión de carácter legislativo, administrativo o judicial que se tome respecto de la situación de los niños y niñas. Frente a esto, el sistema universal ha desagregado ciertos criterios a través del Comité de los Derechos del Niño, especificando que, como indicativo de protección de los intereses de los niños como bien supremo, está el respeto por mantener la unión familiar, en condiciones proporcionales a la situación presentada. Frente a esto, el TEDH resalta que los derechos de los niños y niñas, con base en la protección de sus intereses supremos, se verán integralmente garantizados no solo con permitir que éstos puedan residir con su madre en los centros penitenciarios; sino que se debe permitir que los niños y niñas puedan tener acceso a un tiempo de calidad con su otro progenitor. Este desarrollo jurisprudencial del TEDH es importante que se tenga en cuenta porque impulsa a que las sociedades en la región tengan una perspectiva contemporánea en torno a los roles de géneros dentro de una familia. A continuación, se ahondará en este argumento.

3.1.2. Obligación de garantizar espacios y tiempo suficiente y adecuado para el goce del vínculo familiar

La Regla 50 de las Reglas de Bangkok establece que se le deberá brindar a las reclusas que habiten en los centros carcelarios con sus hijos e hijas menores, el tiempo suficiente para que puedan dedicar tiempo a éstos. Adicionalmente, la Regla 51 expone que, en la medida de lo posible, los espacios que sean previstos para la crianza *intra muros* de niños y niñas, deberá asimilarse a aquellos espacios de los niños y niñas que no viven en centros penitenciarios. Adicionalmente, se estima en la segunda parte de la Regla 49, que los niños que habiten con sus madres en centros carcelarios, no podrán ser tratados como reclusos.

Por su parte, en la Regla 36 de las Reglas Penitenciarias Europeas se establece:

36.1 Los niños pequeños podrán permanecer en la prisión con un progenitor encarcelado, solo si es en beneficio del hijo en cuestión, pero no se les considerará internos.

36.2 Cuando se permita a los niños pequeños quedarse en la prisión con un progenitor, se tomarán medidas especiales para que dispongan de una guardería con personal cualificado donde dejar a los niños cuando el progenitor trabaje en una actividad a la que los niños pequeños no puedan asistir.

36.3 Se reservará una infraestructura especial para velar por el bienestar de estos niños pequeños.

Respecto del tiempo en familia, ciertos países han venido implementando programas para favorecer dicho vínculo. Por ejemplo, Bolivia en febrero de 2020, implementó un proyecto por medio del cual se crean espacios definidos para que padres y madres de familia puedan recibir las visitas de sus hijos e hijas en los centros penitenciarios y carcelarios.⁶² El objetivo de estos espacios es, primero, fortalecer los vínculos familiares; segundo, que dicho vínculo se pueda desarrollar en lugares más propicios para los niños y las niñas, sin necesidad de que tengan que entrar a los centros penitenciarios.

Chile se ha caracterizado por implementar programas sociales enfocados en los hijos e hijas de las personas privadas de la libertad, instando a su reencuentro y a la construcción del vínculo familiar. A través del Decreto Supremo N° 518-1998, en su artículo 19, se dispuso que los centros penitenciarios deben contar con dependencias adecuadas para el cuidado y tratamiento pre y post-natal, así como para la atención de los hijos lactantes, de las mujeres internas. Además, en este país existen 29 centros carcelarios que cuentan con secciones materno infantiles. En estos 29 centros se implementa el programa PAMEHL (“Programa de Atención a Mujeres Embarazadas e Hijos Lactantes”).⁶³ Otro ejemplo es el programa “Abriendo Caminos”, que viene siendo implementado desde el año 2008. Tiene el objetivo de “generar acciones de prevención y reparación en las condiciones de desarrollo de niños, niñas y adolescentes que tienen un adulto significativo privado de libertad”.⁶⁴ Con este fin, el programa pretende ofrecer capacitación a cada miembro que sea menor - niño o niña - de la familia de una persona privada de la libertad, no solo a los hijos o hijas, alcanzar mejores condiciones de vida, a través de una intervención integral y personalizada.

Por otro lado, Colombia, a través de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, en el artículo 26, estableció nuevas reglas que se deberán tener en cuenta a la hora de construir o acomodar infraestructura para cárceles de mujeres, estableciendo lo siguiente: “Igualmente deberán contar con un ambiente propicio para madres que propenda al correcto desarrollo psicosocial de los niños y niñas menores de tres (3) años que conviven con sus madres”. Asimismo, el Decreto 2553 del 2014, en su artículo 15, insta a las autoridades nacionales que los centros de reclusión para mujeres deberán asegurar una celda individual, con baño, para madre e hijo o hija, que incluya cama y cuna.⁶⁵

⁶² Cf. UNICEF (2020).

⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018), p. 96.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 95.

⁶⁵ Sin embargo, por solicitud del gobierno de Colombia en el año 2013 se realizó un estudio práctico sobre la situación de las mujeres en las cárceles, incluyendo el estado de las mujeres que vivían con sus hijas o hijos, y se encontró lo siguiente: “En cuanto al espacio de la celda, de conformidad con la observación realizada en las reclusiones visitadas, cumplen el criterio las reclusiones de Pereira y Bucaramanga, en cuanto al patio ninguna reclusión cuenta con el espacio adecuado por razones de hacinamiento, mezcla de internas y condiciones de encierro y la relación de poder y sumisión que se ejerce desde la guardia, como lo explica la siguiente cita que nos contextualiza en el tema: <Muy difícil, durísimo. [Lágrimas] Es durísimo ver cómo encierran a un niño. Y ¿cómo les dices que le abran? Es bastante duro. Y yo quiero sacar a mi hijo de aquí. Te humillan, ¡cómo te cohíben! o sea, uno es el que está pagando, pero ver ¡como a un niño no lo dejan salir! Uno con esa impotencia, el sale cada 8 o 15 días. Por mí, si supiera que no lo va a afectar, ni le va a faltar nada, ¡yo lo dejaría! A mí me pasan a otro patio y yo resistiría. Aquí uno no comparte con los niños, aquí solo está con ellos un rato. Es más el tiempo que permanece encerrado que con uno; por lo menos él sale, imagínese los que no salen>” Aldeas Infantiles SOS Colombia (2014), p. 33.

Adicionalmente, para poder garantizar espacios y tiempo de padres y madres privados de la libertad con sus hijos, el Estado debe darle prioridad a la recolección de datos y análisis de la información sobre los niños en las cárceles. Se ha encontrado en el análisis de la información presentada en este documento, una falta notoria de información de los países de la región sobre los niños, a 2020, que habitan en las cárceles. La Corte Constitucional en Colombia ya denotó dicho problema en la sentencia T-267 del 2018, por medio de la cual resalta la negligencia del INPEC en informar sobre las necesidades de las cárceles de mujeres y, sobre todo, en casos en que las madres tuvieran a sus hijos o hijas con ellos. En palabras de la Corte, *“esto demuestra una política pública penitenciaria y carcelaria con una nula perspectiva de género, en materia, entre otras, de infraestructura [...] y por ello mismo, invisibilizadas por el Estado”*.⁶⁶

Igualmente, en el caso de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en un estudio realizado en el año 2016, concluye que, pese a que existen a nivel nacional diversos avances legislativos en torno a la creación de espacios propicios para el desarrollo de los niños, persisten ciertas condiciones que vulneran los derechos humanos de niños y niñas en los centros penitenciarios, partiendo principalmente de una insuficiente infraestructura que garantice su derecho a una vida digna.⁶⁷ A continuación, se exponen ciertos apartes del estudio realizado:

En cuanto a la infraestructura, en la mayoría de los centros, no se dispone de un espacio adecuado, por lo que se observa que en ocasiones se comparte la cama entre madres, hijas e hijos, encontrando algunos casos en donde la interna tiene a más de una niña o niño con ella. En cuanto a las condiciones en las que viven los menores de edad en los centros penitenciarios, solamente tres de ellos cuentan con espacio suficiente para que las internas con hijas o hijos pequeños coloquen cunas, situación que pone en riesgo a los menores.

Reiterado lo que se ha venido estableciendo en el presente acápite, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, a través de la Recomendación General 3/2002, reconoce la necesidad de que la principal manera de lograr mantener un vínculo entre progenitor con sus hijos e hijas, es poder garantizar un ambiente adecuado para el desarrollo del mismo.⁶⁸

A manera de concluir este acápite, se puede establecer que la obligación de los Estados en torno a garantizar espacios y tiempos adecuados y suficientes para desarrollar el vínculo familiar de los y las menores con sus padres, se puede dar de dos maneras: la primera, garantizando espacios físicos que propicien un ambiente sano y viable para fortalecer los vínculos familiares, fuera del contexto tosco que puede representar un centro penitenciario; la segunda, que se desarrollen programas de acompañamiento social a las familias para que el vínculo familiar se fortalezca igualmente desde lo más personal de cada individuo, y sobre todo, como buena práctica mostrada por Chile, que haya un acompañamiento personalizado a los menores para acompañarlos en el proceso de tener a un familiar, especialmente cuando se trata de su padre o madre, privado de la libertad. Adicional a esto, dicha obligación va dirigida a situaciones en las cuales los menores vivan dentro de los centros penitenciarios – particularmente-; pero también en aquellos casos en los cuales los menores realicen visitas a sus familiares – sea su madre o su padre- privados de la libertad dentro de los centros penitenciarios.

⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-267 de 2018, párr. 40.

⁶⁷ CNDH México (2016), párr. 28.

⁶⁸ *Ibíd.*

3.1.3. *Obligación de adoptar medidas hacia una política pública criminal que permita aplicar sentencias no privativas de la libertad a los padres que tengan niños o niñas a cargo*

La Regla de Bangkok No. 64 establece que “cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo”. De acuerdo al primer punto expuesto, estas reglas se basan en el principio del interés superior del niño, que deberá ser tenido en cuenta como una importante guía para el juez, al determinar qué tipo de condena imponer, en casos en donde un progenitor esté a cargo de una niña o un niño.

Derivado de la aplicación de la regla enmarcada en las Reglas de Bangkok, en el año 2009 Argentina adoptó la Ley 26.472, que modificó la Ley Nº 24.660, el Código Penal y el Código Procesal Penal, y que a su vez, en su artículo 4, literales e y f, permite el arresto domiciliario para aquellas mujeres que tengan hijos menores de cinco años de edad y que vivan con ellas o que tengan a su cuidado una persona discapacitada, o que estén en estado de embarazo.⁶⁹

Otro ejemplo de adopción de la Regla No. 64 es el caso de Bolivia. De acuerdo al artículo 17 de la Ley de Abreviación Procesal Penal,⁷⁰ que modifica a su vez el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal de dicho país, se establece la oportunidad de conceder el beneficio de libertad condicional –por una sola vez– a la mujer que tenga una condena privativa de la libertad y quien tenga a su cargo niños, niñas o adolescentes.

Un ejemplo que podría demostrar la efectividad de este tipo de beneficios son las medidas tomadas por los Estados de la región durante la pandemia del COVID-19. Los Estados se han visto confrontados con el manejo de la emergencia sanitaria a mundial derivada de la pandemia. Desde diversos sectores de la opinión pública, la academia y la sociedad civil, se ha resaltado el problema que el contagio del virus puede ocasionar dentro de los centros penitenciarios y carcelarios. A raíz de esta problemática, y atendiendo a la generalizada situación de hacinamiento en las cárceles de la región, Argentina reaccionó de manera inmediata, aliviando las cifras de hacinamiento en sus centros carcelarios a través de beneficios como la detención domiciliaria o, incluso, otorgando excarcelación. Cabe notar que, dentro de las poblaciones beneficiarias de dichas medidas, se incluyeron a las mujeres con niños y niñas en la primera infancia, y aquellas que estuvieran en estado de embarazo.⁷¹

En relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se encontró jurisprudencia explícita sobre la posibilidad de implementar medidas beneficiosas a las madres que tengan bajo su cuidado a menores. Sin embargo, en *Hadzhieva v. Bulgaria* (cf. párr. 60-67), el caso más cercano para justificar la regla expuesta en este acápite, el Tribunal estableció que, tras la detención, sería necesario que las autoridades judiciales y administrativas se aseguren de cuál es la situación familiar de la persona retenida, con el objeto de averiguar si tienen a su cargo la custodia de algún menor.

⁶⁹ Argentina. Ley 26.472 del 2009, Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad, enero 12 de 2009, artículo 4.

⁷⁰ Bolivia. Ley 1173 del 2003. Ley de Abreviación Procesal Penal, 2019, artículo 17.

⁷¹ La aplicación de estos beneficios contempla otros requisitos dependiendo de la condena impuesta y del delito cometido. Cf. DeJusticia (2020), p. 7.

En todo caso, el Consejo de Europa, en la Recomendación 1469 del año 2000 de la Asamblea Parlamentaria, sobre los derechos de las madres y menores en prisión, reconoció que, habida cuenta de los efectos adversos sobre los menores a causa del encarcelamiento de las madres, la Asamblea recomienda que el Comité de Ministros invite a los Estados miembros a desarrollar y aplicar sanciones de carácter comunitario para las madres de niños pequeños y así evitar el uso de penas privativas de la libertad. Asimismo, se subrayó que la detención de mujeres a cargo de niños pequeños debería ser utilizada como un mecanismo de último recurso –sobre los casos que representen un mayor daño a bienes jurídicos de interés de la sociedad y que impliquen una amenaza hacia la comunidad.⁷²

En conclusión, como parte de una política criminal y una política carcelaria y penitenciaria, los Estados de la región podrían incidir en ofrecer beneficios a las madres y padres de menores que se encuentren en la primera infancia, atendiendo a las diferencias sobre dicho concepto que cada país maneje. Esto, por un lado, ofrecería una solución al hacinamiento en las cárceles de los diferentes Estados;⁷³ y, por otro lado, protegería y garantizaría los derechos de los niños y niñas a la familia y a un desarrollo óptimo.

3.2. Obligaciones estatales en materia de acceso al derecho a la salud y alimentación de niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres

3.2.1. *Obligación de garantizar una alimentación y servicio de salud adecuado en igualdad de condiciones frente a niños y niñas que no viven en cárceles*

De acuerdo al artículo 24 de la CDN, los Estados deberán reconocer el derecho de los niños y las niñas al disfrute del más alto nivel posible de salud. El literal b, del numeral 2 de dicho artículo, enfatiza en la obligación de los Estados de asegurar la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños y niñas. Frente a este artículo, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido que para que los Estados puedan garantizar de manera efectiva esta obligación es necesario que la salud sea vista desde la óptica de las necesidades de los niños. Es importante que se tenga en cuenta que, sobre todo durante la primera infancia, los niños y niñas tienen derecho a oportunidades de supervivencia, crecimiento y desarrollo al máximo de sus posibilidades.⁷⁴

Frente a las premisas que se deben cumplir para poder garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de los niños y las niñas, el Comité, en su Observación General No. 15, ha establecido los siguientes puntos indispensables (*cf.* párr. 7-22):

1. Indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos
2. Derecho a la no discriminación
3. Interés superior del niño y niña
4. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

⁷² Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Recomendación 1469 (2000), sobre Madres y menores en prisión, recomendación 5.

⁷³ Por ejemplo, el hacinamiento en Colombia a 25 de marzo del 2020 se calcula en 54,9%. *Cf.* Rojas (2020).

⁷⁴ *Cf.* CDN/OG 15, párr. 1.

5. Derecho del niño a ser escuchado
6. Evolución de las capacidades y trayectoria del niño o niña

Respecto de la obligación de garantizar el servicio de salud, surge la cuestión en torno a definir el alcance del artículo 24 de la CDN que, como se mencionó, exige el “más alto nivel posible”. Para definir qué se entenderá por lo más alto posible, el Comité desarrolla el concepto en torno a dos nociones: la primera, en torno a las necesidades propias de cada niño o niña como individuo; la segunda, en torno a las capacidades propias de cada Estado, económicas, sociales, culturales, entre otras.⁷⁵

Esta posición ha sido igualmente tomada por el Comité Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual advierte en la Observación General No. 14, que el servicio de salud deberá estar disponible en el territorio nacional de cada Estado; ser accesible para todos y todas, incluidos los niños y las niñas, sin ningún tipo de discriminación; ejercer la aceptabilidad, en cuanto a que todos los establecimientos de salud deben ser respetuosos con los individuos atendiendo a sus necesidades; y deberán ofrecer un servicio de calidad.⁷⁶

La Corte Interamericana ha aplicado igualmente los estándares en salud, haciendo particular énfasis en darle prioridad a los niños y niñas cuando se han encontrado situaciones que ponen en amenaza la salud de las personas. El caso *Hernández vs. Argentina* versa sobre la demanda que interpone un hombre privado de la libertad en Argentina, quien sufre de tuberculosis, enfermedad que adquiere estando privado de la libertad, y no es atendido por parte de las autoridades lo que conlleva a que su situación de salud empeore sustancialmente. Frente a esta situación, la Corte analiza el derecho a la salud de la población en general, y atendiendo particularmente a las necesidades de la población reclusa, y define que un punto esencial en torno a la materialización del derecho de salud es el diagnóstico. Atendiendo a la vulnerabilidad de niños y niñas menores de 5 años, la Corte enfatiza que sobre ellos deberá recaer la prioridad a la hora de realizar el diagnóstico (cf. párr. 80).

Adicionalmente, la Corte en el caso de la comunidad indígena *Sawhoyamaxa* contra Paraguay (cf. párr. 177), en materia del derecho a la vida de los niños y las niñas, señaló que los Estados deben asegurar que todos los derechos reconocidos por la CADH sean aplicados a los niños y niñas como derechohabientes, pero adicionalmente, tienen la obligación de promover medidas especiales y enfocadas a los niños y niñas. En el artículo 19 de la CADH se dispone que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor, requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Por último, la Corte Constitucional en Colombia ha enfatizado que, según el artículo 44 de la Constitución colombiana, los derechos de los niños y las niñas priman sobre todos los demás. Aplicando este concepto al derecho de la salud, se entiende de forma expresa que el Estado tiene la obligación de asistir a estos niños y niñas, atendiendo a su condición de debilidad, por lo cual merecen una mayor protección. La Corte colombiana afirma que el derecho a la salud de los niños y las niñas tiene prevalencia en situaciones de conflictos de intereses, incluso en aquellos casos en los cuales los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud de Colombia.

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 23.

⁷⁶ Cf. Comité DESC/OG 14, párr.12.

Por último, reconoce que cuando se vislumbre una amenaza a este derecho, el juez constitucional deberá exigir su protección inmediata y prioritaria.⁷⁷

En conclusión, atendiendo a las obligaciones básicas en salud, y partiendo de la premisa que no debe haber discriminación alguna en torno al reconocimiento efectivo del derecho a la salud a los niños y las niñas viviendo en las cárceles, se debe establecer que estas mismas obligaciones aplican para estos menores.

3.2.2. Obligación de adoptar medidas para que las cárceles cuenten con instalaciones de salud y con medicamentos adecuados para las necesidades propias de los niños y las niñas

Reconociendo las realidades de las cárceles, se debe anotar que, de acuerdo a un informe de la UNODC, se ha podido denotar que, en general a nivel mundial, los servicios de salud en las prisiones no están adecuados para las necesidades de los niños y las niñas.⁷⁸ Así lo ha determinado la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, cuando denuncia que los derechos a la salud en las cárceles del país no se reconocen para las mujeres, menos para sus hijos e hijas menores de edad. Establece la Comisión que, respecto del derecho a la salud, lo más frecuente entre las reclusas es acudir a la ayuda entre reclusas para poder obtener medicamentos de fuera del penal, ya que dentro del mismo no consiguen nada para sus hijos.⁷⁹ Igualmente, en Argentina, se ha denunciado en varios centros carcelarios que dichos establecimientos no cuentan con un médico pediatra para atender cualquier emergencia que se presente.

En relación con este punto, la Regla 29.1.b) de las Reglas Nelson Mandela estipula que los Estados deben tomar medidas para proporcionar a los niños y niñas que permanezcan en las cárceles con sus madres los servicios de atención sanitaria necesarios para su edad:

1. [...] Cuando los niños puedan permanecer con su madre o padre, se tomarán disposiciones para:
 - a) facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre;
 - b) proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas.
2. Los niños que vivan en el establecimiento penitenciario con su madre o padre nunca serán tratados como reclusos.

Por su parte, según el Principio X de los PBP/CIDH 2008:

[...] Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-206 de 2013.

⁷⁸ UNODC (2008), p. 21.

⁷⁹ CNDH México (2016), p. 38.

calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez. [...]

3.2.3. Obligación de adoptar medidas para garantizar una alimentación balanceada y nutritiva para los niños y las niñas

Para el Comité de los Derechos del Niño, es fundamental que los Estados adopten medidas encaminadas a garantizar una alimentación balanceada y nutritiva, en aras de garantizar el derecho a la supervivencia y desarrollo del que son habientes los niños y niñas en la primera infancia, particularmente.⁸⁰ Adicionalmente, la Regla 48 de Bangkok, exige que se brinde alimentación gratuita a los niños y niñas que están en las prisiones con sus madres.

El Pacto de San Salvador, en el artículo 12, reconoce el derecho a la alimentación, enfatizando que todas las personas tendrán derecho a una nutrición adecuada, que asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico. Como se ha venido argumentando hasta este punto, estos derechos deben aplicarse igualmente a los niños y niñas. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado un comentario específico en torno a este derecho, explicando que la alimentación consta de que se pueda acceder por parte de todos y todas, incluidos los grupos vulnerables como niños y niñas. Además, menciona que en ciertas ocasiones será necesario dar prioridad a este grupo dadas sus condiciones de vulnerabilidad respecto a otros grupos de la sociedad.⁸¹

A pesar que no se encontró suficiente información respecto de la situación dentro de las cárceles de los países de la región, es pertinente mencionar un ejemplo que muestra la realidad dentro de estos centros. En México, la práctica común es que los niños y niñas compartan el mismo plato de comida con su madre⁸². Esta situación podría reflejar una verdad que traspasa las fronteras y se replique en otros Estados de la región. De nuevo en este punto, para poder determinar una obligación concreta hacia los Estados, es necesario que éstos publiquen la información suficiente en torno al trato de niños y niñas dentro de las cárceles.

En todo caso, cabe concluir que la alimentación, como un derecho generalizado a toda la población, sin distinción alguna, debe ser garantizado por los Estados. Respecto de los niños, se ha encontrado que la primera infancia requiere de una alimentación adecuada, que permita el desarrollo y la supervivencia del menor, atendiendo a las necesidades propias de esta población.

3.3. Obligaciones estatales relativas al desarrollo adecuado de los niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres

⁸⁰ Cf. CDN/OG 15, párr. 43.

⁸¹ Cf. CDESC/OG 12, párr. 13.

⁸² Briseño López (2002), p. 109.

3.3.1. Obligación de garantizar igualdad de condiciones a los niños y niñas que viven en las cárceles con sus madres o padres privados de la libertad respecto de aquellos que no viven en las cárceles

Esta primera obligación se enfoca principalmente en que el Estado debe garantizar que los niños y niñas que vivan en las cárceles, tengan las mismas condiciones de desarrollo, educación, recreación, entre otras, que aquellos niños y niñas que no se han visto obligados a vivir en las cárceles a causa de una sanción penal impuesta a sus progenitores. Sobre el tema, la Regla de Bangkok N° 49 establece que los niños que habiten con sus madres en centros carcelarios no podrán ser tratados como reclusos. El incumplimiento estatal de estas disposiciones sería indicativo de un trato discriminatorio en contra de los niños y las niñas, por no poder garantizar igualdad de condiciones a una población en situación de vulnerabilidad.

A los niños y niñas que viven en la cárcel con sus madres se les deberá garantizar un nivel de vida apropiado y digno, como si estuvieran fuera de la cárcel. El interés superior del niño o niña será lo primero a considerar en todo momento. El lente a través del cual se debe analizar la situación de estos niños y niñas es a través de los derechos y el bienestar de la niñez. No se debe caer en la simplicidad de verlos como una faceta más de la administración y burocracia carcelaria, o ignorarlos completamente.

3.3.2. Obligaciones relacionadas con la integración comunitaria y socialización

Según el Principio XXII de los PBP/CIDH 2008, deben estar estrictamente prohibidas las medidas de aislamiento de las madres que conviven con sus hijos al interior de los establecimientos de privación de libertad; así como de los niños y niñas privados de libertad.

En su Observación General No. 7, el Comité de los Derechos del Niño sostuvo que la primera infancia es una edad que representa un momento crucial para que se generen aptitudes de socialización e integración a la comunidad,⁸³ y alentó a los Estados Partes a elaborar un programa positivo en relación con los derechos en la primera infancia, entendiendo que la CDN que los niños y las niñas de todas las edades, incluyendo a los más pequeños, deben ser respetados como personas con derechos propios. Así, se les debe considerar como miembros activos de la sociedad, de la comunidad y de la familia.

Bajo esta concepción, y entendiendo que los niños y las niñas que viven en las cárceles pasan sus primeros años de vida bajo ciertas costumbres y prácticas propias de un centro carcelario, al momento de salir a reintegrarse a la sociedad, se encuentran con situaciones ajenas a estas normas y costumbres. Por esa razón, la responsabilidad de los Estados en torno a esta población es procurar que los niños puedan tener un proceso de transición ajustado a sus necesidades.

Para ejemplificar las consecuencias de la vida de un niño o una niña en la cárcel, se citarán ciertas situaciones concretas. Un primer caso se ve en el estudio realizado en Colombia “De Cero a Siempre”, donde ciertos funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al entrevistar a una madre que se encontraba con su hijo, presencian la angustia de éste al notar que la hora del “conteo” de reclusas se acercaba y con ansiedad el niño le pedía a su madre que

⁸³ CDN/OG 7, párr. 5.

volvieron a la celda para evitar castigos.⁸⁴ Otra situación que se ve a nivel mundial, es un caso relatado en una cárcel en India, donde una funcionaria de cierta cárcel en este país, le pide a un niño que dibuje un animal, y el niño no puede dibujarlo porque nunca ha visto uno.⁸⁵

Como una buena práctica de la región, Chile ha venido implementando el programa “Conozca a su hijo”. Dicho programa tiene como objetivo capacitar a las madres privadas de la libertad en el papel formativo que deberán ejercer con sus hijos, enfocado desde el punto de vista del desarrollo, crecimiento, formación en valores y espiritual de los menores. Este programa no ha sido enfocado únicamente a madres, sino también se ha dado a padres a cargo de menores en edad preescolar.⁸⁶

En México, el 4 de diciembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que prevé la ejecución del Programa Nacional de Protección Integral, que debe contener políticas, objetivos, estrategias y líneas de acción prioritarias en materia de ejercicio, respeto, promoción, y protección integral de niñas, niños y adolescentes, y luego en el 2015 se implementó el Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Como consecuencia, los centros de reclusión no pueden ser excluidos y se encuentran bajo la protección de este programa de protección de los derechos de los niños. En México, el Estado debe garantizar la sana convivencia materno-infantil y de sus familiares. Adicionalmente, el Estado ha venido considerando alternativas a las medidas y penas privativas de la libertad de las madres en prisión con hijas e hijos.⁸⁷

3.3.3. *Obligaciones en materia educativa*

La CDN, como se ha visto hasta el momento, resalta que cualquier decisión que sea tomada por parte del Estado y ésta vaya dirigida hacia los niños y las niñas, deberá tener en cuenta primordialmente el interés superior del menor. En este sentido, cabe resaltar que la CDN reconoce a los niños como titulares de derechos. Todas las disposiciones establecidas en los tratados internacionales sobre la protección y garantía de los derechos humanos se aplican de igual manera a los niños, y con protección reforzada a favor de niños y niñas de poblaciones vulnerables.

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General No. 1 (párr. 1) conecta el derecho a la educación con la dignidad humana. Estima que el propósito de la educación, tal y como ha sido reconocido por la CDN, impone la obligación de los Estados a que apoyen y protejan a través de la garantía al acceso a la educación, la dignidad humana innata en todo niño y niña, partiendo de la base que debe ser garantizado a todos por igual, y que es un derecho inalienable.

Bajo esta premisa, el Pacto Internacional de los Derechos Económico, Sociales y Culturales, reconoce en su articulado que los Estados Parte deberán fomentar la igualdad de condiciones entre los niños y las niñas respecto de los derechos contenidos en la Convención, particularmente el derecho a la educación. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, emitió un Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de

⁸⁴ Aldeas Infantiles SOS Colombia (2014), p. 33.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁶ Ministerio de Justicia de Chile (2012), p. 123.

⁸⁷ CNDH México (2016), párr. 26.

prisiones. A fin de que se pueda lograr la igualdad de oportunidades, en especial el derecho a la educación, el Manual dispone lo siguiente:⁸⁸

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

[...]

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas.

La legislación de ciertos países refleja esta protección que debe propender por una mejor garantía de la educación de los menores. Por ejemplo, en el artículo 10 de la Ley Nacional de Ejecución Penal de México se consagran derechos de las mujeres privadas de la libertad en un centro penitenciario. Dentro de esta disposición se establece que tienen derecho a recibir educación inicial para sus hijos e hijas, vestimenta acorde a su edad y etapa de desarrollo, y atención pediátrica.⁸⁹ Sin embargo, la Comisión Nacional de Derechos Humanos resaltó que en una investigación *in situ* en los diferentes centros penitenciarios del Estado, se evidenció que en 53 establecimientos en donde se permite a las madres estar con sus hijos e hijas, no se brindaba ningún apoyo para que los niños tuvieran acceso a los servicios de guardería y educación básica.⁹⁰ Adicionalmente, se encontró que no se cuenta con personal capacitado y programas de enseñanza de manera continua.⁹¹

Adicionalmente, el derecho a la educación de los niños y las niñas no solo se refiere al acceso que puedan tener al mismo, sino también refleja la calidad de la enseñanza que se pretende otorgar. En este sentido, se debe contar con personal capacitado, metodologías de estudios y planes integrales de educación, para garantizar el derecho en su totalidad.⁹² Esto se ve reflejado en el artículo 29.1 de la CDN, donde se dispone que la enseñanza debe reflejar un equilibrio entre “la promoción de los aspectos físicos, mentales, espirituales y emocionales entre la educación, las dimensiones intelectuales, sociales y prácticas, y los aspectos correspondientes a la infancia y al resto de la vida”.⁹³

Por otro lado, la educación de la primera infancia debe ser obligatoria y gratuita, de acuerdo al artículo 28 de la CDN. Aunado a esto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de acuerdo al artículo 14, corrobora esta obligación decretando que los Estados que aún no ofrezcan la educación primaria gratuita deberán implementarlo con un plazo de 2 años.⁹⁴

⁸⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004), p. 181.

⁸⁹ México. Ley Nacional de Ejecución Penal de 2016, artículo 10.

⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018), p. 126.

⁹¹ Azaola (2002), p. 38.

⁹² CDN/OG 1, párr. 3.

⁹³ *Ibid.*, párr. 12.

⁹⁴ Frente a la gratuidad del servicio de educación primaria, la Corte Constitucional en Colombia ha reconocido a través de la sentencia C-376 del 2010, que regular los cobros que puedan hacerse por la educación en los centros educativos públicos, contemplando la posibilidad de definir escalas que tengan en cuenta el nivel socioeconómico de los educandos, las variaciones en el costo de la vida, la composición familiar y los servicios complementarios de la institución educativa, era inconstitucional e iba en contravía

Aplicando estas disposiciones a los casos de los niños y niñas en centros penitenciarios, se debería llegar a la conclusión que a este grupo también se le debe reconocer su derecho a la educación integral, atendiendo no solo al acceso si no a la calidad y mismas condiciones que otro niño fuera de la cárcel tendría, ya que es una obligación del Estado para todos los niños, y no se debe aplicar ningún tipo de categoría discriminatoria. No es aceptable la falta de recursos para no garantizar la educación básica a los niños y niñas en las cárceles. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha previsto que este tipo de argumentos no es factible para excusar la falta de atención y garantía del derecho a la educación⁹⁵ – extensible en todo caso, a niños y niñas que vivan en las cárceles.

En conclusión, la obligación que tienen los Estados respecto de la educación de los niños y niñas en las cárceles no debe diferenciarse respecto de aquella obligación que tienen los Estados respecto de niños y niñas que viven fuera de los muros carcelarios. Lo contrario sería discriminatorio y violatorio de las normas internacionales. Así, el derecho a la educación contempla, en primera medida, el acceso a la educación –que debe ser gratuita en educación básica-, y adicionalmente, la calidad que se debe garantizar debe ser óptima para que todos y todas tengan las mismas oportunidades de desarrollo y no se genere una brecha social a tan temprana edad a causa de las diferencias educativas.

3.3.4. Obligaciones en materia de recreación

La importancia del juego y la recreación en la vida de todos los niños y niñas, ha sido reconocida desde 1959, con la Declaración de los Derechos del Niño.⁹⁶ En ella se proclama que “[e]l niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones [...]; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho”. Así ha sido reconocido por el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 17.⁹⁷ Allí se especifica además que: “El juego y la recreación son esenciales para la salud y el bienestar del niño y promueven el desarrollo de la creatividad, la imaginación y la confianza en sí mismo y en la propia capacidad, así como la fuerza y las aptitudes físicas, sociales, cognitivas y emocionales”.⁹⁸

Las Reglas Mandela exponen ciertas recomendaciones que pueden guiar la estructura de las obligaciones estatales en torno a la protección de los derechos de los niños de manera equitativa. La Regla N° 29 establece que cuando los niños permanezcan con su madre o su padre en las cárceles, se tomarán las medidas necesarias para facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado.

Frente a esta regla, es importante resaltar dos puntos: el primero respecto de la zona de recreación; segundo, sobre programas de recreación integrales. Sobre el primero, aunado a lo expuesto en el acápite *supra* sobre lugares propicios para las reuniones familiares, ya se ha

de los tratados internacionales ratificados por el Estado. Cf. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-376 de 2010.

⁹⁵ CDESC/OG 11, párr. 9

⁹⁶ DDN, principio 7.

⁹⁷ CDN/OG 17, párr. 1.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 9.

expuesto cuáles son algunos ejemplos de legislación de países de la región, y a su vez, se demostró que hace falta el cumplimiento práctico de las legislaciones. Este mismo análisis aplicaría para las zonas y lugares de recreación. Por esto, esta sección se enfocará en exponer algunas buenas prácticas comparadas de otros países a nivel mundial que aplican programas de recreación para los y las niñas en centros penitenciarios.

Analizar ciertas experiencias de otros países puede ser ilustrativo y representar buenas prácticas para los países de la región. Por ejemplo, en Holanda se organiza y se pone a disposición de los niños y las niñas los medios suficientes para que puedan asistir a los jardines infantiles fuera de la cárcel.⁹⁹ Esta misma política fue implementada en India en 2002. Allí se dispuso que a todos los niños y niñas menores de 5 años se les proveyera uniforme, utensilios escolares y fueran llevados a guarderías externas.¹⁰⁰

Este tipo de proyectos no se tendría que aplicar únicamente a las guarderías, sino que podría extenderse a actividades recreacionales por fuera de la cárcel. Por ejemplo, organizar salidas con sus madres, con acompañamiento oficial y de organizaciones no gubernamentales. Un programa de este tipo se aplica en Nigeria.¹⁰¹ Sin duda, serían mecanismos fáciles de implementar como una política integral de protección de los derechos de los niños y niñas que viven en las cárceles, y contribuiría a su crecimiento durante la primera infancia, a la socialización que necesitan en esta etapa de la vida, y a que no se genere un sentimiento de inferioridad o diferencia respecto de otros niños y niñas.

En el caso de Colombia, algunas cárceles cuentan con jardines infantiles, que tienen el acompañamiento del ICBF. Esta Institución recibe a los hijos e hijas de las reclusas para iniciar el plan de desarrollo sicomotriz y de lenguaje. Como parte de este acompañamiento, el ICBF pide a las mamás que sus hijos e hijas puedan tener un acudiente externo, para que esa persona desganada pueda sacarlos una vez al mes, dándoles la oportunidad de permanecer por fuera de la cárcel hasta ocho días, y así se familiaricen con el mundo exterior. Sin embargo, esta práctica no se da en todos los centros penitenciarios del país. Incluso, se ha llegado a estimar que por más de 10 años en los jardines infantiles de las cárceles de Colombia no había presencia de pedagogos, psicólogos o médicos para atender a los menores. Según la fuente consultada, se estima que entre las internas se daba una elección para que una de ellas se encargara de cuidar y alimentar a los niños y niñas durante el día.¹⁰²

La política criminal que se desarrolle en torno a esta problemática debería contemplar este tipo de programas que no solo cumplen con una función de recreación, sino que podría ser implementado también con el objetivo de que los niños y niñas puedan socializar con niños de su edad y en libertad, al igual que puedan ser educados en instituciones creadas con este fin y bajo condiciones ajustadas a sus necesidades e interés supremo.

Así, se puede observar que, respecto de la recreación de los niños y las niñas, el Estado debe poder garantizar un espacio apropiado para el desarrollo de sus habilidades físicas y cognitivas,

⁹⁹ Robertson (2007), p. 45.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Cf. El Espectador (2013).

como se mencionó en el acápite anterior; igualmente, se expusieron ciertas ideas de programas que vienen siendo aplicados a nivel internacional que podría facilitar la recreación, socialización y educación de los niños, y con esto garantizar su desarrollo en igualdad de condiciones con los niños que viven fuera de los penales.

Referencias

Aldeas Infantiles SOS Colombia (2014): Análisis de la situación en que viven las mujeres gestantes, lactantes con sus niños y niñas en centros de reclusión en Colombia: Documento final de recomendaciones para mejorar el contexto para los niños y las niñas de primera infancia que permanecen con sus madres en los centros carcelarios, con base en la ruta integral de atención de la estrategia de cero a siempre. Bogotá: URL:

<http://centrodocumentacion.deceroasiempre.gov.co/sites/data/Categoria3/documentoscategoria3/14%20An%C3%A1lisis%20Situaci%C3%B3n%20de%20Mujeres%20Gestantes%20Lactantes%20con%20sus%20Ni%C3%B1os%20y%20Ni%C3%B1as%20en%20Centros%20de%20Reclusi%C3%B3n.pdf> [última consulta: 30 de octubre de 2020].

Aquino, Eréndira (2019): “Discriminación, abandono y violencia, lo que viven niños con madres y padres en prisiones mexicanas”, en: *Animal Político* (México). URL:

<https://www.animalpolitico.com/2019/10/ninos-madres-prisiones-mexicanas-violencia-discriminacion/> [última consulta: 30 de noviembre del 2020].

Azaola, Elena (2002): “Víctimas no visibles del sistema penal”, en: Instituto Nacional de las Mujeres/UNICEF: *Niños y niñas invisibles: Hijos e hijas de mujeres reclusas*. México, D.F.: INMUJERES/UNICEF, p. 25-46.

Briseño López, Marcela (2002): “¿Y cómo viven las mujeres reclusas, junto con sus hijos e hijas?”, en: Instituto Nacional de las Mujeres/UNICEF: *Niños y niñas invisibles: Hijos e hijas de mujeres reclusas*. México, D.F.: INMUJERES/UNICEF, 89-112.

CNDH México (2016): *Informe Especial de la Comisión Nacional De Los Derechos Humanos sobre las Condiciones de Hijas e Hijos de las Mujeres Privadas de la Libertad en los Centros de Reclusión de la República Mexicana*. Ciudad de México, D.F.: CNDH México. URL:

https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/InformeEspecial_20161125.pdf [última consulta: 30 de octubre de 2020].

DeJusticia (2020): “Aliviar el hacinamiento carcelario: salvavidas en tiempos del COVID”, artículo del 1 de julio de 2020. URL: <https://www.dejusticia.org/aliviar-el-hacinamiento-carcelario-salvavidas-en-tiempos-de-covid-19/> [última consulta: 30 de noviembre de 2020].

El Espectador (2013): “Nacer, crecer y aprender en prisión”, artículo del 27 de julio de 2013. URL:

<https://www.elespectador.com/noticias/educacion/nacer-crecer-y-aprender-en-prision/> [última consulta: 30 de octubre del 2020].

Giacomello, Corina (2018): *Niños y niñas que viven en la cárcel con sus madres – una perspectiva jurídica comparada*. Ciudad de México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Gómez Macfarland, Carla (2017): *Menores que viven con sus madres en centros penitenciarios: Legislación en México*. Cuaderno de Investigación No. 34. México D.F.: Senado de la República - Dirección General de Análisis Legislativo.

Góngora Mera, Manuel (2020): “Discriminación en clave interseccional: Tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en: Clérico, L. et al. (eds.): *Interamericanización de los DESCAs: El Caso Cuscul Pivotal de la Corte IDH*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 399-427. URL:

Hagan, John; Dinovitzer, Ronit (1999): “Collateral Consequences of Imprisonment for Children, Communities, and Prisoners”. *Crime and Justice* 26: 121-162.

INPEC (2014): *Lineamientos, normas, políticas, programas y proyectos dirigidos a la población vulnerable de acuerdo con su misión y la normatividad aplicable*. Bogotá: Ministerio de Justicia / INPEC.

INPEC (2018): Boletín Informativo 005. URL: <https://www.inpec.gov.co/documents/20143/96254/BOLETIN+INFORMATIVO+No.+005.pdf/d8998588-3055-bb94-d607-8e4fac75d46a> [última consulta: 30 de noviembre de 2020].

Ministerio de Desarrollo Social de Chile (2015): *Estudio de Sistematización del Diseño e Implementación del Piloto Línea Materno Infantil – Programa Abriendo Caminos*. Santiago de Chile: Subsecretaría de Servicios Sociales.

Ministerio de Justicia de Chile (2012): “Informe final de evaluación sobre Programas de Rehabilitación y Reinserción Social de Gendarmería de Chile”. URL: https://www.dipres.gob.cl/597/articulos-141208_informe_final.pdf [última consulta: 29 de octubre de 2020].

Navarro, Alejandro (2017): “Hoy, hay 122 niños y niñas menores de 3 años en las cárceles chilenas”. URL: <http://www.navarro.cl/hoy-hay-122-ninos-y-ninas-menores-de-3-anos-en-las-carceles-chilenas/> [última consulta: 29 de octubre de 2020].

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004): *Los Derechos Humanos y las Prisiones – Manual de capacitación en derechos humanos para funcionarios de prisiones*. Nueva York/Ginebra: Naciones Unidas.

Payá, Víctor Alejandro; Betancourt Vargas, Ruth (2002): “Dentro o fuera: Un debate inconcluso”, en: Instituto Nacional de las Mujeres/UNICEF: *Niños y niñas invisibles: Hijos e hijas de mujeres reclusas*. Ciudad de México, D.F.: INMUJERES/UNICEF, p. 57-88.

Rebello Britto, Pia (2017): *La primera infancia importa para cada niño*. Nueva York: UNICEF.

Robertson, Oliver (2007): *The Impact of Parental Imprisonment on Children. Women in Prison and Children of Imprisoned Mothers Series*. Ginebra: Quaker United Nations Office.

Rojas Castañeda, Daniel (2020): “El hacinamiento en las cárceles colombianas sobrepasa 54,9% según estadísticas del Inpec”. *Asuntos Legales*, 25 de marzo del 2020. URL: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/el-hacinamiento-en-las-carceles-colombianas-sobrepasa-549-segun-estadisticas-del-inpec-2982618> [última consulta: 20 de octubre de 2020].

UNICEF Bolivia (2020): “Padres privados de la libertad tendrán espacios seguros donde recibir visitas de sus hijos”, comunicado de prensa del 19 de febrero de 2020. URL: <https://www.unicef.org/bolivia/comunicados-prensa/padres-privados-de-libertad-tendr%C3%A1n-espacios-seguros-donde-recibir-la-visita-de> [última consulta: 29 de octubre de 2020].

UNODC (2008): *Handbook for Prison Managers and Policymakers on Women and Imprisonment*. Criminal Justice Handbook Series. Nueva York: Naciones Unidas.

UNODC (2011): *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*. Serie de manuales de justicia penal. Panamá: UNODC Panamá.

UNODC/WHO Europe (2009): *Women’s Health in Prison: Correcting Gender Inequity in Prison Health*. Copenhagen: WHO.