



CLÍNICA JURÍDICA
AIX GLOBAL JUSTICE

Clínica de Derecho
Internacional de los Derechos
Humanos

www.aixglobaljustice.org

AMICUS CURIAE

**Enfoques diferenciados de
las personas privadas de
libertad**

Enero

2021

Este trabajo se llevó a cabo bajo la coordinación de Lavinia FRANCESCONI y Nina WEBERT, y con el apoyo de Daniel ARBOLEDA y Lorraine DUMONT, miembros de la Clínica jurídica en Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con la asistencia de estudiantes de derecho:

BATTAGLIA Arnaud

BOURGET Julia

CHAGUAN Andreina

CHEREAU Mathilde

ELFASCI Clémentine

ETIENNE Maigane

GAREL Elise

GOY Elise

LEGENTIL Alexandra

POTHEE Elisa

SCHRAMM Agathe

Este documento se produce con fines informativos y forma parte del trabajo de la Clínica y de una asociación académica. Aix-Marseille Université y todos sus componentes declinan toda responsabilidad sobre el contenido del documento y su utilización posterior.

La última actualización se hizo el 9 de enero de 2021.

El trabajo desarrollado en la clínica es llevado a cabo bajo la dirección del profesor Ludovic HENNEBEL.

Tabla de contenido

Introducción general.....	1
Parte 1 - Resumen Ejecutivo	4
I. La conveniencia de un tratamiento diferencial en la prisión	4
II. Modelo de tratamiento diferenciado para cada categoría específica.....	4
A. Las personas LGBTI privadas de libertad.....	4
B. Las personas indígenas privadas de libertad.....	6
C. Las personas mayores privadas de libertad	7
D. Las mujeres embarazadas, postnatales y lactantes privadas de libertad.....	9
E. Los niños y niñas que viven en prisión con sus madres	10
III. Hacia un tratamiento individualizado de las personas privadas de libertad.....	12
Parte 2 -Tipos de trato diferenciado para cada categoría	16
Sección 1 - Personas LGBTI privadas de libertad	16
I. Determinación de la identidad de género para la colocación en un centro penitenciario	17
II. Prevención de la violencia contra las personas LGBTI.....	20
III. Obligación del Estado en relación con las necesidades médicas de las personas LGBTI	24
IV. La aplicación de los derechos de visita íntima para las personas LGBTI.....	26
V. Violencia física y/o moral	27
Sección 2 - Personas indígenas privadas de libertad.....	28
I. La identidad cultural	29
II. Violencia y discriminación	31
III. El contacto con el mundo exterior.....	32
IV. Dificultades lingüísticas	33
Sección 3 - Personas mayores privadas de libertad.....	34

I. La reintegración de los mayores en la sociedad.....	34
II. El derecho a la salud condicionado por diversos factores	36
III. Protección de las personas mayores por el sistema judicial.....	40
IV. La necesaria adaptación de las actividades para los reclusos de edad avanzada	42
V. Posible trato diferenciado de las personas de edad en la ejecución de sus sentencias	43
Sección 4 - Mujeres embarazadas, en periodo postnatal o lactantes privadas de libertad	46
I. Las instalaciones y locales penitenciarios.....	48
II. Las condiciones generales de vida.....	50
III. Seguimiento médico y psicológico durante el embarazo y el periodo posparto	52
IV. Medidas de seguridad y sanciones disciplinarias.....	56
V. La atenuación de la pena	58
VI. La preservación del vínculo madre-hijo.....	60
Sección 5 - Niños y niñas que viven en la prisión con sus madres	62
I. Derecho de NNA a la vida en familia, incluyendo el contacto con el otro progenitor	62
II. El derecho del niño y la niña a la salud y la alimentación.....	70
III. El derecho del niño y la niña a un desarrollo saludable, incluida la integración en la comunidad, la socialización, la educación y las actividades de ocio	73

Introducción general

La obligación general de respetar los derechos. Los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) deben, de acuerdo con su artículo 1¹, respetar los derechos y obligaciones allí consagrados. Estos derechos incluyen, en particular, el derecho a la no discriminación y el principio de igual protección ante la ley. Esta obligación se encuentra igualmente en los artículos 2.1 y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)².

La obligación general de proteger o garantizar los derechos. Los Estados Partes deben adoptar todas las disposiciones necesarias para garantizar el respeto de los derechos y obligaciones establecidos en la Convención. Esta obligación se establece en el artículo 2 de la CADH, así como en el artículo 2(2) del PIDCP.

Principio de igualdad en el goce de los derechos. El principio de igualdad en el goce de los derechos significa, como se afirma en el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), que toda persona tiene los derechos y libertades reconocidos en los diversos textos nacionales e internacionales, *"sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"*³. Este principio también se afirma en el párrafo 3 del artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas⁴, y también en el artículo 45-a de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁵.

Principio de igual protección ante la ley. El principio de protección igualitaria ante la ley es una contrapartida directa del principio de igualdad. La igualdad de protección implica que todas las personas están protegidas en la misma medida por las normas nacionales e internacionales debido a su igualdad ante la ley. Este principio está expresamente formulado en el artículo 24 de la CADH y en el artículo 26 del PIDCP.

Principio general de no discriminación. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas define la discriminación como *"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia*

¹ Convención americana sobre derechos humanos, (Pacto de San José), 1969, Art. 1 [disponible [aquí](#)].

² Resolución 2200 A (XXI), Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 16 de diciembre de 1966, Art. 2-1 y 2-2 [disponible [aquí](#)].

³ Resolución 217 A (III), Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948 [disponible [aquí](#)].

⁴ Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, Art. 1§3 [disponible [aquí](#)].

⁵ Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41) "Protocolos de Buenos Aires", 14 de diciembre de 1992, Art. 45-a [disponible [aquí](#)].

*basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*⁶. Esta definición fue adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso de Atala Riffo y Niñas contra Chile en 2012⁷.

La discriminación positiva es un corolario de los principios de igualdad en el disfrute de los derechos de igualdad en la protección de la ley. La "discriminación positiva" es el acto de "instituir desigualdades para promover la igualdad, concediendo un trato preferencial a algunos"⁸.

La afirmación de la necesidad de la discriminación positiva en los casos de discriminación indirecta por parte del TEDH, la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos. El artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece que "*el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen, nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*"⁹.

A la luz de este artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce que la discriminación puede producirse no sólo cuando las personas en una situación similar son tratadas de manera diferente, sino también cuando personas en situaciones diferentes son tratadas de la misma forma. Este tipo de discriminación se suele denominar "discriminación indirecta" porque en estos casos no es el tratamiento lo que difiere, sino más bien los efectos de ese tratamiento indiferenciado, que serán vividos de manera diferente por personas con características diferentes¹⁰. Numerosas decisiones del TEDH han aclarado este concepto de

⁶ Observación general n° 18 sobre prácticas nocivas, Comité de derechos humanos de la ONU, 4 de noviembre de 2014 [disponible [aquí](#)].

⁷ Corte IDH, *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, 24 de febrero de 2012 [disponible [aquí](#)].

⁸ Villenave, Baptiste, "La discriminación positiva: una presentación", *Vida social*, vol. 3, n° 3, 2006, pp. 39-48. Muchos organismos, como la UNESCO en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones, han afirmado la necesidad de medidas de acción afirmativa.

⁹ Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), Art.14 [disponible [aquí](#)].

¹⁰ Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et Conseil de l'Europe, "Manuel de droit européen en matière de non-discrimination", 2010, Partie 2.5 sur les mesures spéciales ou spécifiques [disponible [aquí](#)].

discriminación indirecta¹¹ y las obligaciones resultantes, incluidas las obligaciones positivas de los Estados¹².

La jurisprudencia de la Corte IDH y del Comité de Derechos Humanos también apuntan en esta dirección¹³.

La conveniencia de la discriminación positiva en el caso de las personas privadas de libertad. La cuestión que está en juego en la solicitud de una opinión consultiva sobre el tema "Enfoques diferenciados respecto de las personas privadas de libertad" radica en que la Corte IDH determine la conveniencia de la discriminación positiva, en forma de enfoques diferenciados, aplicables a determinadas categorías de personas, dentro del sistema penitenciario. A fin de completar esta solicitud de opinión, este *Amicus Curiae* incluye en primer lugar un resumen ejecutivo (Parte I), que justifica la necesidad de la acción afirmativa en el contexto específico de la privación de libertad, tanto en lo que respecta a las categorías presentes en la solicitud de opinión, como de manera más general en lo que respecta a otras potenciales categorías vulnerables. En este resumen también se formulan propuestas para la adopción de enfoques diferenciados en función de las categorías que figuran en la solicitud de opinión. Estas propuestas se inspiran en el trato diferenciado que ya existe en muchas legislaciones nacionales de los Estados miembros de la OEA y/o que han ratificado la CADH, así como en diversos tratados internacionales. El resumen detallado de estas medidas existentes constituye la segunda parte¹⁴ de este *Amicus Curiae*.

Método. El *Amicus Curiae* se redactó centrándose en las categorías presentadas en la solicitud de opinión consultiva. Se llevó a cabo un examen del estado de la cuestión de las violaciones sufridas en la cárcel por estas categorías, por un lado, y de las medidas de discriminación positiva existentes, por otro. Este inventario de derecho positivo, tanto nacional como internacional, permite proponer una conceptualización de las obligaciones

¹¹ TEDH, *D.H. y otros República Checa*, [GC], n° 57325/00, 13 de noviembre de 2007, § 184 [disponible [aquí](#)]; TEDH, *Opuz c. Turquía*, n° 33401/02, 9 de junio de 2009, §183 [disponible [aquí](#)]; TEDH, *Thlimmenos c. Grecia*, n° 34369/97, 6 de abril de 2000, §47 [disponible [aquí](#)].

¹² ECtHR, *J.D and A.C v. United Kingdom*, n° 32949/17 et 34614/17, 24 de octubre de 2019, §63 [disponible [aquí](#)].

¹³ Corte IDH, *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, 24 de febrero de 2012 [disponible [aquí](#)]; Comité de Derechos Humanos, *E.G. Italia*, comunicación 2979/2017, 13 de marzo de 2020, §7.6 et §7.8 [disponible [aquí](#)]; Corte IDH, *Véliz Franco y otros Vs. Guatemala*, 2014), §206 [disponible [aquí](#)]; Corte IDH, *Norín Catrimán y otros Vs. Chile*, 29 de mayo de 2014, §201 [disponible [aquí](#)].

¹⁴ [Ver Parte 2].

concretas de los Estados que la Corte IDH podría desarrollar y que se encuentran de manera resumida en la Parte I, Título II¹⁵.

Parte 1 - Resumen Ejecutivo

I. La conveniencia de un tratamiento diferencial en la prisión

Se plantea aquí la cuestión de la compatibilidad de las penas privativas de libertad con las normas internacionales de derechos humanos y, en particular, con el derecho a la integridad¹⁶. Si se admite que las penas privativas de libertad causan algún tipo de sufrimiento de por sí¹⁷, estas no deberían infligir un sufrimiento mayor a lo que ya provocan por sus características intrínsecas. Lo anterior implica obligaciones positivas que pesan sobre los Estados¹⁸. Además, la falta de un tratamiento diferenciado de ciertas categorías de personas vulnerables en la cárcel puede dar lugar a sufrimientos por encima de ese umbral. En efecto, al no tener en cuenta las necesidades específicas de ciertas categorías vulnerables, éstas resultan víctimas de una discriminación indirecta. Al no considerar las necesidades específicas de una persona particularmente vulnerable, ésta sufre un sufrimiento adicional al que ya es inherente a la privación de libertad, y no se respetan los principios corolarios de igualdad y no discriminación. Es así que es menester comprender las necesidades específicas de ciertas categorías, para que se pueda plantear un enfoque diferenciado en función de aquellas. Ello podría contribuir a que las medidas privativas de libertad sean acordes a las normas internacionales de derechos humanos, además de lograr algunos de los objetivos que debiesen caracterizar a las penas privativas de libertad, como la reinserción. Aun así, en ciertos casos se podría cuestionar la idoneidad *in toto* de esas penas privativas de libertad considerando las exigencias y las características de determinadas categorías. Este *Amicus Curiae* se centra entonces en los posibles enfoques diferenciados aptos a ciertos grupos específicos, más que a la identificación de las necesidades de estos, las cuales ya han sido descritas a cabalidad en la solicitud de opinión consultiva por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

¹⁵ [Ver Parte 1. II].

¹⁶ TEDH, *Kudla c. Polonia*, n° 30210/96, 26 de octubre de 2000, §94 [disponible [aquí](#)].

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*, §99; TEDH, *Aerts c. Bélgica*, n° 61/1997/845/1051, 30 de julio de 1998, §64 y §94 [disponible [aquí](#)].

II. Modelo de tratamiento diferenciado para cada categoría específica

A. Las personas LGBTI privadas de libertad

A la luz de la práctica nacional de los Estados miembros de la OEA y de la práctica internacional, resulta claro que las personas lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales (LGBTI) privadas de libertad, en su calidad de minoría particularmente vulnerable, deberían ser tratadas de manera diferente a las demás personas en prisión. En este marco, las siguientes propuestas, extraídas de un análisis casuístico por país, podrían permitir que esta categoría sea considerada de forma adecuada.

La creación de unidades especiales y secciones independientes dentro de los centros penitenciarios parece ser una medida de protección privilegiada a nivel nacional para garantizar la protección específica de las personas LGBTI¹⁹. Sin embargo, éstas pueden conducir a un aumento de la estigmatización, la discriminación y la violencia contra ellos/as²⁰. Considerados por algunos Estados como parias, las personas LGBTI están a menudo separadas del resto de la población carcelaria, lo que, bajo el disfraz de una medida de protección, conlleva la legalización de lo que en la práctica es una medida de segregación. En lugar de unidades o secciones independientes, parece preferible privilegiar la creación de celdas especiales para que no estén totalmente separadas del resto de la población carcelaria, evitando así la segregación física y cultural, como el acceso a los talleres²¹. En la aplicación de estas medidas, es importante considerar que el género auto declarado por parte de los reclusos debe tener prioridad sobre el sexo asignado al nacer y su elección debe tenerse en cuenta en lo que respecta a su lugar de ubicación²².

¹⁹ Procuración penitenciaria de la nación, “La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina, Informe anual 2014”, 2014, p. 218 (Argentina) [disponible [aquí](#)]; Ministerio de la Justicia, Resolución “Por la cual se expide el reglamento General de los Establecimientos de reclusión del Orden Nacional- ERON a cargo del INPEC”, n° 00634, 19 de diciembre de 2016, art. 36§2 (Colombia) [disponible [aquí](#)]; Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, “Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad”, Julio 2016, Art. 6 (Ecuador) [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1-I.**].

²⁰ Asociación OTD Chile, Organizando Trans Diversidades, “Informe sobre la Situación de las personas trans en Chile para el Comité para la Eliminación contra la Discriminación de la mujer”, 2016, p.15 (Chile) [disponible [aquí](#)]; Stand Up for Jamaica (SUFJ), “Barriers behind bars Report”, diciembre de 2016 (Jamaica) [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1-I.**].

²¹ Ministerio de la Justicia, Resolución “Por la cual se expide el reglamento General de los Establecimientos de reclusión del Orden Nacional- ERON a cargo del INPEC”, n° 00634, 19 de diciembre de 2016, art. 36§2, (Colombia) [disponible [aquí](#)]; Stand Up for Jamaica (SUFJ), “Barriers behind bars Report”, diciembre de 2016 (Jamaica) [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1-I.**].

²² Ley n° 26.743, “Identidad de Género, Establécese el derecho a la identidad de género de las personas”, 23 de mayo de 2012 (Argentina) [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1-I.**].

Los actos de violencia contra las personas LGBTI son condenados a nivel internacional²³, así como a nivel nacional por algunos Estados²⁴. Más allá de una reglamentación específica para el entorno carcelario, no existen delitos específicos que penalicen abusos y violencias contra las personas LGBTI. Por lo tanto, para prevenir los actos de violencia, sería conveniente tipificar estas violaciones mediante la creación de un delito específico y autónomo con un agravante cuando dicha violencia es cometida por el personal penitenciario. En los registros de los detenidos, éstos deben poder elegir al género y sexo a la persona que realice el registro; de la misma forma puede preferirse al personal médico para determinadas operaciones²⁵. Además, en lo que respecta a la capacitación del personal penitenciario, la legislación nacional debería especificar si dicha capacitación está sujeta a una obligación de medios o de resultados²⁶.

Las personas LGBTI deben tener acceso gratuito y efectivo a una atención adecuada a su identidad de género: tratamientos hormonales, medicamentos antirretrovirales, pruebas de VIH sin discriminación por motivos de género. El personal médico debería recibir capacitación en los centros penitenciarios sobre los aspectos específicos del tratamiento, incluido el tratamiento hormonal²⁷.

No debe permitirse que ninguna distinción basada en el género, el sexo o la identidad restrinja el ejercicio del derecho a las visitas, ya sean familiares o íntimas²⁸.

La atención individual a las personas LGBTI en prisión, a través de la supervisión psicológica y/o médica, permitiría un mejor registro de los diferentes tipos de violencia que sufre este grupo. El miedo a las represalias, a la burla o incluso a una mayor discriminación paraliza a algunas víctimas de violencia física y/o moral para denunciarlas.

²³ Principio de Yogyakarta 9 "El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente" [disponible [aquí](#)]; Reglas de Nelson Mandela, Reglas 44 [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1- II.**]

²⁴ Corte de Apelaciones de Iquique, rol n° 859-2016, 9 de diciembre de 2016 [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1- II.**]. El Tribunal observó que los funcionarios de prisiones no trataron [a la mujer trans] de acuerdo con su identidad de género, basándose en la presencia de genitales masculinos y la falta de un procedimiento para enmendar su certificado de nacimiento para negarle el respeto debido a su identidad de género.

²⁵ Assemblée Parlementaire, "La discrimination contre les personnes transgenres en Europe", Résolution n°2048 (2015), 22 avril 2015, §6.2.2 [disponible [aquí](#)]; Procuración Penitenciaria de la Nación, "La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina, Informe anual 2014", 2014, p. 233 (Argentina) [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1- II.**]

²⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, "Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Nicaragua", 18 de septiembre de 2014 [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1- II.**]

²⁷ Resolución 2200 A (XXI), Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales (PIDESC), 16 de diciembre de 1966 [disponible [aquí](#)]; UNODC, "Manual sobre Reclusos con necesidades especiales, Serie de manuales de justicia penal", 2009 [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1 - III.**]

²⁸ Decreto Ejecutivo Numero 33876-J, "Reglamento Técnico Penitenciario", Art. 66 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)] [**Ver Parte 1 - Capítulo 1-IV.**]

B. Las personas indígenas privadas de libertad

A la luz de lo observado en la práctica nacional en América y en la práctica internacional, es posible afirmar que los reclusos de origen indígena representan una población penitenciaria particularmente vulnerable y, por lo tanto, deben ser tratados de manera diferente, en particular por razones de seguridad o de resocialización²⁹. Esas medidas no pueden considerarse discriminatorias contra otros reclusos ya que se trata una discriminación positiva que permite superar la desigualdad con las condiciones de otros reclusos³⁰.

En el caso de los detenidos de origen indígena deberían evitarse las penas privativas de libertad. Corresponde a las autoridades judiciales, en la medida de lo posible, privilegiar las sentencias que respeten la identidad cultural del detenido/a, ya sea mediante la aplicación de sentencias proporcionadas por la comunidad o mediante la aplicación de la libertad condicional diurna³¹. En caso de que no sea posible aplicar alternativas al encarcelamiento, los reclusos indígenas deberían poder seguir ejerciendo sus costumbres, rituales y religión. En particular, se les debe permitir vestir sus ropas tradicionales, cocinar sus comidas típicas, practicar sus técnicas y creencias médicas y celebrar sus festivales³².

Los reclusos en cuestión deben cumplir sus sentencias en condiciones que respeten su seguridad, su integridad física y mental, y su derecho a no ser discriminados por motivos étnicos. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta su origen étnico a la hora de asignarlos a un determinado centro penitenciario; en particular, deben tener la opción de cumplir su condena en pabellones especiales, sin que ello suponga su separación de los demás reclusos³³.

Los detenidos indígenas deben poder mantener el vínculo específico con sus comunidades y territorios. Por ende, deben ser encarcelados lo más cerca posible de su lugar de origen para poder recibir visitas de sus familiares y otras personas³⁴.

A los detenidos de origen indígena se les debería proporcionar la asistencia de un intérprete y el acceso a documentos traducidos durante todo el proceso y el encarcelamiento³⁵. Por

²⁹ Ley n° 65, “Código Penitenciario y Carcelario”, 20 agosto 1993, Art. 3 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

³⁰ “Ley del Sistema Penitenciario y de ejecución de Sanciones del Estado de Zacatecas”, 18 de junio de 2001 (México) [disponible [aquí](#)].

³¹ Defensoría Penal Pública de Chile, “Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Documento de Política n° 32, 2015, pp.101-107 (Chile) [disponible [aquí](#)]; Santiago Medina Villarreal, “Situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario”, 2015-2016, p. 28 (Colombia) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 2.I.2].

³² Gendarmería de Chile - Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, “Manual de Derechos humanos de la función penitenciaria”, p. 25 (Chile) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 2.I.3].

³³ Defensoría Penal Pública de Chile, “Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Documento de Política n° 32, 2015, p. 117 (Chile) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 2.II].

³⁴ [Ver sección 2.III].

ejemplo, se les debe proporcionar el reglamento de la prisión en su idioma materno y se les debe ofrecer la asistencia de un intérprete durante las audiencias disciplinarias, entre otras cosas. También se les debe permitir comunicarse dentro de la penitenciaría en su lengua materna.

C. Las personas mayores privadas de libertad

Según el preámbulo de la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores³⁶, una persona mayor es un individuo de 60 años o más, a menos que la legislación nacional determine una edad diferente, que en ningún caso sea superior a 65 años. La vulnerabilidad de las personas de edad requiere que se les proporcionen condiciones de detención dignas para que la sentencia sea significativa para ellas. En particular, la compatibilidad de su encarcelamiento con las normas internacionales de derechos humanos debe evaluarse a la luz de la función de la detención, como se establece en el artículo 5 de dicha Convención: "La finalidad principal de las penas privativas de libertad será la reforma y la reinserción social de los condenados".

Por lo cual, con el fin de que se cumplan las funciones de reforma y preparación para la reinserción del detenido, deben tenerse en cuenta las especificidades de la edad. Si bien es cierto que el objetivo de la reinserción social de los reclusos es inherente a la propia sentencia, cabe cuestionar la posibilidad de la toma de conciencia y el replanteamiento personal del detenido de mayor edad. Así, las perspectivas de reinserción de los reclusos ancianos representan un gran desafío para la administración penitenciaria. En efecto, el énfasis en la reinserción de los detenidos en el mercado laboral no es apto para aquéllos que ya no pueden trabajar, dando lugar a un mayor aislamiento. La dificultad de mantener los lazos familiares durante la detención también amplifica dicho aislamiento social. Por otro lado, en algunos países entre los perfiles de los reclusos de mayor edad, hay una proporción importante de personas condenadas por robo. La pobreza económica, así como el prolongado aislamiento social y familiar los llevan a la delincuencia para su subsistencia³⁷. Para estas personas, la respuesta penal a las dificultades económicas nos conduce a cuestionar el significado de la sentencia tan pronto como se dicta. Como resultado, muchas preguntas quedan sin respuestas en cuanto a su reinserción social y la forma que esta puede tomar.

³⁵ [Ver sección 2.IV].

³⁶ Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, 2015, Preámbulo [disponible [aquí](#)].

³⁷ Guillén M., "Los "pures" caen presos mientras intentan sobrevivir", *Boletín UVL*, 28 de septiembre de 2020, [disponible [aquí](#)].

En general, la dignidad de las condiciones de las cárceles suele estar vinculada al acceso a la atención de la salud. Se pueden observar deficiencias en esta área en la mayoría de las prisiones y en relación a toda la población carcelaria. Ciertas condiciones de vida en la prisión -sobrepoblación, falta de actividad física, mala higiene, dieta desequilibrada, etc.- son claramente aún menos soportables para las personas mayores y provocan un aumento de sus problemas de salud³⁸. Además, los establecimientos penitenciarios raramente están adaptados para la acogida de presos de edad avanzada en lo que respecta a su arquitectura y su modo de funcionamiento. La capacitación del personal penitenciario en el cuidado de los reclusos con pérdida de autonomía podría ser una primera respuesta a estas problemáticas, así como un mejor acceso a la atención necesaria para su edad.

Por esas razones, se podrían prever penas alternativas cada vez que éstas sean posibles. A este respecto, se podrían privilegiar otro tipo de medidas tales como el arresto domiciliario y la libertad condicional. Cuando un individuo sufre una enfermedad terminal grave, la liberación por compasión³⁹ debiese ser otra solución. En resumen, se perfila la necesidad de una mejor armonización a nivel interamericano de las normas de protección de los ancianos en el contexto de la ejecución de sus sentencias.

D. Las mujeres embarazadas, postnatales y lactantes privadas de libertad

Esta categoría de detenidas debe ser tratada de manera diferente a la de los reclusos que no presentan ninguna vulnerabilidad particular, con el fin de satisfacer sus necesidades específicas relacionadas con el embarazo, el posparto y/o la lactancia.

Los centros penitenciarios deben disponer de unidades especializadas con equipos apropiados para el seguimiento ginecológico, obstétrico y pediátrico, así como, en la medida de lo posible, de una celda individual para cada reclusa y su hijo/a. Las prisioneras deben tener un acceso fácil y directo⁴⁰ al agua cerca de sus celdas para limitar sus movimientos. Asimismo, deberían tener la oportunidad de hacer ejercicio regularmente y de pasar tiempo al aire libre. Su acceso a buenas condiciones higiénicas, una dieta rica en proteínas, frutas y verduras frescas y comidas regulares y en cantidades suficientes debería igualmente ser una preocupación primordial.

³⁸ Hummel C., “Estudiar el envejecimiento en prisión” sociología, La búsqueda en actos. Pensar en las fallas del terreno, 23 mayo 2017 [disponible [aquí](#)] [Ver Sección 3, II].

³⁹ Maldonado Fuentes F., “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?” *Polít. crim.* Vol. 14, n° 27 (Julio 2019), Art. 1, pp. 1-46 [disponible [aquí](#)] [Ver Sección 3, V].

⁴⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n° 162-2014, 18 de septiembre de 2015, §VI (El Salvador) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.II].

Las presas embarazadas deben dar la luz en el hospital civil más cercano para evitar un exceso de desplazamientos⁴¹. Las reclusas embarazadas, así como las reclusas acompañadas de sus hijos e hijas, no deberán ser esposadas ni coactadas físicamente de ninguna manera. El aislamiento disciplinario no se utilizará como sanción durante el embarazo y el período de posparto⁴². Se prestará especial cuidado a la atención médica y psicológica de las reclusas durante todo el embarazo y el período posterior al parto⁴³. Esa vigilancia se llevará a cabo, en la medida de lo posible, dentro de la propia prisión y comprenderá también cursos de preparación para el parto⁴⁴ y apoyo posparto.

Se debe conceder a las reclusas una licencia para ausentarse del trabajo entre 45 días y tres meses en el último período del embarazo, y por lo menos durante el mismo período de tiempo después del parto⁴⁵. La detención puede ajustarse y convertirse en arresto domiciliario durante el embarazo y durante un año después del parto⁴⁶. La reclusa también puede ser trasladada a otra institución con condiciones de detención y visitas más flexibles⁴⁷, a fin de preservar su salud y la de su hijo o hija, así como el vínculo madre-hijo. Si esto no es posible, se debe permitir a las mujeres en el postparto pasar todas las noches con su hijo o hija durante el primer año⁴⁸. Después del primer año, las visitas pueden ser más espaciadas, pero aun así frecuentes. Las instalaciones de visita de la institución deben ser propicias para mantener el vínculo madre-hijo: salas especializadas sin cristales separados, guarderías, etc.

Las detenidas embarazadas, postnatales y lactantes y sus hijos e hijas tendrán acceso a ropa limpia adaptada al clima y a las características específicas de su condición⁴⁹.

E. Los niños y niñas que viven en prisión con sus madres

Debido a su vulnerabilidad extrema, vinculada principalmente a su edad y a la fragilidad de su salud física y mental, los niños y niñas (NNA) que viven en prisión con sus madres deben

⁴¹ Ley penitenciaria n° 210/70, Art. 94 (Paraguay) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.I].

⁴² Decreto n° 518 “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, Art. 86(3) (Chile) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.IV].

⁴³ Acuerdo ejecutivo n° 322-2014, “Reglamento general de la ley del sistema penitenciario Nacional”, Art. 144 (Honduras) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.III].

⁴⁴ Procuración Penitenciaria de la Nación, “Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad”, 2019, p. 103 (Argentina) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.III].

⁴⁵ Ley n° 65 por la cual se expide el código penitenciario y carcelario, 1993, Art. 83 (Colombia) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.III].

⁴⁶ “Ejecución de la pena privativa de la libertad” (modificaciones a la ley n° 24.660, al Código Penal y al Código Procesal Penal), 17 de diciembre de 2008, Art. 1 (Argentina) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.V].

⁴⁷ Federal Bureau of Prison (U.S. Justice Department), “Legal resource guide to the Federal Bureau of Prisons”, 2019, pp. 23-24 (Estados Unidos) [disponible [aquí](#)] [Ver secciones 4.IV y 4.V].

⁴⁸ “Reglamento general de la ley penitenciaria”, Art. 405 (El Salvador) [disponible [aquí](#)] [Ver sección 4.VI]

⁴⁹ Asociación para la Prevención de la Tortura, “Condiciones materiales de la detención: prendas de vestir y ropa de cama” [disponible [aquí](#)].

beneficiar de un tratamiento diferenciado. Estos NNA tienen el derecho a las medidas de protección por parte del Estado⁵⁰ que exige su condición de menor sin posibilidad de suspensión de aquellas⁵¹, para que puedan gozar de las mismas posibilidades que pueda tener cualquier otro niño o niña. Por lo tanto, el interés superior de éstos debe ser protegido. Las prisiones no están concebidas para las mujeres con hijos e hijas menores. Tomando en cuenta que éstas tienen como objetivo mantener en cautiverio a individuos peligrosos para la población y reeducarlos para lograr su reinserción social, resulta evidente cómo esta realidad no es compatible con el desarrollo de un NNA. Además, considerando que la pena es personal, la situación de NNA en prisión no es compatible ni con los objetivos de la prisión ni con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) en general. De esta manera, tomando en cuenta la gravedad de las infracciones cometidas, y cuando sea posible, todos los esfuerzos deben ser desplegados para mantener a las mujeres que hayan tenido hijos e hijas afuera de la prisión. Se debe entonces recurrir a cumplir las penas en el seno de la comunidad a fin de proteger a estos últimos del contexto carcelario. Asimismo, se deben privilegiar las penas alternativas⁵². Al momento de examinar las penas alternativas a la privación de la libertad de madres condenadas, el tribunal debe establecer si la acusada es el progenitor principal y las circunstancias en las cuales podría encontrarse el NNA luego del arresto, y sobre esta base tomar la decisión de liberar o no a la detenida⁵³. Cuando sea posible, las decisiones deben ser tomadas caso por caso⁵⁴. Por otro lado, los Estados deben poner en marcha instituciones especiales para la detención de madres con NNA cuando las otras alternativas a la detención no sean posibles. Estas instituciones deben contar, por ejemplo, con programas que otorguen a las madres la posibilidad de trabajar en el exterior de la prisión con el fin de contribuir directamente a la manutención de su hijo o hija⁵⁵. Sin embargo, cuando los jueces estimen imperativa la pena privativa de libertad, y que esté en el interés superior del NNA permanecer con su madre, los Estados deben proveer garantías para su condición, con el fin de que éstos nunca sean tratados como detenidos. Para evitar cualquier perjuicio físico o psicológico, el ambiente penitenciario en el cual NNA es criado debe acercarse lo más posible

⁵⁰ Convención americana sobre derechos humanos, (Pacto de San José), 1969, Art. 19 [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.I].

⁵¹ *Ibidem*, Art. 27 [Ver la sección 5.I].

⁵² Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/63/241, “Derechos del niño”, 24 de diciembre de 2008, §47 [disponible [aquí](#)]; Comentario de la ONUDD de las Reglas de Bangkok, 2009 [disponible [aquí](#)].

⁵³ Comité Africain d’Experts sur les Droits et le Bien-Être de l’Enfant (CAEDBE), Observation générale n°1 de la Charte Africaine des Droits et du Bien-Être de l’Enfant) sur « les enfants de parents ou tuteurs principaux incarcérés ou emprisonnés », 2013, §36-37 [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.I].

⁵⁴ “Comentario de la ONUDD de las Reglas de Bangkok”, 2009 [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.I].

⁵⁵ *Op. cit.*, §50 [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.I].

a un ambiente no carcelario⁵⁶. Asimismo, los Estados deben implementar los mecanismos legislativos y administrativos para asegurar que la decisión de autorizar a un NNA a vivir en prisión con su madre sea sometida a control judicial⁵⁷. La edad en la cual los NNA pueden permanecer en prisión con sus madres varía entre tres meses y seis años⁵⁸. Este periodo puede ser prolongado por una decisión de las autoridades competentes. Los dispositivos que permitan hacerse cargo de los NNA que se encuentren en prisión con sus madres, deben favorecer el vínculo entre ellos y velar por el contacto con el otro progenitor y la familia cercana que vive fuera de la prisión⁵⁹. Las detenidas deben ejercer plenamente sus responsabilidades parentales y tener la mayor cantidad de oportunidades posibles para pasar tiempo con sus hijos. Este periodo es considerado como fundamental para el desarrollo del NNA y puede ser comprometido si no hay una relación con su madre. A fin de garantizar la integración social de los NNA, programas educativos y recreativos deben ser implementados en prisión, así como jardines de infancia y guarderías dotadas de personal calificado⁶⁰. En cuanto al derecho a la salud y a la alimentación, el NNA de una madre detenida puede permanecer con esta durante el periodo de la lactancia. Esta custodia puede ser prolongada o revocada con la autorización de un médico, tomando en cuenta la salud física o mental del NNA. Asimismo, este debe recibir cuidados de salud, especialmente vacunas regulares⁶¹.

III. Hacia un tratamiento individualizado de las personas privadas de libertad

El hecho de tomar en cuenta las especificidades de las categorías abordadas por la solicitud de opinión consultiva y las propuestas resultantes de enfoques diferenciados, permitiría conciliar las normas internacionales de derechos humanos y el encarcelamiento, asegurando el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad. En términos generales, estas diferentes propuestas de medidas pueden alentar un desarrollo más casuístico del tratamiento de los detenidos. Ello podría beneficiar no sólo a los reclusos que pertenecen simultáneamente a varias categorías, sino también a otras categorías de personas para las que sería necesario un

⁵⁶ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019), 4 de abril de 2018, §36 [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.I].

⁵⁷ *Op. cit.*, §24(c) [disponible [aquí](#)].

⁵⁸ “Código de ejecución penal”, 20 de diciembre de 2001, Art. 26 (Bolivia) [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.II].

⁵⁹ “Código de la Niñez y la Adolescencia”, de 3 de enero de 2003, Art. 56 (Ecuador) [disponible [aquí](#)]; “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes” (Reglas de Bangkok), Resolución n° 65/229 de la Asamblea General, 21 de diciembre de 2010 [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.III].

⁶⁰ Ley n° 7.210, de 11 de Julio de 1984, modificada por Ley n° 11.942, de 29 de mayo de 2009, Art. 83 (§2) (Brasil) [disponible [aquí](#)]; Decreto n° 33-2006, “Ley del Régimen Penitenciario”, 6 de octubre de 2006, Art. 52 (Guatemala) [disponible [aquí](#)] [Ver la sección 5.III].

⁶¹ [Ver la sección 5.II].

tratamiento diferenciado, como las personas que viven con el VIH/SIDA, las personas con una dieta especial o con algún problema de salud particular, las personas adictas a las drogas, las personas analfabetas y los extranjeros, incluidos los que no hablan el idioma local. Un tratamiento más casuístico también podría reducir la discriminación racial, religiosa, política, entre otras.

Por ejemplo, en el caso de las personas que viven con VIH/SIDA, es importante garantizar la no segregación⁶² y el acceso a la atención multidisciplinaria⁶³ y la medicación⁶⁴, así como a programas de prevención⁶⁵. El personal penitenciario debe igualmente recibir formaciones sobre el tema⁶⁶. Por otro lado, los exámenes de diagnóstico sólo deberán realizarse con el consentimiento de los interesados⁶⁷, mientras que los programas deberán abarcar las necesidades especiales de las mujeres, en particular en lo que respecta a la prevención de la transmisión de madre a hijo⁶⁸. En algunas legislaciones, está prohibido considerar el padecimiento del SIDA como circunstancia agravante de la sentencia⁶⁹ y los enfermos terminales tienen derechos especiales⁷⁰. En el caso de las personas dependientes de estupefacientes, es necesario asegurar su seguimiento⁷¹ y rehabilitación⁷², prestando atención a las especificidades de las mujeres⁷³.

En el caso de los extranjeros, es importante que todos tengan derecho a comunicarse con sus respectivos representantes diplomáticos o consulares⁷⁴. Sigue siendo necesario un análisis

⁶²“Reglamento de la Ley General sobre VIH-SIDA”, n° 27894-S, Art. 49 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)]; Ley n° 3729, “Ley para la prevención del VIH-SIDA, protección de los derechos humanos y asistencia integral multidisciplinaria para las personas que viven con el VIH-SIDA”, 8 de agosto de 2007, Art. 5 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

⁶³ Decreto 27-2000, “Ley General para el Combate del Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH y del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida SIDA y de la promoción, protección y defensa de los Derechos Humanos ante el VIH-SIDA”, julio del 2000, Art. 32 (Guatemala) [disponible [aquí](#)].

⁶⁴ Ley n° 3.940, “Ley que establece derechos, obligaciones y medidas preventivas de las personas afectadas por el VIH y SIDA”, 14 de diciembre de 2009, Art. 105 (Panamá) [disponible [aquí](#)].

⁶⁵ Ley n° 27894-S, “Reglamento de la Ley General sobre VIH-SIDA”, Art. 49 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)].

⁶⁶ “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes” (Reglas de Bangkok), Resolución n° 65/229 de la Asamblea General, 21 de diciembre de 2010 [disponible [aquí](#)].

⁶⁷ “Ley Nacional de Ejecución Penal”, 16 de junio de 2016, Art. 34 (México) [disponible [aquí](#)].

⁶⁸ *Op. Cit.* “Reglas de Bangkok” [disponible [aquí](#)].

⁶⁹ *Op. Cit.* “Ley para la prevención del VIH-SIDA”, Art. 5 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

⁷⁰ Ley n° 3.940, “Ley que establece derechos, obligaciones y medidas preventivas de las personas afectadas por el VIH y SIDA”, 14 de diciembre de 2009, Art. 105 (Panamá) [disponible [aquí](#)].

⁷¹ Reglamento n° 40849-JP, “Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional”, 9 de enero de 2018, Art. 91 y 150 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)].

⁷² Ley n° 1709 de 2014 “Por medio de la cual se reforman algunos Art.s de la Ley n° 65 de 1993, de la Ley n° 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, Art. 103 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

⁷³ *Op. Cit.* “Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional”, Art. 135 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)].

⁷⁴ *Ibidem.* Art. 153; Ley n° 24.660, “Ejecución de la Pena Privativa de Libertad”, 8 de julio de 1996, Art. 159 (Argentina) [disponible [aquí](#)]; Decreto n° 33-2006, “Ley del Régimen Penitenciario”, 5 de octubre de 2006, Art. 20 (Guatemala) [disponible [aquí](#)]; Ley n° 5.162, “Código de Ejecución Penal”, 17 de octubre de 2014, Art. 132

caso por caso en el contexto de las circunstancias particulares, específicamente aquellas relacionadas a las diferencias horarias⁷⁵ y las barreras lingüísticas. En este último caso, que es similar al de las personas analfabetas⁷⁶, se debe hacer todo lo posible para que las personas involucradas comprendan la información. En el caso de los extranjeros, algunos países como Paraguay y Ecuador incluyen la posibilidad de un intérprete⁷⁷. El extranjero también podrá ser repatriado, pero deben adoptarse medidas para garantizar su residencia legal en los casos en que la libertad condicional sea una opción mientras se espere la repatriación⁷⁸.

Asimismo, debe lograrse la incorporación de normas específicas para garantizar la libertad política⁷⁹ y la asistencia espiritual⁸⁰ en el entorno penitenciario, a fin de evitar el desarrollo de nuevos grupos víctimas de discriminación. Diversas medidas abordadas en las categorías solicitadas en la opinión consultiva, tales como la capacitación del personal penitenciario, el acceso a la atención sanitaria, el acceso a pabellones especializados, el acceso a un intérprete, pueden beneficiar a otras categorías.

Así pues, la determinación de las categorías de personas que han de ser protegidas parece esencial, en especial para determinar las necesidades específicas de un grupo. Sin embargo, el análisis de las situaciones individuales sigue siendo igual de importante, ya que algunas

(Paraguay) [disponible [aquí](#)].

⁷⁵ *Op. Cit.*, “Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional”, Art. 153 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)].

⁷⁶ Medidas relativas a la entrada a los centros penitenciarios: Ley n° 24.660, “Ejecución de la Pena Privativa de Libertad”, 8 de julio de 1996, Art. 66 (Argentina) [disponible [aquí](#)]; Ley n° 5.162, “Código de Ejecución Penal”, 17 de octubre de 2014, Art. 86 (Paraguay) [disponible [aquí](#)]; Medidas relativas a la Educación: Reglamento n° 40849-JP, “Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional”, 9 de enero de 2018, Art. 136 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)]; Ley n°2298, “Ley de Ejecución Penal y Supervisión”, 20 de diciembre de 2001, Art. 188 (Bolivia) [disponible [aquí](#)]; Ley n°224 “Sobre Régimen Penitenciario”, 26 de junio de 1984, Art. 68 (República Dominicana) [disponible [aquí](#)]; Ley n°473, “Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena”, 11 de septiembre de 2003, Art. 88 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)].

⁷⁷ Resolución n° SNAI-SNAI-2020-0031-R, “Reglamento del Sistema Nacional de Rehabilitación Nacional”, 31 de julio de 2020, Art. 88 (Ecuador) [disponible [aquí](#)]; Ley n° 5.162, “Código de Ejecución Penal”, 17 de octubre de 2014, Art. 86 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

⁷⁸ Ley n° 1709 de 2014 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley n° 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, Art. 102-B (Colombia) [disponible [aquí](#)].

⁷⁹ Según un reporte sobre las violaciones de derechos humanos en el contexto de las manifestaciones políticas en Nicaragua en 2018, los estudiantes encarcelados fueron víctimas de maltratos durante su detención en prisiones comunes. “Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 21 de junio de 2018, §185-192 [disponible [aquí](#)]. La única medida específica encontrada en la legislación penitenciaria de la región, hace referencia a la prohibición de divulgar información personal de la persona privada de libertad relativa a sus opiniones políticas, religiosas, entre otras: Decreto n° 25, “Reglamento General de la Ley Penitenciaria”, 16 de noviembre de 2000, art. 20 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

⁸⁰ Esto incluye medidas específicas como el derecho a tener libros de plegaria, incluir en los edificios penitenciarios lugares para las prácticas religiosas y el acceso a guías espirituales, incluidas en las leyes penitenciarias o códigos penales mencionados anteriormente de Argentina (Art. 153, 154, 155), Bolivia (Art. 84.15, 100), Ecuador (Art. 229.3), Guatemala (Art.24), Paraguay (Art.170, 219.5), Nicaragua (Art.73), República Dominicana (Art.75,76) y la Ley n°55, “Ley que reorganiza el sistema penitenciario” (Art. 47,61) (Panamá) [disponible [aquí](#)].

personas pueden pertenecer a más de una categoría y, por consiguiente, pueden ser víctimas de una discriminación multidimensional. Esta interseccionalidad⁸¹ de la discriminación debe tenerse en cuenta en el caso de las personas privadas de libertad. Este fenómeno ya ha sido reconocido por varios organismos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos en el marco del derecho laboral⁸² y el Comité Interamericano de Derechos Humanos en el contexto del derecho a la educación⁸³. La interseccionalidad de la discriminación sufrida por la mujer también es identificada por el Comité, que la incluye en las obligaciones de los Estados para la eliminación de la discriminación contra la mujer⁸⁴. El reconocimiento de estas especificidades es necesario para que las personas interesadas puedan acumular los regímenes de protección (por ejemplo, una persona mayor, indígena, LGBT y que tenga SIDA). Al multiplicarse entonces los riesgos de discriminación, se multiplica también la importancia de los regímenes de trato diferenciado, y es aquí donde se hace más visible el carácter esencial de la individualización del trato de los reclusos.

⁸¹ Concepto desarrollado en su obra por Kimberly Crenshaw, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, 1989 en la cual denuncia la interconexión de múltiples formas de discriminación vividas por los Afro-americanos en el ambiente laboral y la falta de recursos legales a su disposición.

⁸² Comité de Derechos Humanos, *constataciones en el asunto F.A. Francia (asunto conocido como “Baby Loup”)*, 16 de julio de 2018, §8.13. Se califica como una “discriminación interseccional basada en el género y la religión”.

⁸³ Corte IDH, *Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, §290 [disponible [aquí](#)].

⁸⁴ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), 2010, Recomendación General n° 28, §18 [disponible [aquí](#)].

Parte 2 -Tipos de trato diferenciado para cada categoría

Sección 1 - Personas LGBTI privadas de libertad

Las personas LGBTI se enfrentan a múltiples y extremas formas de violencia y discriminación, incluida la tortura y los malos tratos, que se ven exacerbados cuando se les priva de su libertad. Las personas estigmatizadas y deshumanizadas que pertenecen a la comunidad LGBTI son especialmente vulnerables a la violencia y los malos tratos⁸⁵. Es necesario un enfoque diferenciado de las personas LGBTI para lograr la igualdad de hecho. Las prisiones son generalmente ambientes binarios. La ubicación en las cárceles se basa generalmente en el sexo y no en la identidad de género, lo que hace que las personas LGBTI corran un mayor riesgo de sufrir violencia y abusos⁸⁶ por parte de sus compañeros de prisión y del personal⁸⁷. Por consiguiente, las personas LGBTI son víctimas de abusos y violencia debido a su orientación sexual, identidad de género o expresión de género. Esta violencia adopta diversas formas, siendo las más comunes el abuso sexual durante los registros corporales⁸⁸, los malos tratos y la discriminación⁸⁹ o la adopción de medidas de carácter exclusivamente punitivo⁹⁰. La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) han observado que las prácticas homosexuales dan lugar a castigos físicos en algunas unidades penitenciarias⁹¹. En caso de detención, las personas LGBTI no reciben los cuidados que necesitan. A los transexuales se les suele negar la terapia hormonal⁹², a los enfermos de SIDA se les suele negar el acceso a la medicación para salvar sus vidas, las clínicas no tienen

⁸⁵ Relator Especial sobre la Tortura, Juan E. Méndez en una declaración conjunta emitida por el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura, el Relator Especial de la ONU sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Junta de Síndicos del Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura, 23 de junio de 2016 [disponible [aquí](#)].

⁸⁶ Comisión Internacional de Juristas, “International Human Rights References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity”, octubre de 2006, p. 9 [disponible [aquí](#)].

⁸⁷ Sir Malcom Evans “Dirigido y torturado: Los expertos de la ONU instan a una mayor protección de las personas LGBTI detenidas”, 23 de junio de 2016 [disponible [aquí](#)].

⁸⁸ Principio de Yogyakarta 9 “El derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente” [disponible [aquí](#)].

⁸⁹ Comunicado de Prensa n°053/15, “CIDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBTI privadas de libertad”, 21 de mayo de 2015 [disponible [aquí](#)].

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Association pour la Prévention de la Torture, “Personnes LGBTI privées de liberté : cadre pour le monitoring préventif (APT)”, 2013 [disponible [aquí](#)].

⁹² Asamblea General de la ONU Secretario General 3 de julio de 2001, A/56/154, “Informe del relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otras tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” [disponible [aquí](#)].

medicación hormonal y el personal no está capacitado en los detalles de este tratamiento⁹³. Las personas LGBTI, entre otras, son discriminadas en cuanto a su derecho a las visitas íntimas que a menudo se le niegan debido a su identidad de género⁹⁴. Hoy en día las personas LGBTI sufren un daño desproporcionado debido a su estigmatización. La vulnerabilidad de este grupo es aún más aguda en el entorno de las prisiones. Por lo tanto, es necesario un enfoque diferenciado de las personas LGBTI para lograr una igualdad fáctica y no sólo objetiva.

I. Determinación de la identidad de género para la colocación en un centro penitenciario

A. A nivel nacional

1. La creación de unidades especiales para la protección de las personas LGBTI

En Argentina, el Protocolo sobre Instituciones Penitenciarias se refiere a la protección especial de las personas LGBTI⁹⁵ estableciendo que los criterios para la asignación de viviendas deben tener en cuenta la vulnerabilidad de las personas LGBTI⁹⁶. Las medidas que permiten que las mujeres trans sean alojadas en unidades carcelarias de mujeres se adoptaron sobre la base de la Ley de identidad de género⁹⁷. Lo mismo se aplicaría automáticamente en el caso de la reasignación de género. También se están adoptando medidas para garantizar que los homosexuales sean ubicados en unidades específicas, pero en la práctica todavía hay casos en que los homosexuales comparten su espacio con otros que han cometido delitos contra la integridad sexual⁹⁸.

En Colombia, el Reglamento General de Instituciones Penitenciarias prohíbe la creación de unidades especiales para separar o excluir a las personas por su orientación sexual/identidad

⁹³ CIDH, “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, 31 diciembre de 2011 [disponible [aquí](#)]. La CIDH realizó visitas in situ a Guatemala (julio de 2017), Honduras (julio de 2018) y el Brasil (noviembre de 2018).

⁹⁴ Acción de inconstitucionalidad, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, 12/10/2011, Res n° 2011013800; Comisión interamericana de derechos humanos (CIDH), *Marta Lucia Álvarez Giraldo* Colombia, Informe N°122/18, Caso n°11.65 [disponible [aquí](#)].

⁹⁵ Procuración Penitenciaria de la Nación, “Protocolo de ingreso de detenidas/os en establecimientos del servicio penitenciario federal Informe Anual 2014”, Art. 4, p. 218 [disponible [aquí](#)].

⁹⁶ *Op. cit.* “Criterios para disponer el alojamiento”, Art. 28: “A partir de la información recabada el Centro de Evaluación debe emitir el Dictamen Único e Integral el que determina el sector de alojamiento adecuado para la persona privada de libertad, según la distribución que en cada establecimiento penitenciario sea posible y en función de los siguientes criterios: [...] i) Procesados/as pertenecientes al colectivo LGBTI: de conformidad a las disposiciones de la Resolución D.N.SPF N°1397/2013 (Boletín Público Normativo N°520)”, p. 228.

⁹⁷ Ley n° 26.743, “Identidad de Género, Estableciere el derecho a la identidad de género de las personas”, 23 de mayo de 2012 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

⁹⁸ CIDH, “Reconocimientos de personas LGBTI, Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas”, 7 de diciembre de 2018, p. 94 §181 [disponible [aquí](#)].

de género⁹⁹. Para proteger su vida e integridad, las personas LGBTI deben ser consultadas por la administración penitenciaria sobre la posibilidad de tener acceso a zonas seguras para su protección¹⁰⁰.

Ecuador, establece que los centros de privación de libertad pueden crear una sección específica para las personas LGBTI¹⁰¹.

Sin embargo, la creación de esas dependencias especiales puede haber dado lugar a un aumento, en lugar de una reducción, de las desigualdades que experimentan las personas LGBTI, lo que ha dado lugar al aislamiento y la segregación.

2. La creación de unidades especiales que conducen a la segregación de las personas LGBTI

En Chile se informa de que las personas LGBTI son discriminadas, golpeadas y excluidas de los talleres¹⁰². La población LGBTI es separada del resto de la población carcelaria y se la coloca en una "celda especial" junto con las personas que viven con el VIH y los discapacitados. Las personas trans que no se han sometido a un cambio de nombre o de sexo no pueden ser internadas en una cárcel según su identidad de género¹⁰³.

Los Estados Unidos de América, en la Ley de eliminación de la violación en las prisiones (PREA) y en las normas sobre prisiones y cárceles¹⁰⁴, establecen que la custodia protectora debe estar limitada en el tiempo y no debe dar lugar a la imposición de un régimen penitenciario más duro¹⁰⁵. En el Centro Correccional de Fluvanna en Virginia (Estados Unidos), las lesbianas y las mujeres que se consideran de aspecto masculino son recluidas en un "butch's wing" donde son humilladas y estigmatizadas¹⁰⁶.

⁹⁹ Ministerio de la Justicia, Resolución n° 00634, Resolución "Por la cual se expide el reglamento General de los Establecimientos de reclusión del Orden Nacional- ERON a cargo del INPEC", 19 de diciembre de 2016, art. 36§2 [disponible [aquí](#)].

¹⁰⁰ *Ibidem*, Art. 34§6.

¹⁰¹ Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, "Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad", Julio 2016, art. 6 [disponible [aquí](#)].

¹⁰² Asociación OTD Chile, Organizando Trans Diversidades, "Informe sobre la Situación de las personas trans en Chile para el Comité para la Eliminación contra la Discriminación la mujer", p. 15 [disponible [aquí](#)].

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Department of Justice, "Prisons and jail standards, United States Department of Justice Final Rule National Standards to Prevent, Detect, and Respond to Prison Rape Under the Prison Rape Elimination Act (PREA)", May 17, 2012 [disponible [aquí](#)].

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Kaiser D. et Stannow L., "Prison Rape: Obama's Program to Stop It », 11 de octubre de 2012 [disponible [aquí](#)].

En Honduras los presos LGBTI a veces se alojan con otros presos considerados "en la parte inferior de la jerarquía". En el centro de detención de Tegucigalpa, los detenidos LGBTI son colocados junto con los que sufren de enfermedades mentales¹⁰⁷.

En Jamaica algunos establecimientos penitenciarios¹⁰⁸ alojan a los reclusos que se identifican como LGBTI y a los que se perciben como LGBTI en una parte separada de las prisiones llamada "Unidades especiales" (*Special Blocks*). Su separación en unidades especiales los coloca en un mayor riesgo de abuso sexual, además de la pérdida de privilegios (trabajo, ocio, uso de la biblioteca, patio de recreo). Los prisioneros están encerrados en celdas oscuras y solitarias sin baños ni agua¹⁰⁹.

B. A nivel internacional

1. El sistema de la ONU

En el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer¹¹⁰ se destacan los riesgos de violencia, incluida la violencia sexual, que estos emplazamientos exacerban¹¹¹. La regla 7 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) sobre la validez de una orden de internamiento se hace eco de esto¹¹². En el principio 9 de Yogyakarta se exige a los Estados que garanticen la participación de los detenidos en lo que respecta al lugar de detención más apropiado en función de su orientación sexual o identidad de género¹¹³.

2. El sistema interamericano

Según la CIDH, una colocación que no tome en cuenta la identidad de género de una persona "viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana de las personas

¹⁰⁷ *Op. cit.* "Personnes LGBTI privées de liberté: cadre pour le monitoring préventif" [disponible [aquí](#)].

¹⁰⁸ Establecimiento Correccional de Adultos de Tower Street, comúnmente conocida como Penitenciaría General (GP) y Correccional de Adultos de St. Catherine.

¹⁰⁹ *Op. cit.* "Barriers behind bars Report" [disponible [aquí](#)].

¹¹⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe A/HRC/17/26/Add.2 de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, Adición, Misión de seguimiento a El Salvador, 14 de febrero de 2011, §§28-29 [disponible [aquí](#)]. En 2011, denunció el caso de una mujer transexual que había sido violada más de 100 veces por miembros de una banda con los que compartía una celda en una prisión reservada para hombres, con la complicidad esporádica de los funcionarios de prisiones.

¹¹¹ Comisión Internacional de Juristas, "International Human Rights References to Human Rights Violations on the Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity", octubre 2006, p. 9. [disponible [aquí](#)].

¹¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución n° 70/175, 17 de diciembre de 2015; UNODC, "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)", Regla 7 [disponible [aquí](#)].

¹¹³ *Op. cit.* Principio de Yogyakarta 9 [disponible [aquí](#)].

trans"¹¹⁴. Sin embargo, la solicitud de opinión pone de relieve la posibilidad de que una persona no desee revelar su identidad de género para evitar ser enviada a una prisión de hombres¹¹⁵. El hecho de no tener en cuenta las características específicas de las mujeres trans las expone a un mayor riesgo de violencia¹¹⁶. En 2015, la CIDH formuló varias recomendaciones a los Estados en relación con las personas LGBTI privadas de libertad, incluida la adopción de medidas casuísticas y subjetivas¹¹⁷.

La CIDH observó el aislamiento de algunas personas LGBTI en las instituciones penitenciarias e indicó que, si bien esto puede ser una respuesta a la necesidad de garantizar su seguridad, se ha informado a la Comisión de que las condiciones de vida en esas celdas o unidades se han deteriorado y que existen restricciones a los programas o servicios¹¹⁸. En una medida cautelar de 2017 dictada respecto de Brasil, la Corte IDH expresó su preocupación por la falta de medidas eficaces adoptadas para permitir que una persona LGBTI no comparta una celda con otras si ello supone un riesgo¹¹⁹.

3. El sistema del Consejo de Europa

En 2015, el Consejo de Europa insiste en la necesidad de introducir procedimientos rápidos y transparentes que permitan a las personas transexuales cambiar su nombre y sexo en sus documentos administrativos¹²⁰. Esta disposición podría también adaptarse a las personas privadas de libertad.

Por otro lado, la abolición de la esterilización y otros tratamientos médicos previos al reconocimiento de la identidad de género de una persona es una obligación legal¹²¹.

II. Prevención de la violencia contra las personas LGBTI

A. A nivel nacional

1. La intervención del personal penitenciario en el contexto de los registros de detenidos

¹¹⁴ “Solicitud de Opinión Consultiva a la Corte IDH enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad”, 25 de noviembre, 2019, §33 [disponible [aquí](#)].

¹¹⁵ *Op. cit.*, “Personnes LGBTI privées de liberté : cadre pour le monitoring préventif” [disponible [aquí](#)].

¹¹⁶ CIDH, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 36/15 Rev.2., “Informe sobre la violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, 12 de noviembre de 2015, capítulo 4 [disponible [aquí](#)].

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Op. cit.*, “CIDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBT privadas de libertad” [disponible [aquí](#)].

¹¹⁹ Corte IDH, *Curado vs. Brasil*, [Medidas provisionales respecto de la república federativa de Brasil asunto del complejo penitenciario de curado], §102 [disponible [aquí](#)].

¹²⁰ Asamblea Parlamentaria, Resolución N° 2048 (2015), « La discrimination à l’encontre des personnes transgenres en Europe », 22 de abril de 2015, §6.2.1 [disponible [aquí](#)].

¹²¹ *Ibidem*, §6.2.2 [disponible [aquí](#)].

En Argentina, toda intervención del personal penitenciario debe garantizar el respeto de la identidad de género auto percibida de toda persona que ingrese a un establecimiento penitenciario¹²². Por ejemplo, el personal médico debe intervenir para representar mejor la identidad sexual o de género de la persona¹²³. En 2016 se adoptó igualmente en Argentina, una guía de procedimientos de “visu medico”¹²⁴ para el registro de los reclusos trans, en la que se especifica que se deben preferir medios alternativos al registro. En los casos en que no se puedan evitar los registros corporales, el personal penitenciario sólo debe revisar la ropa y los efectos personales y permitir que el personal médico realice las exploraciones corporales¹²⁵. Además, el personal penitenciario no tendrá contacto físico, verbal o visual cuando un preso sea examinado por el personal médico.

En Colombia, el personal penitenciario debe preguntar a los presos trans si prefieren ser registrados por un hombre o una mujer¹²⁶. Asimismo, las inspecciones de los visitantes trans deben realizarse sobre la base del género declarado por ellos mismos, independientemente de la información que figure en su documento de identidad. En caso de duda, el personal de la prisión debe preguntar al interesado por quién prefiere ser registrado¹²⁷.

En Ecuador se establece que, durante los registros, el personal penitenciario debe respetar los objetos debidamente autorizados para uso personal de la población LGBTI¹²⁸.

En Chile no existe una legislación o actos normativos que prevean normas específicas sobre el tratamiento de la población LGBTI en prisión. Sin embargo, se han adoptado decisiones en el sentido de que es necesario adoptar medidas específicas para el tratamiento de la población LGBTI en prisión. En una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique a raíz de actos de discriminación y malos tratos contra una mujer trans privada de libertad, la Corte reconoció que no había sido tratada de acuerdo con su identidad de género¹²⁹. Sostuvo que el centro de capacitación pertinente tendría que capacitar al personal penitenciario en cuestiones relacionadas con la identidad y la expresión de género, ya que, sobre la base de la presencia

¹²² *Op. cit.*, “Protocolo de ingreso de detenidas/os en establecimientos del servicio penitenciario federal Informe Anual 2014”, p. 233 [disponible [aquí](#)].

¹²³ *Op. cit.*, Art. 7 “Derecho a la intimidad, privacidad y confidencialidad”, pp. 219-220.

¹²⁴ Servicio Penitenciario Federal, “Guía de procedimientos de «visu» médico y de “control y registro” de personas trans en el ámbito del servicio central de Alcaldías”, *Boletín Público Normativo*, 11 de abril de 2016 [disponible [aquí](#)].

¹²⁵ *Ibidem*, Art. 6 y Art. 15.

¹²⁶ *Op. cit.*, Resolución n° 00634, art. 28 [disponible [aquí](#)].

¹²⁷ *Op.cit.*, Resolución “Por la cual se expide el reglamento General de los Establecimientos de reclusión del Orden Nacional- ERON a cargo del INPEC”, Art. 68§4.

¹²⁸ Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, “Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad”, Julio 2016, art. 6 [disponible [aquí](#)].

¹²⁹ Corte de Apelaciones de Iquique, rol N° 859-2016, 9 de diciembre de 2016, p. 63 [disponible [aquí](#)].

de genitales masculinos durante los registros, los funcionarios de prisiones no la habían tratado de acuerdo con su identidad¹³⁰. Este enfoque fue reconfirmado en un caso posterior por la Corte de Apelación de Antofagasta¹³¹.

2. La formación del personal penitenciario

En Argentina, se imparten al personal penitenciario capacitaciones sobre diversidad sexual y derechos humanos. El sistema penitenciario federal está trabajando para que esta formación sea obligatoria para todos los candidatos que deseen incorporarse al sistema¹³².

En Brasil, las autoridades penitenciarias están obligadas a capacitar a los profesionales del medio carcelario sobre los derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación¹³³.

En Nicaragua, aunque la protección de las personas LGBTI sigue siendo escasa, se han organizado talleres de capacitación sobre los derechos a la orientación sexual y la diversidad sexual para los estudiantes de la academia de policía con el fin de garantizar el respeto de los principios éticos y los derechos de las minorías sexuales. En 2013, se informó de que 2.974 estudiantes de la academia de policía recibieron esa formación¹³⁴.

En los Estados Unidos, la Ley PREA¹³⁵ prevé la adopción de medidas disciplinarias contra el personal que no respete las políticas de lucha contra el acoso y el abuso¹³⁶.

En México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos pidió que se sensibilizara y capacitara al personal penitenciario para evitar la violación de las garantías de la población LGBTI en las cárceles¹³⁷.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 57.

¹³¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Causa rol n° 31-2017, 6 febrero de 2017, pp. 56-57 [disponible [aquí](#)]. Tres mujeres transexuales detenidas en la prisión de Antofagasta fueron sometidas a palizas, torturas, coacción ilegal y violación de su identidad sexual, ya que el personal las obligó a permanecer desnudas en presencia de hombres, obligándolas a mostrar sus senos y a que les revisaran los anos. El Tribunal se hizo eco del razonamiento del Tribunal de Apelaciones de Iquique al sostener que estas mujeres trans no habían sido tratadas de acuerdo con su identidad de género.

¹³² CIDH, “Reconocimientos de personas LGBTI, Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas”, 7 de diciembre de 2018 [disponible [aquí](#)].

¹³³ Presidencia del Consejo Nacional de Lucha contra la Discriminación, Resolución Conjunta N° 1, 15 de abril de 2014, Art. 10 [disponible [aquí](#)].

¹³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal Nicaragua”, 18 de septiembre de 2014 [disponible [aquí](#)].

¹³⁵ *Op.Cit.*, “Prisons and Jail Standards, United States Department of Justice Final Rule, National Standards to Prevent, Detect, and Respond to Prison Rape Under the Prison Rape Elimination Act (PREA)”, §115.76 [disponible [aquí](#)].

¹³⁶ *Op. cit.*, “Personnes LGBTI privées de liberté : cadre pour le monitoring préventif” [disponible [aquí](#)].

¹³⁷ Prisión Informador, “México: garantizar derechos de población lésbico-gay en cárceles, pide CNDH” [disponible [aquí](#)].

A. A nivel internacional

1. El sistema de la ONU

De conformidad con los Principios de Yogyakarta, los Estados deben adoptar medidas para garantizar la protección de todos los reclusos que sean objeto de violencia o abuso por su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, y velar por que esas medidas de protección no entrañen una mayor restricción de sus derechos que la del resto de la población carcelaria¹³⁸.

Las Reglas de Bangkok recomiendan que los registros corporales sean realizados por personal del mismo sexo¹³⁹.

Según la CIDH¹⁴⁰, las personas trans pueden ser sometidas a un aislamiento prolongado, lo que puede equivaler a un régimen de aislamiento tal como se define en las normas de Nelson Mandela¹⁴¹. Este tipo de aislamiento está prohibido durante un período de más de 15 días consecutivos¹⁴² si existe el riesgo de que pueda equivaler a tortura o malos tratos¹⁴³. El Relator Especial sobre la cuestión de la tortura ha indicado que los Estados deben velar por que las medidas de protección no impongan condiciones más restrictivas a las personas LGBTI¹⁴⁴, lo que no impide el uso de esas medidas con carácter temporal.

2. El sistema interamericano

La CIDH informa de denuncias en muchos países de torturas, agresiones físicas y tratos crueles, inhumanos o degradantes de personas LGBTI¹⁴⁵. La CIDH expresó su preocupación por las condiciones de detención, en particular para los trans¹⁴⁶. En muchos casos, las condiciones no respetan sus derechos fundamentales y su dignidad debido al hacinamiento, los malos tratos y la discriminación¹⁴⁷. La Corte IDH afirma que los Estados tienen el deber

¹³⁸ *Op. cit.*, Principio de Yogyakarta 9 [disponible [aquí](#)].

¹³⁹ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla n° 19 [disponible [aquí](#)].

¹⁴⁰ *Op. cit.*, “Informe sobre la violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, capítulo 4 [disponible [aquí](#)].

¹⁴¹ *Op. cit.*, “Reglas de Nelson Mandela”, Artículo 44 [disponible [aquí](#)].

¹⁴² *Ibidem*, Art. 43.1.

¹⁴³ Relator Especial de la Asamblea General, Informe A 66/268, 5 de agosto de 2011, §69 [Disponible [aquí](#)].

¹⁴⁴ Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes al Consejo de Derechos Humanos, Informe A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, §70 [disponible [aquí](#)].

¹⁴⁵ CIDH, “Informe sobre la violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, 12 de noviembre, 2015, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 36/15 Rev.2., capítulo 4 [disponible [aquí](#)].

¹⁴⁶ *Op. cit.* “CIDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBT privadas de libertad” [disponible [aquí](#)].

¹⁴⁷ *Ibidem*.

de garantizar su protección en situaciones de discriminación y peligro, y subraya la urgencia de adoptar medidas para proteger su derecho a la vida y a la integridad física¹⁴⁸.

Según los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas¹⁴⁹, los registros corporales deben ser realizados por una persona del mismo sexo.

3. El sistema del Consejo de Europa

Según la jurisprudencia establecida del TEDH, los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad de toda persona a la que priven de libertad¹⁵⁰. Por consiguiente, el Estado debe explicar las circunstancias en que una persona privada de libertad ha sido lesionada¹⁵¹, de lo contrario se aplicará el régimen del derecho a la integridad física¹⁵². Por lo tanto, el TEDH ha impuesto a los Estados la obligación de proteger a las personas LGBTI en prisión¹⁵³ en virtud del artículo 3 del CEDH. En 2015, la Asamblea Parlamentaria afirma la necesidad de aprobar legislación que ofrezca protección específica a las personas transgénero, así como capacitación específica para las fuerzas del orden y el poder judicial¹⁵⁴.

En un caso X contra Turquía, el TEDH sostuvo que se habían violado los artículos 3 y 14 del Convenio porque las autoridades no habían evaluado suficientemente el riesgo para la seguridad del demandante¹⁵⁵. Aunque los temores por su integridad física estaban en parte fundados, no eran suficientes para justificar medidas de aislamiento total. Estas condiciones de detención constituyen, por tanto, un ataque a la dignidad del solicitante y una discriminación contra él.

III. Obligación del Estado en relación con las necesidades médicas de las personas LGBTI

A. A nivel nacional

¹⁴⁸ *Op. cit.*, Corte IDH, *Curado vs. Brasil* [Medidas provisionales respecto de la república federativa de Brasil asunto del complejo penitenciario de curado], 15 de noviembre de 2017, §102-103 [disponible [aquí](#)].

¹⁴⁹ Resolución n° 1/08, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, CIDH [disponible [aquí](#)].

¹⁵⁰ Cour EDH, *Affaire Azzolina et autres c. Italie*, n° 28923/09 et 67599/10, 26 octobre 2017 [disponible [aquí](#)].

¹⁵¹ TEDH, *Selmouni contra Francia*, n° 25803/94, 28 de julio de 1999 [disponible [aquí](#)].

¹⁵² TEDH, *Tomasi contra Francia*, n°12850/87, 4 de diciembre de 1995 [disponible [aquí](#)].

¹⁵³ Cour EDH, *Stasi contre France*, n° 25001/07, 20 de octubre de 2011 [disponible [aquí](#)].

¹⁵⁴ *Op. cit.* « La discrimination à l'encontre des personnes transgenres en Europe », §6.4 [disponible [aquí](#)].

¹⁵⁵ Cour EDH, *X contre Turquie*, n° 24626/09, 9 de octubre de 2012 §63 [disponible [aquí](#)].

En Argentina se ha adoptado una guía de procedimiento para las visitas médicas en las cárceles a fin de que se tenga más en cuenta la identidad de género de las personas trans¹⁵⁶.

En Chile, se han alcanzado acuerdos entre el personal penitenciario chileno y el Ministerio de Salud para vigilar el VIH en las cárceles¹⁵⁷. Esto garantizaría que la población privada de libertad que vive con el VIH en la región metropolitana tenga un acceso efectivo a la atención adecuada, a los medicamentos antirretrovirales, a las pruebas necesarias y a los preservativos.

En los Estados Unidos de América, en el contexto de la reasignación de sexo, el tribunal de apelación del primer circuito dictaminó que a un recluso que cumpliera una condena de por vida se le debía permitir el acceso a la cirugía de reasignación de sexo¹⁵⁸. El Tribunal de Apelación del Noveno Circuito también sostuvo que rechazar la cirugía de reasignación de sexo a un recluso constituiría un castigo cruel e inusual¹⁵⁹.

B. A nivel internacional

1. El sistema de la ONU

Según la AGNU¹⁶⁰, las violaciones basadas en la orientación sexual o la identidad de género son censurables. Según el PIDESC, toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Art. 12) sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

La ONU ha pedido la reforma de estas clasificaciones médicas anticuadas y ha pedido a los Estados que garanticen el acceso a los servicios de salud para las personas LGBTI, inclusive los cuidados de reasignación de sexo para las personas trans, sobre la base de su consentimiento informado¹⁶¹. Los prisioneros trans deben tener acceso a un tratamiento

¹⁵⁶ Servicio Penitenciario Federal, “Guía de procedimientos de “visu” médico y de “control y registro” de personas trans en el ámbito del servicio central de Alcaldías”, *Boletín Público Normativo*, 11 de abril de 2016 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

¹⁵⁷ Organizando Trans Diversidades, Asociación OTD Chile, “Informe sobre la “situación de las personas trans en Chile” para el comité para la Eliminación contra la Discriminación de la mujer” [disponible [aquí](#)].

¹⁵⁸ United States Court of Appeals, First Circuit, *Kosilek v. Spencer*, February 12, 2014 [disponible [aquí](#)].

¹⁵⁹ “AG: Transgender inmate ruling could change prison policy”, *AP News*, November 26, 2019 [disponible [aquí](#)].

¹⁶⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/HRC/19/41, “Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género”, 19 de diciembre de 2008 [disponible [aquí](#)].

¹⁶¹ Declaración conjunta de las Naciones Unidas y los expertos regionales en derechos humanos, “Patologización - Ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad”, 17 de mayo de 2016 [disponible [aquí](#)].

hormonal, así como a apoyo psicológico, y los/las que ya empezaron el antes de la detención, deberían poder continuar con él¹⁶².

2. El sistema interamericano

Durante las visitas a los detenidos en centros penitenciarios de Guatemala, Honduras y Brasil, la CIDH observó que los dispensarios no estaban equipados con medicamentos hormonales y que no había personal médico capacitado en los aspectos específicos de este tratamiento¹⁶³.

IV. La aplicación de los derechos de visita íntima para las personas LGBTI

A. A nivel nacional

En Ecuador, se establece que las visitas íntimas en las cárceles deben realizarse respetando la identidad de género de cada persona¹⁶⁴.

En Brasil, la Resolución sobre políticas penales y penitenciarias¹⁶⁵ hace referencia a los Principios de Yogyakarta y garantiza el derecho a las visitas íntimas de las personas LGBTI¹⁶⁶.

En Colombia, ninguna institución penitenciaria puede negar el derecho a las visitas íntimas sobre la base de la orientación sexual o la identidad de género de la persona privada de libertad¹⁶⁷.

En Costa Rica, después de una decisión de su Corte Suprema¹⁶⁸, el Reglamento de Prisiones estipula que las parejas del mismo sexo pueden recibir visitas conyugales¹⁶⁹.

En Ecuador, en el marco del Protocolo sobre personas LGBTI, se establece que las visitas íntimas deben realizarse respetando la identidad de género de cada persona¹⁷⁰.

B. A nivel internacional

¹⁶² UNODC, “Manual sobre Reclusos con necesidades especiales, Serie de manuales de justicia penal”, 2009, p. 118, §4.3.6 [disponible [aquí](#)].

¹⁶³ *Op. Cit.* “Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, 31 diciembre de 2011.

¹⁶⁴ , Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, “Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad”, julio 2016, Art. 5 [disponible [aquí](#)].

¹⁶⁵ Consejo Nacional de la Presidencia de la República para la lucha contra la discriminación, Resolución Conjunta N° 1, 15 de abril de 2014, Art. 6 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

¹⁶⁶ *Ibidem.* Art. 6.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, Resolución n° 00634, Art. 71§1 [disponible [aquí](#)].

¹⁶⁸ Acción de inconstitucionalidad, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Res N° 2011013800, 12 de octubre de 2011 [disponible [aquí](#)].

¹⁶⁹ Decreto Ejecutivo n° 33876-J, “Reglamento Técnico Penitenciario”, Art. 66 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)].

¹⁷⁰ *Op. cit.*, “Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad”, Art. 5 [disponible [aquí](#)].

1. El sistema de la ONU

Según los Principios de Yogyakarta, los Estados deben garantizar a todos los presos el derecho a recibir visitas conyugales¹⁷¹. La ONUDD considera que las visitas íntimas son un instrumento para la realización del derecho a la vida privada y familiar¹⁷². Los obstáculos al ejercicio del libre desarrollo de la sexualidad de las personas LGBTI privadas de libertad es una violación del artículo 12.1 del PIDESC¹⁷³.

2. El sistema interamericano

La CIDH recomienda que los estados regulen las visitas íntimas o conyugales "*sin distinción de sexo u orientación sexual*"¹⁷⁴. El 5 de octubre de 2018, la Comisión se pronunció sobre el tema en el caso de *Marta Lucía Álvarez Giraldo*¹⁷⁵ y determinó que impedir las visitas íntimas en este caso constituía una violación de los artículos 5.1, 11.2 y 24 de la Convención.

La Corte IDH en el caso *Atala Riffo y Niñas contra Chile*¹⁷⁶ concluyó que la noción de vida familiar incluye a una pareja del mismo sexo que vive en una relación estable sobre la misma base que una pareja heterosexual.

V. Violencia física y/o moral

1. La persistencia de situaciones violentas

En Ecuador se condena todo tipo de violencia en los centros de privación de libertad, ya sea física, verbal o psicológica, ya sea de género, xenofobia, homofobia, transfobia o cualquier otra forma de discriminación¹⁷⁷.

En Colombia, se prohíbe la discriminación y el castigo toda vez que dos personas que compartan la misma celda sean también pareja¹⁷⁸. Sin embargo, el informe de la oficina del Defensor del Pueblo concluye que sigue habiendo obstáculos en el sentido de que las personas

¹⁷¹ *Op. cit.*, Principio de Yogyakarta 9 [disponible [aquí](#)].

¹⁷² ONUDD, "Opinión consultiva sobre las visitas íntimas de las personas privadas de libertad en Panamá", §2.1.1 [disponible [aquí](#)].

¹⁷³ *Ibidem*, p. 27. La ONUDD considera que el derecho a las visitas íntimas de las personas LGBTIQ+ se basa en una lectura conjunta de los Art. 12.1, 2.1 sobre igualdad y no discriminación, y Art. 17 sobre el derecho a la vida privada y familiar del PIDCP, así como el Principio de Yogyakarta 9.

¹⁷⁴ CIDH, "Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas", 31 diciembre de 2011 [disponible [aquí](#)].

¹⁷⁵ CIDH, *Marta Lucía Álvarez Giraldo Colombia*, n° 11.65, Informe n° 122/18, §185 [disponible [aquí](#)].

¹⁷⁶ Corte IDH, *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, 24 de febrero de 2012, §139 [disponible [aquí](#)].

¹⁷⁷ *Op. cit.*, "Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad" Art. 6. [disponible [aquí](#)].

¹⁷⁸ *Op. cit.*, Resolución n° 00634, Art. 149 [disponible [aquí](#)].

LGBTI, son, según se informa, objeto de burlas, humillaciones y amenazas de abuso sexual¹⁷⁹.

2. Violencia sexual

En los Estados Unidos, la Ley PREA¹⁸⁰ exige que los organismos gubernamentales presten especial atención a la protección de las personas LGBTI, en particular contra la violación. Al llegar a un lugar de detención y al ser trasladado, se debe evaluar el riesgo de que el detenido sea víctima de abusos o agresiones sexuales¹⁸¹. También se tienen en cuenta las formas de discriminación interseccional. Las autoridades penitenciarias deben determinar si el incidente o la alegación está motivado por la raza, la etnia, la identidad de género o la identificación real o presunta, la condición o la condición presunta de estas personas como personas LGBTI. Sin embargo, según la Oficina de Estadísticas de la Justicia de los Estados Unidos, el 3,5 por ciento de los reclusos varones que se identificaron como heterosexuales han sido agredidos sexualmente por otro recluso; el 34 por ciento de los hombres bisexuales han sido agredidos sexualmente; el 39 por ciento de los hombres homosexuales han sido agredidos sexualmente por otro recluso¹⁸².

Según se informa, en México el personal penitenciario suele maltratar a las personas LGBTI detenidas, incluidos los abusos sexuales¹⁸³.

Sección 2 - Personas indígenas privadas de libertad

Aunque algunos Estados protegen el derecho de los pueblos indígenas a preservar su identidad cultural, los presos indígenas se enfrentan frecuentemente a un proceso de aculturación adentro de las instituciones penales. Por ejemplo, a veces se les prohíbe llevar sus vestidos tradicionales y elementos culturales¹⁸⁴, preparar y comer sus alimentos típicos,

¹⁷⁹ Prison Insider, “Colombia: 285 casos de discriminación a población LGBTI en prisión en 2019”, 6 Julio de 2020 [disponible [aquí](#)]. La Oficina del Defensor del Pueblo supervisó la situación de los derechos humanos antes y después de la resolución n° 6349 de 2016 (esta resolución modificó el reglamento penitenciario para incluir la obligación de respetar los derechos de las personas con orientaciones sexuales e identidades de género diferentes).

¹⁸⁰ *Op. cit.*, “Prisons and Jail Standards, United States Department of Justice Final Rule, National Standards to Prevent, Detect, and Respond to Prison Rape Under the Prison Rape Elimination Act (PREA)”, § 115.31.

¹⁸¹ *Ibidem*, § 115.41.

¹⁸² *Op. cit.*, “Prison Rape: Obama’s Program to Stop It” [disponible [aquí](#)].

¹⁸³ Departamento de Estado de los Estados Unidos, “Country Reports on Human Rights Practices: Mexico”, 2018 [disponible [aquí](#)].

¹⁸⁴ Defensoría Penal Pública de Chile, “Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Documento de Política n° 32, 2015, p. 25 (Chile) [disponible [aquí](#)].

acceder a las plantas medicinales y practicar la medicina tradicional o celebrar sus festividades¹⁸⁵.

La violencia contra los indígenas en estado de detención que se ha detectado es deplorable; a veces son golpeados, discriminados y maltratados¹⁸⁶.

Si bien la conexión de los indígenas con sus comunidades y territorios es esencial, los detenidos indígenas no suelen recibir visitas¹⁸⁷, cartas o llamadas telefónicas, lo que puede afectar a su estado psicológico¹⁸⁸.

Los prisioneros autóctonos se enfrentan a dos tipos de discriminación relacionada con el idioma: la prohibición de comunicarse en su dialecto de origen¹⁸⁹ y el hecho de que no se tenga en cuenta su limitada capacidad para comunicarse y comprender el idioma oficial del sistema¹⁹⁰.

Existen muchos vacíos legales en relación al tratamiento de los miembros encarcelados de los pueblos indígenas. En efecto, el derecho internacional guarda silencio sobre muchas cuestiones, determinando únicamente algunos principios generales y, por lo tanto, no imponiendo ninguna protección específica a estas poblaciones en relación con el tratamiento que debiesen recibir. Igualmente, las legislaciones nacionales relativas a este grupo vulnerable de presos suelen ser deficientes.

I. La identidad cultural

1. Protección general de la identidad cultural de los pueblos indígenas

¹⁸⁵ Santiago Medina Villarreal, “Situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario”, 2015-2016, pp.17-20 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

¹⁸⁶ Programa Universitario México Nación Multicultural-UNAM y la Secretaría de Pueblos y Culturas indígenas del Gobierno del Estado de Chiapas, “Consulta Estatal Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas del Estado de Chiapas “Derechos de los indígenas en reclusión”” (Estados Unidos Mexicanos) [disponible [aquí](#)].

¹⁸⁷ Ligia Jiménez Zamora, “La población indígena privada de libertad en Costa Rica entre los años 2013-2016. Esbozos en un estado pluri cultural y multiétnico”, *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, n° 10, 4 julio 2018, p. 42 (Costa Rica). [disponible [aquí](#)].

¹⁸⁸ *Op. cit.*, “Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, pp .23-24 [disponible [aquí](#)].

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁹⁰ *Op.cit.*, “La población indígena privada de libertad en Costa Rica entre los años 2013-2016. Esbozos en un estado pluri cultural y multiétnico”, p. 41 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)].

A nivel nacional, algunas Constituciones de los Estados adherentes a la Corte IDH contienen disposiciones relativas a la identidad cultural de los pueblos indígenas, que prevén en particular su respeto, su protección y su promoción.¹⁹¹

A nivel internacional, la protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas está garantizada, no solo por disposiciones generales del derecho internacional, sino por los artículos 3 y 4 del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁹², en los que se hace hincapié al respeto de la cultura y el medio ambiente de todos los pueblos.

Así pues, se reconoce que las comunidades indígenas comparten una cultura propia, que debe ser respetada y protegida; ese reconocimiento debiese aplicarse también dentro del sistema penitenciario.

2. Alternativas autóctonas a las penas privativas de libertad en las cárceles ordinarias

A nivel nacional. Las legislaciones nacionales¹⁹³ reconocen las alternativas indígenas como equivalentes a la justicia interna, evitando así las penas de prisión, que pueden conducir al desarraigo cultural de los detenidos indígenas. En efecto, la Corte Constitucional de la República de Colombia consideró en su sentencia n° T921-13¹⁹⁴ que la pena de privación de libertad de los indígenas en las instituciones penitenciarias debía ser excepcional, ya que esta les causa una pérdida cultural. En la misma decisión¹⁹⁵, la Corte colombiana consideró que el encarcelamiento en una institución ordinaria de un miembro de una comunidad indígena sólo se justifica cuando esté solicitado por su propia comunidad, de lo contrario, un condenado de origen indígena no debe ser obligado a cumplir su condena en una prisión ordinaria cada vez que exista una alternativa en su territorio, por el riesgo de provocar su aculturación. Por su

¹⁹¹ Constitución de la Nación Argentina, Ley n° 24.430, 15 diciembre 1994, Art. 75(17) (Argentina) [disponible [aquí](#)]; Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 febrero 2009, Art. 30 (II.2) (Bolivia) [disponible [aquí](#)]; Constitución de la República Del Ecuador, 20 octubre 2008, Art. 57 (Ecuador) [disponible [aquí](#)]; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 febrero 1917, Art. 2(A) (Estados Unidos Mexicanos) [disponible [aquí](#)]; Constitución Política de la República de Nicaragua, 5 enero 1985, Art. 5 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)]; Constitución Política de la República de Panamá, 6 noviembre 2004, Art. 90 (Panamá) [disponible [aquí](#)]; Constitución de la Republica del Paraguay, 20 junio 1992, Art. 63 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

¹⁹² Convención n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, Art. 3 y 4 [disponible [aquí](#)].

¹⁹³ Véase: Constitución Política de Colombia, 13 junio 1991, Art. 246 (Colombia) [disponible [aquí](#)]; Constitución de la República Del Ecuador, 20 octubre 2008, Art. 171 (Ecuador) [disponible [aquí](#)]; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 febrero 1917, Art. 2A (II) (Estados Unidos Mexicanos) [disponible [aquí](#)]; Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia, 7 febrero 2009, Art. 192 (Bolivia). [disponible [aquí](#)]. En las leyes: Código Procesal Penal de Paraguay, Ley n° 1286, 08 julio 1998, Art. 26 y 437 (Paraguay) [disponible [aquí](#)]; Código Procesal Penal De La República De Panamá, Ley n° 63, 28 agosto 2008, Art. 49 (Panamá) [disponible [aquí](#)]; Ley n° 6.001, Dispõe sobre o Estatuto do Índio, 19 de diciembre de 1973, Art. 57 (Brasil). [disponible [aquí](#)].

¹⁹⁴ Corte Constitucional de Republica de Colombia, Sentencia n° T-921/13, 5 diciembre 2013, § 8.3.4.4. (Colombia) [disponible [aquí](#)].

¹⁹⁵ *Ibidem*, § 8.3.4.8.

parte, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, en su sentencia n° 0427/2015-S1, concluyó que “la pena en el derecho indígena es más eficaz que las penas en la justicia ordinaria”¹⁹⁶.

Teniendo en cuenta el desarraigo cultural causado por la pena de prisión, la Corte Constitucional de Colombia declaró en su decisión T642-14¹⁹⁷ que en relación a los miembros de los pueblos indígenas los jueces deben dar preferencia a penas distintas a las privativas de libertad por sus características económicas, sociales y culturales. Una de las principales alternativas a la privación de libertad para los detenidos indígenas es el régimen de semilibertad¹⁹⁸.

A nivel internacional. El Convenio n° 169 de la OIT subraya la importancia de adoptar un enfoque cooperativo con todo el grupo interesado al dictar sentencia a un miembro de ese grupo¹⁹⁹. Esto implica tener en cuenta las especificidades de los pueblos indígenas, incluida la necesidad de establecer sentencias que tengan un menor impacto en esos pueblos, en particular en vista del vínculo especial entre los miembros de una misma comunidad. Además, la posibilidad de imponer con mayor frecuencia penas alternativas permitiría un mayor cumplimiento del DIDH²⁰⁰.

3. Tener en cuenta la diversidad cultural

A nivel nacional. Ciertas disposiciones de las legislaciones nacionales examinadas tienen en cuenta la necesidad de respetar la identidad cultural de los detenidos pertenecientes a comunidades indígenas²⁰¹. El problema del desarraigo cultural es conocido por algunas autoridades nacionales y a veces ya está tomado en cuenta en el manejo de las políticas penitenciarias²⁰²; estas pueden incluir diferentes derechos, a saber, que se trate de permitir que los presos lleven sus trajes tradicionales, celebren sus fiestas, etc.

¹⁹⁶ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional Plurinacional n° 0427/2015-S1, 4 mayo 2015, §III.3 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

¹⁹⁷ Corte Constitucional de Republica de Colombia, Sentencia T-642-14, 4 septiembre 2014, §4 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

¹⁹⁸ Ley n° 6.001, “Dispõe sobre o Estatuto do Índio”, 19 de diciembre de 1973, Art. 56 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

¹⁹⁹ Convención n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, 1989, Art. 6 [disponible [aquí](#)].

²⁰⁰ ONUDC, “Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de Medidas sustitutivas del encarcelamiento”, 2008, p. 4 [disponible [aquí](#)].

²⁰¹ Ley n° 745, “Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal”, 01 diciembre 2010, Art. 3 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)]; “Ley Nacional de Ejecución Penal”, 16 junio 2016, Art. 35 (México) [disponible [aquí](#)].

²⁰² Defensoría Penal Pública de Chile, “Protocolo de atención a mujeres indígenas extranjeras privadas de libertad”, Documento de Política n° 32, 2015, p. 25 (Chile) [disponible [aquí](#)]; Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes, “Reglamento del Sistema de

A nivel internacional. En el caso de *Norín Catrimán*²⁰³, la Corte IDH insiste en que se respeten las particularidades de cada pueblo indígena y que no se les puede privar de esas particularidades, ni siquiera en el caso del encarcelamiento.

II. Violencia y discriminación

En algunos Estados, la ley exige una protección general de la seguridad de los detenidos²⁰⁴. Con el fin de enfrentar a las preocupaciones relacionadas con la seguridad de los detenidos indígenas, algunos Estados están construyendo pabellones especiales en los complejos penitenciarios. Por ejemplo, en Colombia, tanto la ley²⁰⁵ como la jurisprudencia constitucional²⁰⁶ reconocen la posibilidad de encarcelar a los detenidos indígenas en un ala específica. Además, en Paraguay, la necesidad de dotar a las prisiones de un pabellón exclusivo para los indígenas privados de libertad a fin de salvaguardar sus costumbres y su seguridad fue puesta de relieve recientemente por la Dirección de Atención a Grupos Vulnerables, por lo cual la Comisión Asesora Permanente de Pueblos Indígenas de la Cámara de Diputados²⁰⁷ está preparando un proyecto de declaración.

III. El contacto con el mundo exterior

A nivel nacional. La Guía Básica para la Defensa de Imputados Indígenas de Chile²⁰⁸ establece que la autoridad penitenciaria debe tener en cuenta este vínculo a la hora de determinar el lugar de encarcelamiento del recluso indígena. Asimismo, añade que los derechos de visita son elementos fundamentales para la reinserción de los condenados, que les permiten mantener su vínculo con el mundo exterior²⁰⁹. Por ejemplo, la legislación de algunos

Rehabilitación Social”, Resolución n° SNAI-SNAI-2020-0031-R, 30 julio 2020, Art. 159 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

²⁰³ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile* [Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia de 29 de mayo de 2014, §289 [disponible [aquí](#)].

²⁰⁴ “Ley Nacional de Ejecución Penal”, 16 junio 2016, Art. 33 (México) [disponible [aquí](#)].

²⁰⁵ Ley n° 65 “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, Diario Oficial n° 40.999, 20 agosto de 1993, Art. 29 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

²⁰⁶ Corte Constitucional de Republica de Colombia, Sentencia n° T-515-16, 2016, § 5.5.1.1 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

²⁰⁷ Ministerio de Justicia, “Buscan habilitar pabellón exclusivo para indígenas en penitenciarías”, Noticias, 07 junio de 2020 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

²⁰⁸ Defensoría Penal Pública de Chile, “Guía Básica para la Defensa de Imputados Indígenas”, octubre 2018, p.36 (Chile) [disponible [aquí](#)].

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 45.

Estados dispone que los indígenas condenados a una pena privativa de libertad deben ser encarcelados en el complejo penitenciario más cercano a sus hogares²¹⁰.

A nivel internacional. El derecho a la vida familiar durante el encarcelamiento está protegido a nivel internacional²¹¹ y regional²¹². Esta protección es importante porque, en la visión de la Corte IDH, el concepto de familia entre los pueblos indígenas se aplica a todos miembros de una determinada comunidad²¹³.

La Corte IDH también ha afirmado en varios fallos²¹⁴ dictados entre 2012 y 2016 que los Estados deben asegurar que los detenidos de los pueblos indígenas permanezcan en lugares cercanos a su lugar de origen o comunidad para que los miembros de la misma puedan visitarlos.

IV. Dificultades lingüísticas

1. Protección general de las lenguas indígenas

Al nivel nacional, algunas disposiciones constitucionales nacionales reconocen y protegen expresamente los idiomas indígenas, incluso mediante el derecho a la educación multilingüe²¹⁵.

Así pues, los idiomas indígenas son reconocidos por los Estados y son a la vez objeto de protección y promoción. Al garantizar el derecho de las comunidades indígenas a mantener sus idiomas, ese reconocimiento debiese aplicarse también dentro de las instituciones penales.

²¹⁰ “Ley Nacional de Ejecución Penal”, 16 junio 2016, Art. 35 (México) [disponible [aquí](#)]; Lei nº 6.001, “Dispõe sobre o Estatuto do Índio”, 19 diciembre de 1973, Art. 56 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

²¹¹ PIDCP, 16 de diciembre de 1966, Art. 17-1 y 23-1 [disponible [aquí](#)]; DUDH, 1948, Art. 12 [disponible [aquí](#)].

²¹² CADH, Art. 11-2 et 17-2 [disponible [aquí](#)]; CEDH, Art. 12 [disponible: [aquí](#)]; Convención Africana de Derechos Humanos de los, 21 de octubre 1986, Art. 18-1 [disponible [aquí](#)].

²¹³ Corte IDH, Caso *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala* [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], 25 de mayo de 2010, §24 [disponible [aquí](#)].

²¹⁴ Corte IDH, Caso *Masacres de Río Negro Vs. Guatemala* [Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas], Sentencia 4 de septiembre de 2012, §58 y nota al pie 44, [disponible [aquí](#)]; Corte IDH, Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile* [Fondo, Reparaciones y Costas], 29 de mayo de 2014, Sección G.4 [disponible [aquí](#)]; Corte IDH, Caso *Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala* [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas], 30 de noviembre de 2016, Serie C nº 328, §303 [disponible [aquí](#)].

²¹⁵ Constitución de la Nación Argentina, 15 de diciembre de 1994, Art. 75 (Argentina) [disponible [aquí](#)]; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917, Art. 2 (Estados Unidos Mexicanos) [disponible [aquí](#)]; Constitución de la República Del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Art. 2 (Ecuador) [disponible [aquí](#)]; Constitución política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949, Art. 76 (Costa Rica) [disponible [aquí](#)]; Constitución Política de la República de Nicaragua, 5 de enero de 1985, Art. 121 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)]; Constitución Política del Perú, 29 de diciembre de 1993, Art. 48 (Perú) [disponible [aquí](#)].

Al nivel internacional, el único texto específico es el artículo 2 de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas²¹⁶, que insiste en el respeto del derecho a hablar libremente el idioma propio tanto en la esfera privada como en la pública.

2. Acceso a un intérprete y a la traducción de cualquier documento

Al nivel nacional. La cuestión de los idiomas indígenas se tiene en cuenta en los procedimientos penales, para garantizar que el acusado tenga una clara comprensión del proceso de justicia y de los cargos que se le imputan, contemplando también la posibilidad de acceder a un intérprete y a traducciones²¹⁷. Es necesario que estas medidas se extiendan también al ámbito penitenciario, de manera que los reclusos indígenas tengan acceso a documentos traducidos -en particular en lo que respecta a las normas penitenciarias- y a intérpretes -especialmente durante las audiencias disciplinarias, las actividades de reinserción social, etc.

Al nivel internacional. El derecho de acceso a un intérprete está altamente protegido en los procedimientos penales²¹⁸. Sin embargo, la protección de este derecho no tiene eco en el contexto del encarcelamiento. La única delineación de este derecho se encuentra en el Caso *López Álvarez Vs. Honduras*²¹⁹ de la Corte IDH. En esta sentencia, se recuerda que las normas que incumben al personal penitenciario no pueden servir de base para una infracción injustificada del derecho de las personas a expresarse en el idioma de su elección.

Sección 3 - Personas mayores privadas de libertad

Los detenidos mayores son una categoría vulnerable dentro de la población carcelaria. Con el fin de tener en cuenta sus especificidades, se debe ofrecer un tratamiento diferenciado a esta población. Sin embargo, a diferencia de otras categorías específicas analizadas en este *Amicus Curiae*, por lo general las personas mayores no constituyen una categoría jurídica por derecho propio en la que se podrían basar políticas carcelarias determinadas. Aunque las personas

²¹⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución n° 47/135, "Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas", 18 de diciembre de 1992 [disponible [aquí](#)].

²¹⁷ Decreto n° 51-92 del Congreso de la República, "Código Procesal Penal", 14 de diciembre de 1992, Art. 142 y Art. 541 (Guatemala) [disponible [aquí](#)]; "Ley Nacional de Ejecución Penal", 16 de junio de 2016, Art. 27 (I) (F) y Art. 35 (Estados Unidos Mexicanos) [disponible [aquí](#)].

²¹⁸ PIDCP, Art. 14-3-a y 14-3-f. [disponible [aquí](#)].

²¹⁹ Corte IDH, Caso *López Álvarez Vs. Honduras* [Fondo, Reparaciones y Costas], 1 de febrero de 2006, §168 [disponible [aquí](#)].

mayores están protegidas a nivel interamericano²²⁰, es lamentable que no existan normas internacionales que las protejan en el contexto de la detención. Considerando el inevitable envejecimiento progresivo de toda la población carcelaria y de su particular vulnerabilidad, sería conveniente la creación de un instrumento jurídico común que regule la protección de los detenidos de edad avanzada.

I. La reintegración de los mayores en la sociedad

A. A nivel nacional

En el plano nacional, no hay normas específicas que se ocupen de la reinserción de los detenidos de mayor edad. Si bien es posible concebir la sentencia, como lo establece la Ley argentina n° 24.660²²¹, desde el punto de vista de la reinserción, en el caso de las personas mayores -que ya no pueden trabajar- esto sigue siendo legalmente letra muerta.

B. A nivel internacional

Como se señala en un informe de la ONUDD²²², el estrés que se suele vivir en el contexto carcelario tiene un mayor impacto en la salud de los reclusos mayores que en la población penitenciaria en general. Este estrés tiene un impacto también en las posibilidades de reintegración del prisionero más adelante. Así pues, la edad es a veces un obstáculo para la adaptación en la sociedad. Por ejemplo, una persona que sale de la cárcel a los 70 años de edad después de 20 años de detención, probablemente tendrá dificultades para adaptarse a los cambios de su entorno (ya sea en lo que respecta a las mentalidades, la tecnología, etc.). Por consiguiente, es esencial que garantizar buenas condiciones de detención²²³ y de reintegración.

Las Reglas de Mandela²²⁴ pueden ser aplicables en el caso de un preso mayor, ya que es más probable que éste se encuentre en una situación de vulnerabilidad al ser liberado. Esto se debe a las consecuencias de los efectos traumáticos de la prisión que pueden persistir después de la liberación, de ahí la importancia de acompañarlas lo más estrechamente posible durante el proceso de reintegración.

²²⁰ Además de las normas nacionales de los Estados de la región, la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2015) es un importante instrumento jurídico para las personas mayores "libres".

²²¹ Ley n° 24.660, "Ley de ejecución de la pena privativa de la libertad", 8 de julio de 1996, Art. 1 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

²²² ONUDD, "Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delinquentes", 2013, pp. 145-146 [disponible [aquí](#)].

²²³ Ver, por ejemplo, Reglas de Nelson Mandela, Regla 64.

²²⁴ "Reglas Nelson Mandela", 2015 [disponible [aquí](#)].

Estas normas van aún más lejos en esta lógica de apoyo durante la reinserción, ya que la regla n° 108 establece que “*los servicios y organismos, oficiales o no, que ayudan a los reclusos en su libre trabajo para reintegrarse en la sociedad, proporcionarán a los que sean puestos en libertad, en la medida de lo posible, los títulos y documentos de identidad necesarios, alojamiento, trabajo, ropa apropiada y adaptada al clima y a la estación, así como los medios necesarios para que puedan llegar a su destino y subsistir durante el período inmediatamente posterior a su liberación*”.

En este sentido, la responsabilidad de mantener el contacto entre el detenido mayor y su familia es muy importante y recae en el Estado. El caso *López y otros Vs. Argentina* dictado por la Corte IDH²²⁵ reafirma los derechos de una persona privada de libertad y la consiguiente obligación del Estado de asegurar, el mayor contacto posible con su familia, sus representantes y el mundo exterior. Este caso se puede trasladar a los ancianos ya que los individuos de este grupo, intrínsecamente vulnerables, son más propensos al riesgo de aislamiento.

Es interesante poner en perspectiva las Reglas de Tokio²²⁶ que, en el principio 4.1, recuerdan la importancia de la reintegración del recluso en la sociedad con los desafíos que entraña la reintegración de los detenidos de mayor edad. En efecto, se da un énfasis a la reinserción de una persona de edad avanzada, debido a su particular vulnerabilidad.

II. El derecho a la salud condicionado por diversos factores

A. A nivel nacional

El Decreto n° 2.528 emanado por la República de Brasil, establece directrices sobre el cuidado de los ancianos en el marco de la atención primaria. Estos cuidados se limitan sólo a las enfermedades crónicas que les afectan, mientras que se ignoran otros aspectos del envejecimiento. Sin embargo, no existen disposiciones de esa atención primaria en el ámbito penitenciario.

La Ley n° 10.741/03 y la Política Nacional para las Personas de Edad n° 8.842/94 regulan las formas básicas de tratamiento de las personas de edad en general, pero existe un problema de superposición de estas disposiciones sobre la protección de los mayores con las leyes penales,

²²⁵ Corte IDH, *López y otros Vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia), Serie C n° 396, 25 de noviembre de 2019 [disponible [aquí](#)].

²²⁶ ONUDD, “Recopilación de reglas y normas de las Naciones Unidas en la esfera de la prevención del delito y la justicia penal”, 2007, p. 55 [disponible [aquí](#)].

que no están sujetos a un tratamiento diferenciado. Por lo tanto, no regulan la situación del tratamiento de los ancianos detenidos.

En lo que respecta a la infraestructura, la legislación brasileña hace hincapié en la necesidad de una institución especial para las personas mayores de 60 años²²⁷.

Además, la relación que las personas mayores con el trabajo no es la misma que la del resto de la población carcelaria. Estos prisioneros deben ser sometidos a tareas apropiadas a su edad avanzada²²⁸.

Por último, el mantenimiento de los lazos familiares puede considerarse una componente relevante para los ancianos, que son más vulnerables al aislamiento. Si bien la distancia física y emocional entre los prisioneros y sus familias es inevitable y en gran medida exacerba sus condiciones de vulnerabilidad, el Estado debería elaborar políticas penitenciarias que promuevan el encuentro y la comunicación.

Las visitas siguen siendo un medio privilegiado para preservar las relaciones familiares. No obstante, la distancia geográfica entre los centros de detención y los hogares de las familias de los detenidos, así como el costo de los viajes para las personas económicamente desfavorecidas, no siempre permiten realizar visitas frecuentes. A este respecto, una legislación sobre las comunicaciones telefónicas es una respuesta posible, aunque parcial, a esta dificultad. Por ejemplo, el artículo 39 del Reglamento Penitenciario de Chile²²⁹ consagra el derecho del recluso a informar, por teléfono, de su encarcelamiento o traslado, en un plazo máximo de 24 horas. La comunicación puede dirigirse a la familia del recluso o a cualquier otra persona que el recluso haya identificado en el momento de su ingreso en la institución. Además, se garantiza el secreto de las comunicaciones personales. En cuanto a la correspondencia por carta²³⁰, se vigila estrictamente para detectar posibles irregularidades, pero siempre de manera que se garantice el máximo respeto a la intimidad de los detenidos y sus familias.

B. A nivel internacional

²²⁷ Ver, por ejemplo, Lei n° 7.210 “Institui a Lei de Execução Penal”, 11 de julho de 1984, Art. 82§1 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

²²⁸ *Ibidem*, Art. 32, §2 (Brasil).

²²⁹ Ver, por ejemplo, el Decreto n° 518 "Reglamento de establecimientos penitenciarios", §3, Art. 39 (Chile) [disponible [aquí](#)].

²³⁰ *Ibidem*, Art. 41.

La necesidad de proteger a los ancianos se establece en las 100 Reglas de Brasilia de alcance regional²³¹. La jurisprudencia establece ciertos criterios sobre las condiciones de detención. Estas deben cumplir ciertas normas para no ser consideradas inhumanas o indignas y, por lo tanto, incompatibles con el DIDH, teniendo particularmente en cuenta las especificidades de ciertos grupos vulnerables²³².

Este requisito está expresamente previsto en el párrafo 1 del artículo 10 del PIDCP. Para el Comité de Derechos Humanos, privar a un detenido de atención médica es considerado como un trato inhumano bajo la perspectiva del artículo 10§1 del PIDCP²³³. La Resolución n° 43/173²³⁴ aprobada por la AGNU también va en esta dirección.

Los ancianos tienen necesidades médicas especiales debido a su edad. Por consiguiente, la jurisprudencia se concentra en gran medida en garantizar su acceso a la atención médica. Como demostró la Corte IDH en el caso *García Lucero y otras Vs. Chile*²³⁵, ser una persona mayor es *per se* constitutivo de una situación de vulnerabilidad.

El DIDH exige que el Estado garantice que "la salud y el bienestar del recluso estén debidamente protegidos", incluso mediante la prestación de la atención médica necesaria²³⁶. El acceso a los servicios de salud en las prisiones está regulado y debe cumplir con los criterios internacionales²³⁷, incluido el acceso a un médico que hable el idioma del paciente y la confidencialidad, la atención de salud preventiva, la independencia y la competencia profesional²³⁸.

La CADH también prevé ciertos criterios para que las condiciones de detención sean compatibles con el DIDH. Las sentencias de la Corte IDH hacen eco de esta necesidad. Así,

²³¹ XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", 4 a 6 de marzo de 2008, p. 7 [disponible [aquí](#)].

²³² Ver, por ejemplo, Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, §315 [disponible [aquí](#)]; Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, p. 87 [disponible [aquí](#)]; Corte IDH, *Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 25 de noviembre de 2005, Serie C No. 137, §221 [disponible [aquí](#)]; Corte IDH *Raxcacó Reyes Vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133, §95 [disponible [aquí](#)].

²³³ Comité de Derechos Humanos, *Simpson v. Jamaica*, Comunicación n° 695/1996, 31 de octubre de 2001, §7.2.

²³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/43/173 "Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", 9 diciembre de 1988 [disponible [aquí](#)].

²³⁵ Corte IDH, *García Lucero y otras Vs. Chile* (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones), 28 de agosto de 2013, Serie C No. 267, §231 [disponible [aquí](#)].

²³⁶ TEDH, *Aerts c. Bélgica* n° 25357/94, 30 de julio de 1998, §§64 y siguientes [disponible [aquí](#)]; ECtHR, *Mathew v. the Netherlands* n° 24919/03, 29 de septiembre de 2005, §186 [disponible [aquí](#)].

²³⁷ CPT, "3ème rapport général d'activité du CPT", 1993, Partie III, §30 et ss. [disponible [aquí](#)].

²³⁸ *Ibidem*, Parte III, §32.

en el caso *Fleury y otros Vs. Haití*²³⁹, la Corte afirmó que todas las personas privadas de libertad tienen derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad²⁴⁰. En cuanto a la agravación del estado de salud del detenido, cuya probabilidad es mayor en el caso de una persona mayor, la Corte IDH recordó en *Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*²⁴¹, que corresponde al Estado demostrar que se ha hecho todo lo posible por respetar el derecho a la salud del detenido y contrarrestar la agravación de su estado.

La Corte IDH también recuerda en el caso *Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*²⁴² que se debe hacer una separación por categorías entre acusados y condenados y entre menores y adultos, a fin de garantizar que las personas privadas de libertad reciban un tratamiento adecuado a su condición. Esta decisión tiene un impacto significativo en las personas mayores detenidas.

En sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2009²⁴³, la CIDH define la salud como un derecho en su décimo principio. En el Principio XII, la Comisión también proporciona información detallada sobre las condiciones de alojamiento, higiene y vestimenta de los detenidos, incluidas las necesidades especiales de los ancianos.

Si bien la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM) no se pronuncia sobre la pena privativa de libertad o las condiciones de detención, otras medidas que recomienda pueden aplicarse por analogía a la administración penitenciaria. El artículo 6 sobre el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez, el artículo 16 sobre el derecho a la intimidad y el artículo 25 sobre el derecho a un medio ambiente sano son sólo algunos ejemplos.

El TEDH también se ha pronunciado sobre las solicitudes relativas a la edad de los detenidos. En el caso *Papon c. Francia*²⁴⁴, reconoció que el mantenimiento de la detención durante un

²³⁹ Corte IDH, *Caso Fleury y otros Vs. Haití*, Fondo y Reparaciones, 23 de noviembre de 2011, Serie C n°. 236, §83 [disponible [aquí](#)].

²⁴⁰ En este sentido, los Estados no pueden invocar la privación económica como justificación de condiciones de detención que no cumplan las normas internacionales mínimas en esta esfera y no respeten la dignidad humana.

²⁴¹ Corte IDH, *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2015, Serie C n° 30827, p. 67 [disponible [aquí](#)].

²⁴² Corte IDH, *Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de abril de 2012, Serie C n° 241, §67.b [disponible [aquí](#)].

²⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, Resolución n° 1/08, 2009, [disponible [aquí](#)].

²⁴⁴ Cour EDH, *Papon c. France* décision d’irrecevabilité, requête n° 64666/01, 7 juin 2001, p. 9 [disponible [aquí](#)].

período prolongado de una persona de edad avanzada podía plantear un problema en virtud del artículo 3 del CEDH.

De igual modo, dado que el CEDH no hace ninguna referencia específica a las personas mayores privadas de libertad, la jurisprudencia sobre este tema se basa principalmente en la noción de trato inhumano o degradante. Tomando en cuenta que el sufrimiento se considera un corolario de la detención, las condiciones de la prisión deben ajustarse para no aumentar las dificultades inherentes a la privación de libertad²⁴⁵.

Sin embargo, si el encarcelamiento es por su naturaleza una fuente de sufrimiento y humillación, la detención no puede considerarse incompatible con el derecho a la integridad *in toto*. Por lo tanto, la protección de las condiciones de detención no implica una obligación general de los Estados de poner en libertad a un detenido por motivos de salud²⁴⁶.

Para determinar la compatibilidad de las condiciones de detención con el derecho a la salud, el TEDH considera tres elementos: el estado de salud del detenido, la adecuación de la asistencia médica y la compatibilidad de la medida de detención a la luz del estado de salud del interesado. Para el CPT, las situaciones típicas incompatibles con una detención adecuada se refieren a los detenidos cuyo pronóstico es fatal a corto plazo; los que tienen una condición médica que no puede ser tratada durante la detención; los que están gravemente discapacitados o son de edad muy avanzada²⁴⁷.

Además, debe tomarse en cuenta el bienestar del prisionero. Así pues, el TEDH evalúa la calidad de la atención sanitaria prestada a los reclusos que padecen enfermedades graves, a los mayores²⁴⁸ y a las personas que padecen enfermedades mentales graves²⁴⁹, por ejemplo, a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, sobre todo, de la labor del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT).

III. Protección de las personas mayores por el sistema judicial

A. A nivel nacional

²⁴⁵ Ver, por ejemplo, TEDH, *Kudla c. Polonia*, 26 de octubre de 2000, §94 [disponible [aquí](#)]; TEDH, *Aerts c. Bélgica* n°25357/94, 30 de julio de 1998, §§64 y siguientes [disponible [aquí](#)].

²⁴⁶ *Ibidem*, §93.

²⁴⁷ CPT, “3er Informe General”, n°R(98)7, 8 de abril de 1998, Capítulo III sobre los servicios de atención de la salud en las prisiones; Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los aspectos éticos y organizativos de la atención de la salud en las prisiones, §§50-51.

²⁴⁸ Ver, por ejemplo, *Opt. Cit. Cour EDH, Papon c. France*, p. 9 [disponible [aquí](#)].

²⁴⁹ TEDH, *Dybeku s. Albania* n° 41153/06, 18 de diciembre de 2007, §51 [disponible [aquí](#)].

Es notable que, en algunos de los Estados que aceptan la jurisdicción de la Corte IDH, ciertas normas se están moviendo hacia la protección los derechos de las personas mayores en el sistema de justicia. Tal vez una de las ilustraciones más llamativas sea la Comisión de Accesibilidad del Poder Judicial de Costa Rica²⁵⁰. Esta Comisión fue diseñada para visibilizar obstáculos, obtener un acceso efectivo y promover acciones y políticas públicas a favor de las poblaciones vulnerables, especialmente los ancianos. Al mismo tiempo, el Organismo de Investigación Judicial²⁵¹ de Costa Rica ha incorporado en su gestión un sistema de alarmas para la identificación de una persona mayor en prisión.

Estas políticas han facilitado la elaboración de estadísticas sobre los problemas que más afectan a las personas de edad, como se refleja en el expediente titulado “Los derechos de las personas de edad - Materiales de estudio y difusión elaborado por el Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía en colaboración con las Naciones Unidas”²⁵².

En la legislación de la República Dominicana²⁵³ se reconoce la función primordial de la policía en el tratamiento de las personas de mayor edad detenidas. En particular, los agentes de policía deben informar a sus familiares de la detención en un plazo de 24 horas. Además, se subraya la importancia de prestar especial atención a las personas mayores, con el fin de garantizarles unas condiciones mínimas de salud y nutrición durante todo el procedimiento.

En Costa Rica, el Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional prevé un plan para la ejecución penal de personas mayores de 65 años²⁵⁴. Los procesos y procedimientos también deben aplicarse acordemente. Por ejemplo, las condiciones de traslado de los detenidos deben respetar sus vulnerabilidades específicas, como en el caso de las personas de edad²⁵⁵.

En lo que respecta al lugar de encarcelamiento, el reglamento prevé centros especiales para los ancianos²⁵⁶.

Lo mismo ocurre en el Régimen Penitenciario de Guatemala, que prevé la separación de los detenidos ancianos o discapacitados de los demás detenidos²⁵⁷.

²⁵⁰ Comisión de Acceso a la Justicia [disponible [aquí](#)].

²⁵¹ Organismo de Investigación Judicial [disponible [aquí](#)].

²⁵² Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, “Los derechos de las personas mayores, Materiales de estudio y divulgación”, 2011, p. 58 [disponible [aquí](#)].

²⁵³ Ley n° 352-98 sobre Protección de la Persona Envejeciente, Art. 5 (República Dominicana) [disponible [aquí](#)].

²⁵⁴ Reglamento n° 40849-JP, “Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional de Costa Rica”, Art. 40 [disponible [aquí](#)].

²⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Ibidem*, Art. 148.

²⁵⁶ *Ibidem*, Art. 170.

²⁵⁷ Decreto n° 33-2006, “Ley del Régimen Penitenciario de Guatemala”, Art. 54 [disponible [aquí](#)].

A pesar de la existencia de esa legislación, se destacan problemas en su aplicación. Varios factores explican esta dificultad, entre ellos: la falta de presupuesto suficiente, la debilidad de la autoridad institucional o la falta de modelos de intervención²⁵⁸. A fin de colmar las lagunas del derecho positivo, la jurisprudencia internacional complementa la protección de los reclusos ancianos.

B. A nivel internacional

Como recuerda la Corte IDH en su sentencia de *Poblete Vilches*²⁵⁹, las personas mayores deben estar sujetas a una protección especial. En sus Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2009, la CIDH, en el Principio XIX²⁶⁰, indica la necesidad de separar a las personas privadas de libertad según categorías como la edad. Esta separación tiene por objeto reforzar la protección de los detenidos. No obstante, la Comisión consideró oportuno especificar que esas medidas no pueden utilizarse con fines discriminatorios.

IV. La necesaria adaptación de las actividades para los reclusos de edad avanzada

Si el derecho positivo prevé la adaptación de las actividades para las personas de edad en libertad, dicha adaptación podría trasladarse también en el contexto carcelario.

A. A nivel nacional

La Asamblea Legislativa de la República del Salvador estableció en el artículo 108 de su Ley de Centros Penitenciarios que no se podrá obligar a trabajar a las personas mayores de 60 años o a las personas con discapacidad física²⁶¹. Si se les asigna un trabajo, este tiene que ser acorde a su condición física. Se establece lo mismo en la Ley de Cárceles de Nicaragua²⁶².

B. A nivel internacional

Tanto el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores²⁶³ como la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos de las Personas de Edad reconocen el derecho a un “envejecimiento activo y saludable”. Este

²⁵⁸ *Opt. Cit.* “Los derechos de las personas mayores”, p. 15 [disponible [aquí](#)].

²⁵⁹ Corte IDH, *Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, 8 de marzo de 2018, p. 44 [disponible [aquí](#)].

²⁶⁰ “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas de Libertad en las Américas”, 2008 [disponible [aquí](#)].

²⁶¹ Decreto n° 1027, “Ley penitenciaria de la República de El Salvador”, Art. 108 [disponible [aquí](#)].

²⁶² Ley n° 473, “Ley del Régimen penitenciario y ejecución de la pena”, 2003, Art. 78 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)].

²⁶³ Organización Panamericana de la Salud, “Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la salud de las personas mayores” (2009).

concepto en su artículo 2 sería asimilable al “*proceso por el cual se optimizan las oportunidades de bienestar físico, mental y social, de participar en actividades sociales, económicas, culturales, espirituales y cívicas, y de contar con protección, seguridad y atención, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable y la calidad de vida de todos los individuos en la vejez, y permitirles así seguir contribuyendo activamente a sus familias, amigos, comunidades y naciones*”.

La Corte IDH recuerda en su decisión *Mendoza y otros Vs. Argentina*²⁶⁴, que el interés superior del niño siempre debe prevalecer, hasta en la detención. Por consiguiente, las actividades penitenciarias de los detenidos deben concebirse de manera que se garantice su interés superior. Recurriendo a una analogía jurídica, esta lógica podría ser aplicable también a los prisioneros ancianos. Si hay un interés superior del niño, ¿por qué no considerar que la edad avanzada podría dar lugar a un interés superior del detenido?

V. Posible trato diferenciado de las personas de edad en la ejecución de sus sentencias

1. Penas alternativas al encarcelamiento

A nivel nacional. La cuestión de las alternativas al encarcelamiento se refleja en los diversos códigos penales o de procedimiento penal de los Estados Partes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Según los Estados, las penas alternativas no se consideran de la misma manera. Tal es el caso del arresto domiciliario, el cual puede constituir una sentencia en toda regla o simplemente una medida preventiva²⁶⁵.

En Perú, el arresto domiciliario es considerado como una medida preventiva. En particular, releva el artículo 290 del nuevo Código de Procedimiento Penal²⁶⁶, ya que una persona de edad avanzada puede potencialmente caer en 3 hipótesis establecidas para el otorgamiento de dicha medida a saber: una persona mayor de 65 años, una persona con una enfermedad grave o incurable y una persona con una discapacidad física grave y permanente que afecte su capacidad de moverse.

²⁶⁴ Corte IDH, *Mendoza y otros Vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), Serie C No. 260, 14 de mayo de 2013, p. 52 [disponible [aquí](#)].

²⁶⁵ Enterarse, “La detención domiciliaria en Perú: una alternativa a la prisión preventiva”, 20 de septiembre de 2019 (Perú) [disponible [aquí](#)].

²⁶⁶ Decreto Legislativo n° 957, “Nuevo Código procesal penal del Perú”, 2004, Art. 290 [disponible [aquí](#)].

En Chile también se prevé el arresto domiciliario como medida preventiva, según lo dispuesto en el artículo 155 del Código de Procedimiento Penal²⁶⁷. Aún así, se ha detectado una falta de armonización en la concepción del arresto domiciliario en las legislaciones nacionales. Así pues, Brasil concibe esta pena alternativa sólo para las personas mayores de 80 años²⁶⁸.

En Argentina, de las seis hipótesis que el artículo 10 del Código Penal prevé para el caso del arresto domiciliario, cuatro son susceptibles de estar asociadas a una persona mayor. Sin embargo, la edad de 70 años es incompatible con el límite de edad máximo de 65 años a partir del cual una persona se considera anciana, que está establecido por la CIPDHPM. Además, como se señala en el informe de la Comisión de Trabajo del Bloque de Defensores Públicos Oficiales del MERCOSUR (BLODEPM)²⁶⁹, esta disposición del artículo 10 del Código Penal argentino deja a la discreción del juez la consideración de la necesidad del arresto domiciliario en lugar de la prisión, lo que parece ser incompatible con los derechos de los ancianos reconocidos por el CIPDHPM. En efecto, dejar la facultad de arresto domiciliario a la discreción del juez significa no tener en cuenta la vulnerabilidad inherente de las personas mayores detenidas.

La libertad condicional es sin duda la segunda medida alternativa que debe considerarse para los presos mayores. Es lamentable observar que en algunos países no es prevista por el derecho penal como una opción aplicable a los ancianos. La legislación mexicana es un ejemplo de lo anterior, ya que el Código Federal de Procedimientos Penales²⁷⁰ no menciona a la mayor edad como criterio para la concesión de la libertad condicional. De igual manera, en el Ecuador, el artículo 630 del Código Penal Orgánico Integral²⁷¹ no contiene ninguna referencia a las personas mayores en la lista de hipótesis para la libertad condicional. El artículo 64 del Código Penal colombiano²⁷² tampoco hace mención a las personas mayores cuando se refiere a los criterios acumulativos que deben cumplirse para que el otorgamiento de la libertad condicional.

Por otro lado, el Código Penal español ofrece una opción interesante en su artículo 90 sobre la libertad condicional y artículo 91 que hace referencia a la edad de la persona, permitiendo así

²⁶⁷ Ley n° 1969, “Código Procesal Penal del Chile”, 2000, Art. 290, § 6 [disponible [aquí](#)].

²⁶⁸ “Código Penal brasileño”, Art. 318-1 [disponible [aquí](#)].

²⁶⁹ Comisión de Trabajo BLODEPM *Acceso a la Justicia para las personas en condición de vulnerabilidad en la región*, “Informe final, Personas adultas mayores (60 años) alojadas en centros penitenciarios”, mayo de 2020, p. 3 [disponible [aquí](#)].

²⁷⁰ “Código Federal de Procedimiento Penal”, 2009, Art. 418 (México) [disponible [aquí](#)].

²⁷¹ “Código Penal Orgánico Integral”, 2014, Art. 630 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

²⁷² Ley n° 599, “Código Penal”, 2000, Art.64 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

la libertad condicional de una persona mayor de 70 años²⁷³. La aplicación combinada de estos artículos -uno que hace referencia a la libertad condicional en cuanto medida alternativa a la detención, y otro que especifica la edad en la cual esta puede aplicarse- es ejemplificador de un tipo de tratamiento diferenciado que nos parece adecuado.

Asimismo, el artículo 95.81 del Reglamento del Régimen Penitenciario de Nicaragua establece que “las personas privadas de libertad mayores de 70 años o que padezcan enfermedades crónicas o terminales gozarán del régimen de vida familiar, previo examen del médico forense”²⁷⁴. La liberación en estas condiciones es una medida humanitaria en vista de los lazos familiares debilitados por el confinamiento del prisionero.

A veces la sentencia alternativa de una persona mayor está directamente relacionada con su derecho a la salud, lo que se ha podido apreciar especialmente durante la pandemia Covid-19. En este sentido, es destacable una decisión del Tribunal Superior de Justicia del Brasil sobre un detenido de 79 años de edad que padece diversas patologías, en la cual se le concedió el arresto domiciliario con el fin de protegerlo del virus²⁷⁵.

A nivel internacional. La aplicación de sentencias alternativas es determinante para los grupos vulnerables. Si los ancianos conservan su derecho a la integridad personal al ser encarcelados en condiciones dignas²⁷⁶, sería de todos modos preferible que se vieran aplicadas otras formas de castigo. La subcontratación de la atención y el mantenimiento de los presos mayores en instituciones de atención sanitaria especializada puede ser una forma de satisfacer las necesidades de los presos mayores.

2. La reducción de la pena para las personas mayores

A nivel nacional. En la mayoría de las legislaciones penales nacionales se reconoce que la edad avanzada de un preso puede justificar un ajuste de su condena. Ese ajuste también puede convertirse en una reducción de la duración de la sentencia.

Si nos fijamos en la legislación venezolana, se establece un límite de edad de 70 años, “después del cual el condenado será sometido a detención por un período no superior a cuatro años”²⁷⁷. El artículo 470 del Código Procesal Penal²⁷⁸ está en consonancia con ello, al

²⁷³ Ley Orgánica 10/1995, “Código Penal”, 1995, Art. 91 (España) [disponible [aquí](#)].

²⁷⁴ Ley n° 473, “Ley del Régimen penitenciario y ejecución de la pena”, 2003, Art. 95 (Nicaragua).

²⁷⁵ *Recurso en Habeas corpus* n°122966 - CE2020/0013467-7, 2020, p. 4 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)].

²⁷⁶ Corte IDH, *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, §102 [disponible [aquí](#)].

²⁷⁷ “Código Penal”, 2000, Art. 75 (Venezuela) [disponible [aquí](#)].

²⁷⁸ *Ibidem*, Art. 470.

disponer que “las personas mayores de 70 años cumplirán la pena en su lugar de residencia, cuando hayan cumplido efectivamente por lo menos cuatro años de su condena”. El artículo 231 del mismo código completa esta lógica de protección de los ancianos antes de la detención, ya que establece que es imposible ordenar la detención preventiva para personas mayores de 70 años, y recomienda medidas alternativas como la detención en un centro especializado o el arresto domiciliario.

En lo que respecta a la legislación brasileña, el hecho de tener más de 70 años de edad en la fecha de la condena es una circunstancia atenuante²⁷⁹. Además, a partir de esa edad, el juez puede suspender la pena privativa de libertad²⁸⁰.

La legislación paraguaya parece respetar la dignidad del recluso mayor, combinando el derecho a la salud con el ajuste de la sentencia, por lo cual: “cuando una persona condenada a una pena privativa de libertad sea mayor de 70 años, esté gravemente enferma o en fase terminal, o presente cualquier obstáculo físico que le impida cuidarse, el juez de ejecución podrá ordenar el arresto domiciliario”²⁸¹.

A nivel internacional. No existen normas ni jurisprudencia internacionales que regulen la reducción de la pena para los detenidos mayores. La jurisprudencia no ofrece más respuestas sobre la cuestión. Por lo tanto, es necesario, en su defecto, vincular esta cuestión a la dignidad humana como se establece en el caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*²⁸². De esta dignidad humana se desprende el necesario ajuste de la duración de la pena para un condenado, debido a su avanzada edad.

Sección 4 - Mujeres embarazadas, en periodo postnatal o lactantes privadas de libertad

Las repercusiones de la violencia y la discriminación contra la mujer se ven exacerbadas en el entorno carcelario. El embarazo y el período de posparto en particular, las colocan en una situación de vulnerabilidad aún mayor. En efecto, las condiciones de detención de toda la población carcelaria no están adaptadas a las necesidades específicas de estas mujeres reclusas.

²⁷⁹ “Código Penal brasileño”, Art. 65 - I [disponible [aquí](#)].

²⁸⁰ *Ibidem*.

²⁸¹ Ley n° 1.160/97, “Código Penal”, Art. 239 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

²⁸² Corte IDH, *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, §102 [disponible [aquí](#)].

En Perú, la falta de espacios propicios para el embarazo en las cárceles obliga a las reclusas embarazadas a realizar engorrosos trámites burocráticos para obtener la autorización de llevar a cabo el control del embarazo fuera de la cárcel²⁸³. En El Salvador, las reclusas embarazadas son trasladadas a centros penitenciarios con instalaciones adecuadas al final del embarazo. Esto conlleva al distanciamiento geográfico de sus familias, haciendo que las visitas sean inusuales y teniendo en consecuencia un impacto considerable en su estado emocional²⁸⁴. En Paraguay, casi la mitad de las reclusas embarazadas no tienen acceso a la atención prenatal y no se someten a exámenes de ultrasonido durante el embarazo²⁸⁵. Asimismo, en Perú, con excepción de una sola institución, los centros penitenciarios del país no cuentan con personal médico especializado para realizar el seguimiento ginecológico y obstétrico de las reclusas²⁸⁶.

La angustia causada por el aislamiento para la salud de las reclusas embarazadas puede tener también consecuencias perjudiciales o incluso peligrosas para el niño²⁸⁷, afirma el Parlamento Europeo. La ONUDD explica que el encadenamiento durante el trabajo de parto puede causar complicaciones durante el mismo, tales como hemorragias o una disminución del ritmo cardíaco del feto²⁸⁸. En 2016, una reclusa embarazada de ocho meses en Chile fue esposada continuamente durante su traslado a varios hospitales debido a complicaciones relacionadas con el embarazo, antes de que tuviera que dar a luz atada a la cama del hospital²⁸⁹.

El mantenimiento del vínculo madre-hijo durante la detención se complica por varios factores: la distancia entre el lugar de detención y el lugar de residencia del NNA, el costo económico de las visitas, las prácticas vejatorias e intimidatorias durante las visitas (por ejemplo, las requisas y la presencia de guardias armados)²⁹⁰, la dificultad de separación después de las visitas²⁹¹, etc. Este distanciamiento tiene repercusiones psicológicas para las reclusas, quienes sienten dolor, culpa e incluso un sentimiento de sustitución frente a los

²⁸³ Defensoría del Pueblo, “Retos del Sistema Penitenciario Peruano: Un diagnóstico de la realidad carcelaria de las mujeres y varones”, *Resumen ejecutivo – Informe de Adjuntía n° 006-2018-DP/ADHPD*, diciembre de 2018, pp. 33 y 34 (Perú) [disponible [aquí](#)].

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 86.

²⁸⁵ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, “Derecho a la Salud, En ámbitos de intervención del MNP ¿Garantía o vulneración?”, 2017, p. 119 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

²⁸⁶ *Op. cit.* “Retos del Sistema Penitenciario Peruano”, p. 34 [disponible [aquí](#)].

²⁸⁷ Parlamento Europeo, “Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar” n°2007/2116(INI), 13 de marzo de 2008, §20 [disponible [aquí](#)].

²⁸⁸ ONUDD, “Comentario de las Reglas de Bangkok”, 2009 [disponible [aquí](#)].

²⁸⁹ Corte Suprema de Chile, Apelación Amparo n° 92795-2016, 18 de noviembre de 2016, §5-6 [disponible [aquí](#)].

²⁹⁰ Centro de Estudios legales y sociales, “Mujeres en prisión: los alcances del castigo”, 2011, pp.170-171 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

²⁹¹ E. R. Blanco, “Diagnóstico de la Situación de las Mujeres Privadas de Libertad en Panamá, Desde un enfoque de género y derechos”, 2015, p. 94 [disponible [aquí](#)].

adultos que cuidan de sus niños y niñas²⁹². El debilitamiento o incluso la ruptura del vínculo también pueden obstaculizar la reinserción social de las reclusas²⁹³. Sin embargo, a menudo se descuida la preservación de este vínculo. La Corte Constitucional de Colombia, por ejemplo, tuvo que anular una decisión en la que se negaba a trasladar a una madre detenida a un centro de detención cercano al lugar de residencia de su hijo²⁹⁴.

En consecuencia, es necesario adoptar un enfoque diferenciado en el tratamiento de las mujeres embarazadas, en el posparto o en la lactancia a fin de responder a sus necesidades físicas y psicológicas específicas. La AGNU ha especificado además el carácter no discriminatorio de las medidas destinadas exclusivamente a proteger los derechos y la condición especial de la mujer, especialmente de las mujeres embarazadas²⁹⁵. Este es también el caso, por ejemplo, de la legislación guatemalteca²⁹⁶. A continuación, presentaremos el panel de recomendaciones y normas de protección, tanto a nivel nacional como internacional, en relación con la situación de estas mujeres reclusas.

I. Las instalaciones y locales penitenciarios

A. A nivel nacional

Los Estados han abordado la atención a esta categoría de detenidas primeramente a través del tema de instalaciones adecuadas y adaptadas a sus necesidades. En la República Dominicana²⁹⁷, Chile²⁹⁸, Argentina²⁹⁹, Brasil³⁰⁰, Colombia³⁰¹, Guatemala³⁰², Paraguay³⁰³ y El Salvador³⁰⁴ se prevé la presencia en las cárceles de zonas e instalaciones adaptadas a las necesidades específicas de estas reclusas. En Costa Rica, el Estado está obligado a preparar

²⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, Sentencia n° 128-2012, 28 septiembre de 2015, §V.1 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

²⁹³ *Ibidem*, §V.5.

²⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-844/09, §3.3 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

²⁹⁵ AGNU, Resolución A/RES/43/173 “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, 9 de diciembre de 1988, Principio 5(2) [disponible [aquí](#)].

²⁹⁶ Decreto n° 33-2006, “Ley del Régimen penitenciario”, Art. 6 (Guatemala) [disponible [aquí](#)].

²⁹⁷ Ley n° 224 “sobre Régimen Penitenciario”, G.O. 9640, Art. 84 (República Dominicana) [disponible [aquí](#)].

²⁹⁸ Decreto n° 518 aprueba “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, 22 de mayo de 1998, Art. 19 (Chile) [disponible [aquí](#)].

²⁹⁹ Ley n° 24.660 de “Ejecución de la pena privativa de la libertad”, 19 Junio de 1996, Art. 192 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

³⁰⁰ Lei n° 7.210 “Institui a Lei de Execução Penal”, 11 de julio de 1984, Art. 88 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

³⁰¹ Ley n° 1709, “Ley Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley n° 65 de 1993, de la Ley n° 599 de 2000, de la Ley n° 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, 20 enero de 2014, Art. 18 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

³⁰² Decreto n° 33-2006, “Ley del Régimen Penitenciario”, Art. 52 (Guatemala) [disponible [aquí](#)].

³⁰³ Ley Penitenciaria n° 210/70, Art. 94 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

³⁰⁴ Decreto Ejecutivo n° 95, “Reglamento general de la ley penitenciaria”, 16 de noviembre de 2000, Art. 157 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

unidades materno infantil con duchas, instalaciones sanitarias, un área exterior reservada y una celda por cada reclusa³⁰⁵. La ley brasileña establece que los centros penitenciarios también deben tener una guardería, en la que las reclusas puedan amamantar³⁰⁶.

En Panamá, estas unidades para mujeres embarazadas y en período de posparto deben acoger a las mujeres con más de seis meses de embarazo y a las que están en los primeros seis meses de posparto³⁰⁷. Las reclusas que hayan dado a luz en un centro que no cuente con una unidad de este tipo, deben ser trasladadas con su recién nacido a una institución en la que exista dicha unidad³⁰⁸.

Las legislaciones ecuatoriana³⁰⁹ y nicaragüense³¹⁰ disponen la construcción y renovación de unidades y centros de detención dedicados a la reclusión y atención de esta categoría de reclusas.

Honduras prohíbe la detención de mujeres embarazadas y mujeres con niños y niñas en instalaciones que no estén adaptadas a su condición³¹¹.

B. A nivel internacional

1. El lugar de vida diaria

El CPT recomendó a los Estados miembros que adoptaran las medidas necesarias para garantizar que cada reclusa perteneciente a esta categoría vulnerable tuviera su propia celda³¹².

Al mismo tiempo, el Parlamento Europeo recomienda que las reclusas en cuestión dispusieran de "una celda más grande [que las demás reclusas], si es posible en celdas individuales"³¹³.

2. Instalaciones especializadas para las mujeres embarazadas, en postparto o lactantes

³⁰⁵ Sala Constitucional, *Marlene de la Cruz Herrera Guadamuz Vs. Centro de atención institucional Vilma Curling Rivera*, Resolución n° 25265-2019, 18 de diciembre de 2019, §V (Costa Rica) [disponible [aquí](#)].

³⁰⁶ Ley n° 7.210 "que establece la Ley de Ejecución Penal", 11 de julio de 1984, Art. 88 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

³⁰⁷ *Ibidem*, Art. 301.

³⁰⁸ *Ibidem*, Art. 61(6).

³⁰⁹ Resolución n° SNAI-SNAI-2020-0031-R, "Reglamento del sistema Nacional de rehabilitación social", 30 de julio de 2020, Art. 31 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

³¹⁰ Ley n° 473 "del Régimen penitenciario y ejecución de la pena", 21 noviembre de 2003, Art. 139 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)].

³¹¹ Acuerdo ejecutivo n° 322-2014, "Reglamento general de la ley del sistema penitenciario nacional", 12 de marzo de 2015, Art. 43 (Honduras) [disponible [aquí](#)].

³¹² "Reporte de la visita del CPT a los centros penitenciarios españoles en abril de 1994", CPT/Inf (96) 9 [Part 2], Sección 30/55, 15 de diciembre de 1994, §135.

³¹³ *Op. Cit.*, "Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar", §14 [disponible [aquí](#)].

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) hace especial hincapié en la necesidad de que los centros penitenciarios cuenten con instalaciones específicas para estas reclusas vulnerables³¹⁴, incluida una guardería con personal calificado³¹⁵.

A este respecto, las Reglas de Bangkok de la AGNU contienen disposiciones similares a las del ACNUDH³¹⁶. Estas instalaciones deben permitir a la madre recuperarse del parto y seguir participando en las actividades del establecimiento penitenciario.

II. Las condiciones generales de vida

A. A nivel nacional

En Bolivia, las personas privadas de libertad pueden tener acceso a una dieta específica por prescripción médica³¹⁷. Si bien no está dirigida explícitamente a las mujeres de la categoría aquí analizada, esta disposición puede interpretarse de manera que les permita beneficiarse de una dieta adaptada. En Ecuador³¹⁸ y Colombia³¹⁹, las reclusas embarazadas, en período de posparto y de lactancia reciben una dieta específica.

La Corte Constitucional colombiana ha afirmado que deben garantizarse las condiciones sanitarias adecuadas para mantener la higiene y la salud de las mujeres embarazadas y lactantes³²⁰. La Corte insistió en que estas mujeres deben tener acceso al agua³²¹. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador también afirmó la obligación de las autoridades penitenciarias de garantizar que estas mujeres tengan acceso a una cantidad suficiente de agua³²².

³¹⁴ ACNUDH, “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, 1955, §23(1) [disponible [aquí](#)].

³¹⁵ *Ibidem*, §23(2).

³¹⁶ AGNU, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)”, Resolución n°65/229, 21 de diciembre de 2010, Regla 42(2) [disponible [aquí](#)].

³¹⁷ Ley n° 2298 “Ley de ejecución penal y supervisión”, 20 de diciembre de 2001, Art. 27 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

³¹⁸ Resolución n° SNAI-SNAI-2020-0031-R, “Reglamento del sistema nacional de rehabilitación social”, 30 de julio de 2020, Art. 51 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

³¹⁹ Decreto n° 2553 “Por el cual se reglamentan los artículos 26 y 153 de la Ley n° 65 de 1993, modificados por los artículos 18 y 88 de la Ley n° 1709 de 2014”, 12 de diciembre de 2014, Art. 6 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

³²⁰ Corte Constitucional, *L. A. Burbano Castillo y D. G. López Narváez Vs. Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Unidad de Servicios penitenciarios y carcelarios y el establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Buga*, Sentencia 267/18, 10 de julio de 2018, §35 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

³²¹ *Ibidem*, §35.

³²² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia n° 162-2014, 18 septiembre de 2015, §VI, p.14 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

La Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina recomendó que se garantizara a esta categoría de reclusas el acceso a los artículos de higiene necesarios para ellas y sus recién nacidos³²³.

B. A nivel internacional

Las Reglas de Bangkok recomiendan que se dé prioridad al suministro de agua a las mujeres embarazadas y lactantes³²⁴. Lo mismo se aplica al suministro de alimentos adecuados y provistos de manera oportuna³²⁵. El CPT considera que esta dieta debe ser alta en proteínas, rica en frutas y verduras frescas³²⁶. Además, la CPT recomienda que las mujeres lactantes reciban un complemento alimenticio³²⁷.

Por otro lado, las mujeres embarazadas también deben poder hacer ejercicio regularmente³²⁸ de acuerdo con las Reglas de Bangkok. El Parlamento Europeo lo confirma, añadiendo la necesidad de aire fresco³²⁹.

Cabe señalar que las mujeres que salen del parto, pero cuyo hijo ha sido retirado de su cuidado y que, por lo tanto, no están amamantando, deben beneficiarse de las mismas garantías en virtud de las Reglas de Bangkok³³⁰.

El Parlamento Europeo también recuerda la necesidad de prestar aún más atención a las mujeres embarazadas que a otros detenidos, especialmente en materia de alimentación e higiene³³¹.

Asimismo, en el *Caso del Penal Miguel Castro-Castro*, la Corte IDH considera que la violación del derecho a la dignidad personal³³² que sufrieron los detenidos en este centro de detención fue aún más grave para las mujeres embarazadas presentes entre estos detenidos³³³. La Corte concluyó, que la falta de atención del Estado peruano a las necesidades específicas

³²³ Procuración Penitenciaria de la Nación, “Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de libertad”, 2019, p. 103 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

³²⁴ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 5 [disponible [aquí](#)].

³²⁵ *Ibidem*, Regla 48(1).

³²⁶ CPT, “10ème rapport général d’activité du CPT” n° CPT/Inf(2000)13, 18 de agosto de 2000, §26 [disponible [aquí](#)].

³²⁷ CPT, “Rapport de visite du CPT dans les pénitenciers roumains en 2014” n° CPT/Inf (2015) 31, Section: 22/34, 24/11/2014, §99 [disponible [aquí](#)].

³²⁸ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 48(1) [disponible [aquí](#)].

³²⁹ *Op. Cit.*, “Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar”, Considerando D [disponible [aquí](#)].

³³⁰ *Op. Cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 48(3) [disponible [aquí](#)].

³³¹ *Ibidem*, §14 [disponible [aquí](#)].

³³² CADH, Art. 5 [disponible [aquí](#)].

³³³ Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro-Castro Vs. Perú*, 2006, §300 [disponible [aquí](#)].

de las reclusas embarazadas de este establecimiento penitenciario “implicaba una violación adicional de su derecho a un trato humano”³³⁴.

Según la Asociación para la Prevención de la Tortura, las reclusas embarazadas también deben tener acceso a ropa adaptada a su condición³³⁵.

III. Seguimiento médico y psicológico durante el embarazo y el periodo posparto

A. A nivel nacional

1. El seguimiento médico y psicológico durante y después del embarazo

La Corte Suprema de los Estados Unidos reconoce el derecho de los reclusos, incluidas las mujeres embarazadas, a recibir atención médica y considera que la indiferencia deliberada del personal penitenciario constituye una violación de ese derecho³³⁶. Esta jurisprudencia se ha aplicado en otros casos interesantes de reclusas embarazadas, en los que se ha afirmado que la pérdida de líquido amniótico es una condición médica grave y que la inacción del personal ante la información sobre la situación constituye una indiferencia deliberada³³⁷.

En Honduras, existe un programa de control del embarazo y el posparto: el programa de control Madre-Niño³³⁸. Las pruebas mensuales y los ultrasonidos deben realizarse en el hospital³³⁹. El programa se encarga de organizar el traslado de la reclusa al hospital a medida que se acerca la fecha límite. La madre y el niño son seguidos a su regreso al establecimiento penitenciario³⁴⁰.

En Panamá, la ley garantiza el derecho de las reclusas a la atención ginecológica y obstétrica y al seguimiento pediátrico después del parto³⁴¹. La autoridad sanitaria pública del Ecuador garantiza el acceso a una atención adecuada a las mujeres embarazadas, en período de

³³⁴ *Ibidem*, §§331-332.

³³⁵ Asociación para la Prevención de la Tortura, “Condiciones materiales de detención: prendas de vestir y ropa de cama” [disponible [aquí](#)].

³³⁶ Supreme Court of the United States, *W.J. Estelle v. J.W. Gamble*, n° 75-929, 429 US 1066, 97 S.Ct. 798, 30 de noviembre de 1976 § [8], p. 7 (Estados Unidos) [disponible [aquí](#)].

³³⁷ United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, *Goebert v. Lee County*, 510 F.3d 1312, 21 de diciembre de 2007, §III.1329 (Estados Unidos) [disponible [aquí](#)].

³³⁸ Acuerdo ejecutivo n° 322-2014, “Reglamento general de la ley del sistema penitenciario nacional”, Art. 144 (Honduras) [disponible [aquí](#)].

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ Ley n° 55 “que reorganiza el sistema penitenciario”, 30 de julio de 2003, Art. 68(6) (Panamá) [disponible [aquí](#)].

posparto y lactantes, adaptando los servicios al contexto de la detención³⁴². En los Estados Unidos, los directores de las prisiones se aseguran de que las reclusas embarazadas sean atendidas y reciban la atención médica adecuada³⁴³.

En Guatemala, si el centro penitenciario no cuenta con el personal, las instalaciones y los equipos necesarios para prestar una atención médica adecuada, las reclusas deben poder recibirla en una institución especializada³⁴⁴. La legislación mexicana contiene disposiciones similares³⁴⁵.

La legislación de El Salvador también prevé la atención ginecológica y pediátrica de las reclusas embarazadas³⁴⁶. Aquellas que lo deseen, pueden consultar a un médico privado a su cargo y con el asesoramiento médico del servicio penitenciario³⁴⁷.

La Procuración Penitenciaria de la Nación de Argentina recomienda el establecimiento de guardias obstétricas y ginecológicas las 24 horas del día en las prisiones. Pide que se faciliten los procedimientos necesarios para el traslado de las reclusas a los centros de salud y que se organicen cursos de preparación para el parto³⁴⁸.

El Reglamento penitenciario federal brasileño prevé el establecimiento de programas psicológicos y psiquiátricos e indica que las mujeres embarazadas se encuentran entre los beneficiarios prioritarios³⁴⁹.

Adicionalmente, Argentina³⁵⁰, Colombia³⁵¹, Panamá³⁵², Paraguay³⁵³, Uruguay³⁵⁴ y El Salvador³⁵⁵, disponen de una exención laboral para las reclusas embarazadas y en período de posparto.

³⁴² Resolución n° SNAI-SNAI-2020-0031-R, “Reglamento del sistema Nacional de rehabilitación social”, 30 de julio de 2020, Art. 67 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

³⁴³ Bureau of prisons, “Code of Federal Regulation, Title 28 – Judicial Administration”, §51.22 (Estados Unidos) [disponible [aquí](#)].

³⁴⁴ “Reglamento de la ley del régimen penitenciario n°195-2017”, Art. 12 (Guatemala) [disponible [aquí](#)].

³⁴⁵ “Ley Nacional de Ejecución Penal”, 16 de junio 2016, Art. 36 (México) [disponible [aquí](#)].

³⁴⁶ Decreto Ejecutivo n° 95 “por el que se dicta el Reglamento general de la ley penitenciaria”, 16 de noviembre de 2000, Art. 118 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

³⁴⁷ *Ibidem*, Art. 164.

³⁴⁸ Procuración Penitenciaria de la Nación, “Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad”, 2019, pp.102-103 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

³⁴⁹ Decreto n° 6.049 “Aprova o Regulamento Penitenciario Federal”, 27 de febrero de 2007, Art. 104 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

³⁵⁰ Ley n° 14660 “Ejecución de la pena privativa de la libertad”, Art. 193 (Argentina) [disponible [aquí](#)]. La exención de trabajo tiene una duración de 45 días antes y después del parto.

³⁵¹ Ley n° 65 “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, 1993, Art. 83 (Colombia) [disponible [aquí](#)]. La exención de trabajo dura un periodo de tres meses antes y después del parto. Las reclusas pueden renunciar a esta exención si lo desean y si cuentan con una opinión médica favorable.

³⁵² Ley n° 55 “que reorganiza el sistema penitenciario”, 30 de julio de 2003, Art. 68(7) (Panamá) [disponible [aquí](#)]. El periodo de exención de trabajo inicia 45 días antes del parto y continúa por 6 meses luego de éste.

2. Medidas relativas al desarrollo del parto

Los Estados Unidos³⁵⁶, El Salvador³⁵⁷, Nicaragua³⁵⁸, Paraguay³⁵⁹ y la República Dominicana³⁶⁰ disponen que los servicios penitenciarios deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el parto tenga lugar en un establecimiento sanitario especializado.

La legislación hondureña también establece esta exigencia. La misma estipula que si el parto tiene lugar en la prisión, debe ser en un espacio apropiado y bajo la supervisión de personal médico. El bebé y su madre deben ser trasladados al hospital inmediatamente después³⁶¹.

En Argentina, las mujeres que desean dar a luz en un hospital privado pueden hacerlo por cuenta propia³⁶². La Procuración Penitenciaria de la Nación recomienda que se establezcan directrices para respetar la privacidad de las reclusas durante el trabajo de parto, el parto y el período de posparto³⁶³. La Procuración Penitenciaria de la Nación pide también que se informe a las reclusas de su derecho a presentar un plan de nacimiento a la institución en la que se va a producir el parto³⁶⁴.

B. A nivel internacional

1. Seguimiento médico durante y después del embarazo y al momento del parto

La regla 6 c) de Bangkok reitera la necesidad de examinar a las reclusas por embarazo o parto reciente al momento de su examen médico, ya que estas condiciones requieren atención y vigilancia especiales³⁶⁵. La ONUDD considera que esta disposición es fundamental, ya que las reclusas precisan una atención adecuada, incluido el asesoramiento psicológico en el

³⁵³ Ley penitenciaria n° 210/70, Art. 95 (Paraguay) [disponible [aquí](#)]. La exención de trabajo tiene una duración de 45 días antes y después del parto.

³⁵⁴ Decreto Ley n° 14470 “Normas sobre reclusión carcelaria y personal penitenciario”, 2 de diciembre de 1975, Art. 27 (Uruguay) [disponible [aquí](#)]. La exención de trabajo tiene una duración de 45 días antes y después del parto. Se encuentra condicionada a una opinión médica favorable.

³⁵⁵ Decreto n° 1027, “Ley Penitenciaria”, Art. 107 (El Salvador) [disponible [aquí](#)]. Las mujeres en su último mes de embarazo y las que dieron a luz hace menos de dos meses están cubiertas por esta exención por consejo médico.

³⁵⁶ Bureau of prisons, “Code of Federal Regulation, Title 28 – Judicial Administration”, §551.22 (Estados Unidos). [disponible [aquí](#)].

³⁵⁷ Decreto n° 1027, Art. 70 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

³⁵⁸ Ley n° 473, “Ley del Régimen Penitenciario y Ejecución de la Pena”, 21 de noviembre de 2003, Art. 33 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)].

³⁵⁹ Ley Penitenciaria n° 210/70, Art. 94 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

³⁶⁰ Ley n° 224 “sobre el Régimen Penitenciario”, G.O. 9640, Art. 84 (República Dominicana) [disponible [aquí](#)].

³⁶¹ Acuerdo ejecutivo n° 322-2014, “Reglamento general de la ley del sistema penitenciario nacional”, Art. 42 (Honduras) [disponible [aquí](#)].

³⁶² *Ibidem*, Art. 117.

³⁶³ *Op. cit.*, “Parí como una condenada.”, p. 103 [disponible [aquí](#)].

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 104.

³⁶⁵ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 6(c) [disponible [aquí](#)].

período posterior al parto³⁶⁶. En cuanto a la Regla 15, esta recomienda un tratamiento a la dependencia de estupefacientes especialmente adaptado al embarazo y a la lactancia, cuando sea el caso³⁶⁷. La práctica del ACNUDH es coherente con esta idea³⁶⁸ y el CPT añade que el seguimiento debe realizarse dentro de la propia prisión y ser “equivalente a la atención disponible en libertad”³⁶⁹. La Corte IDH, en la sentencia del *Penal Miguel Castro-Castro*, también menciona que el Estado es culpable de trato inhumano y degradante al no proporcionar atención médica adecuada a las mujeres en situación postnatal³⁷⁰.

El Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas recomienda que se tomen medidas sistemáticas para garantizar que “las reclusas puedan dar a luz fuera de la cárcel”. El CPT también se está moviendo en esta dirección³⁷¹. Asimismo, esta posición ha sido confirmada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa³⁷².

2. Seguimiento médico durante y después del embarazo

En la regla número 13 de Bangkok, se pide que el personal penitenciario sea consciente de la situación de estas reclusas particularmente vulnerables, para que puedan recibir el mejor apoyo posible³⁷³. La ONUDD interpreta que esta recomendación incluye especialmente a las reclusas postnatales, que son particularmente propensas a la angustia mental y la depresión³⁷⁴. La ONUDD recomienda que esas mujeres sean remitidas a organismos especializados que trabajen fuera del ámbito penitenciario³⁷⁵.

Además, el CPT consideró que separar al niño o niña de la madre tan pronto como terminara el parto constituía un trato inhumano y degradante³⁷⁶, ya que su situación psicológica podía sufrir de una separación prematura. A continuación, pidió a los Estados miembros que ofrecieran a las madres la posibilidad de ser alojadas con sus hijos en las primeras etapas de

³⁶⁶ ONUDD, “Comentario de las Reglas de Bangkok”, 2009 [disponible [aquí](#)].

³⁶⁷ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 15 [disponible [aquí](#)].

³⁶⁸ *Op. cit.*, “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, §23(1) [disponible [aquí](#)].

³⁶⁹ CPT, Fiche thématique n° CPT/Inf(2018)5, « Les femmes en prison », enero 2018, §4(5) [disponible [aquí](#)].

³⁷⁰ *Op. cit.*, *Penal Miguel Castro-Castro Vs. Perú*, §332 [disponible [aquí](#)].

³⁷¹ *Opt. Cit.*, “10ème rapport général d’activité du CPT”, §27 [disponible [aquí](#)].

³⁷² Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución 1663 “Les femmes en prison”, 2009, §10(4) [disponible [aquí](#)].

³⁷³ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 13 [disponible [aquí](#)].

³⁷⁴ ONUDD, “Comentario de las Reglas de Bangkok”, 2009 [disponible [aquí](#)].

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ Rapport de visite du CPT dans les pénitenciers luxembourgeois en 1993, §44 [disponible [aquí](#)]; Rapport de visite du CPT dans les pénitenciers tchèques en 2014, §82. [disponible [aquí](#)].

su vida³⁷⁷. El Parlamento Europeo también pidió a los Estados miembros y a la Comisión Europea que encuentren soluciones a estas separaciones prematuras³⁷⁸.

3. La implementación de programas de acompañamiento

Las Reglas de Bangkok recomiendan que las mujeres embarazadas y en período de lactancia reciban asesoramiento sanitario y dietético de un profesional de la salud calificado³⁷⁹ y reiteran los esfuerzos esperados del personal penitenciario para ofrecer programas adecuados³⁸⁰.

El Parlamento Europeo confirma esta tendencia, en particular mediante su demanda de cursos de educación parental de calidad equivalente a los que se imparten fuera del ámbito penitenciario³⁸¹.

IV. Medidas de seguridad y sanciones disciplinarias

A. A nivel nacional

1. Medidas de seguridad adaptadas a la situación de las mujeres embarazadas y en periodo de posparto

En Ecuador, no se deben aplicar medidas coercitivas de seguridad a las reclusas embarazadas y en período de posparto si están con su hijo o hija³⁸². También se prohíben las medidas de coerción durante e inmediatamente después del parto³⁸³. En Argentina, las mujeres presas no pueden ser esposadas en presencia de su hijo o hija³⁸⁴. El personal penitenciario brasileño también debe evitar esposar a las reclusas embarazadas y en período de posparto³⁸⁵. Además, los traslados de reclusas embarazadas y en período de posparto no deben realizarse en furgonetas celulares sino en un vehículo apropiado³⁸⁶.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ *Op. cit.*, “Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar” 13 de marzo de 2008, §15 [disponible [aquí](#)].

³⁷⁹ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 48 [disponible [aquí](#)].

³⁸⁰ *Ibidem*, Regla 42(3).

³⁸¹ *Op. cit.*, “Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar”, §15 [disponible [aquí](#)].

³⁸² Resolución n° SNAI-SNAI-2020-0031-R, “Reglamento del sistema nacional de rehabilitación social”, 30 julio 2020, Art. 66 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

³⁸³ *Ibidem*, Art. 69.

³⁸⁴ Decreto n° 303/96, “Reglamento general de procesados”, 1996, Art. 122 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

³⁸⁵ Nota Técnica n° 17/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, §38, p. 9 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

³⁸⁶ *Ibidem*.

En Chile, las medidas de seguridad aplicadas durante el traslado de reclusas embarazadas deben cumplir estrictamente las Reglas de Bangkok 47, 48 y 49³⁸⁷. Las reclusas embarazadas deben ser supervisadas por personal femenino durante los traslados y las estancias en el hospital³⁸⁸. Los protocolos de transferencia deben ajustarse a las normas internacionales³⁸⁹.

2. La limitación de las sanciones disciplinarias

En Paraguay, la Ley de Cárceles establece que no se podrán ejecutar sanciones que, según un dictamen médico, pudieran afectar la salud de NNA que está por nacer o que está siendo amamantado³⁹⁰. En Uruguay³⁹¹ y El Salvador³⁹² tampoco se pueden ejecutar sanciones que puedan tener un impacto sobre la salud de la madre.

La reclusión en régimen de aislamiento de las mujeres embarazadas y lactantes está prohibida en México³⁹³, Bolivia³⁹⁴, Brasil³⁹⁵, Chile³⁹⁶, y Nicaragua³⁹⁷. Asimismo, la legislación nicaragüense prohíbe el traslado de mujeres embarazadas y lactantes a unidades de máxima seguridad³⁹⁸.

A. A nivel internacional

1. La prohibición de la coerción física durante el parto

La Regla 24 de Bangkok prohíbe la coerción física "durante el trabajo de parto, el parto o inmediatamente después del parto"³⁹⁹. La práctica del CPT va igualmente en el mismo sentido, ya que éste ha considerado que dichas prácticas constituyen tratos inhumanos y degradantes y ha exhortado activamente a los Estados miembros a que velen por la completa

³⁸⁷ Corte Suprema de Chile, Apelación Amparo n° 92795-2016, 18/11/2016, §17.1, p. 17-18 [disponible [aquí](#)].

³⁸⁸ *Ibidem*, §17.2, p. 18.

³⁸⁹ *Ibidem*, §17.3, p. 18.

³⁹⁰ "Ley penitenciaria" n° 210/70, Art. 96 (Paraguay) [disponible [aquí](#)].

³⁹¹ Decreto Ley n° 14470 "Normas sobre reclusión carcelaria y personal penitenciario", 2 de diciembre de 1975, Art. 28 (Uruguay) [disponible [aquí](#)].

³⁹² "Reglamento general de la ley penitenciaria" n° 95, 16 de noviembre de 2000, Art. 386 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

³⁹³ "Ley Nacional de Ejecución Penal", 16 de junio de 2016, Art. 36 (México) [disponible [aquí](#)].

³⁹⁴ "Ley de Ejecución penal y supervisión" n° 2298, 20 de diciembre de 2001, Art. 134 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

³⁹⁵ Nota Técnica n° 17/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, §38, p.9 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

³⁹⁶ Decreto n° 518 "Reglamento de Establecimientos Penitenciarios", Art. 86(3) (Chile) [disponible [aquí](#)].

³⁹⁷ "Ley del Régimen penitenciario y Ejecución de la pena" n° 473, 21 noviembre 2003, Art. 107 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)].

³⁹⁸ *Ibidem*, Art. 108. Esta prohibición se extiende hasta doce meses después del parto.

³⁹⁹ *Op. cit.* Reglas de Bangkok, Regla 24 [disponible [aquí](#)].

erradicación de estas prácticas, en el caso concreto de las mujeres durante el trabajo de parto y el parto⁴⁰⁰.

2. La prohibición del aislamiento disciplinario

El Parlamento Europeo recomienda que las sentencias de privación de libertad para mujeres embarazadas, que sólo deberían dictarse cuando sean realmente necesarias, no vayan acompañadas de medidas adicionales de aislamiento dentro del propio centro penitenciario⁴⁰¹. Esta práctica de aislamiento, según el Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas, debe ser totalmente excluida para las reclusas de la categoría que nos ocupa⁴⁰². La Regla 22 de Bangkok confirma esta tendencia⁴⁰³, al igual que las recomendaciones del CPT a los Estados miembros de la UE⁴⁰⁴.

V. La atenuación de la pena

A. A nivel nacional

En Costa Rica, las mujeres que llegan a término y las madres de NNA menores de tres años no deben ser detenidas antes del juicio si ello pone en peligro la vida y la salud de la madre, el niño o el feto⁴⁰⁵. En Nicaragua, se dispone el arresto domiciliario de las reclusas en prisión preventiva que estén embarazadas de más de seis meses⁴⁰⁶. La ley peruana también exige el arresto domiciliario para las mujeres embarazadas en prisión preventiva⁴⁰⁷.

En Bolivia, las mujeres embarazadas y lactantes son mantenidas en prisión preventiva sólo cuando no es posible aplicar una medida alternativa⁴⁰⁸. Este principio fue reiterado por el juez

⁴⁰⁰ CPT, “Rapport au gouvernement de la République française relatif à la visite effectuée par le CPT en France du 27 octobre au 8 novembre 1991”, n° CPT/Inf (93) 2 [Partie 1], 22 juin 1992, §90 [disponible [aquí](#)].

⁴⁰¹ *Op. cit.*, “Resolución sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar”, §20 [disponible [aquí](#)].

⁴⁰² Comité des Ministres, “Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur les Règles pénitentiaires européennes”, n°Rec(2006)2-rev (versión enmendada el 1 de julio de 2020), 2006, §60(6.a) [disponible [aquí](#)].

⁴⁰³ *Op. cit.*, “Reglas de Bangkok”, Regla 22 [disponible [aquí](#)].

⁴⁰⁴ *Op. cit.*, “Rapport de visite du CPT dans les pénitenciers tchèques en 2014”, §82. [disponible [aquí](#)].

⁴⁰⁵ Meza-Lopehandía, Truffello et Weidenslaufer, “Mujeres embarazadas y madres de infantes privadas de libertad”, *Comisión de Derechos Humanos Nacionalidad y Ciudadanía del Senado*, 2019, p. 10 [disponible [aquí](#)].

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ “Código Procesal Penal”, Art. 290(1) (Perú) [disponible [aquí](#)].

⁴⁰⁸ “Código de Procedimiento Penal de Bolivia”, Art. 232 [disponible [aquí](#)].

constitucional, quien precisó que esto se aplica independientemente de la fecha y el lugar del comienzo del embarazo⁴⁰⁹.

La prohibición absoluta de la detención preventiva de mujeres embarazadas prevista en el Código Procesal Penal⁴¹⁰ ha sido confirmada por la Corte Suprema de Honduras⁴¹¹. La detención preventiva debe ser sustituida por el arresto domiciliario o la colocación en un centro médico⁴¹².

En Brasil, las embarazadas y las madres de niños y niñas menores de 12 años en detención preventiva, deben ser puestas bajo arresto domiciliario⁴¹³. La Ley n° 13769 codificó este principio y abrió la vía para su ampliación a las mujeres embarazadas y a las madres condenadas⁴¹⁴.

En Nicaragua, la ley establece que las mujeres condenadas deben estar sujetas al régimen de convivencia familiar⁴¹⁵ durante el embarazo y durante los seis meses posteriores al parto, si están reclusas en prisiones sin una unidad adecuada⁴¹⁶.

En Argentina, la Ley n° 26-472 establece que debe privilegiarse el arresto domiciliario en el caso de las mujeres embarazadas⁴¹⁷. La Cámara Federal de Casación ha reiterado este principio, considerando que la prisión no es un entorno propicio para el desarrollo satisfactorio de un embarazo o la educación de NNA⁴¹⁸.

En Ecuador también se aplican medidas alternativas para las mujeres embarazadas y en período de posparto hasta 90 días después del parto⁴¹⁹. La Corte Constitucional ha afirmado que el embarazo de una reclusa es motivo suficiente para considerar que su vida e integridad están en peligro y que, por lo tanto, debe establecerse una alternativa al encarcelamiento⁴²⁰.

⁴⁰⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia Constitucional 1871/2003-R, 15 de diciembre de 2003, §III.2 [disponible [aquí](#)].

⁴¹⁰ “Código Procesal Penal”, Decreto n° 9-99-E, Art. 183(2), febrero de 2002 (Honduras) [disponible [aquí](#)].

⁴¹¹ Corte Suprema de Justicia, Habeas Corpus n°HC1047-09, 12 de octubre de 2010, §Considerando (4) (Honduras) [disponible [aquí](#)].

⁴¹² *Ibidem*, §Considerando (6).

⁴¹³ Tribunal Supremo Federal, Habeas Corpus 143.641, 2018, pp. 32-33 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

⁴¹⁴ Ley n° 13769, 19 de diciembre de 2018, Art. 2 (Brasil) [disponible [aquí](#)].

⁴¹⁵ Se refiere al hecho de vivir en familia.

⁴¹⁶ “Ley del Régimen penitenciario y Ejecución de la pena” n° 473, 21 de noviembre de 2003, Art. 33 (Nicaragua) [disponible [aquí](#)].

⁴¹⁷ Ley n° 26.472 “Ejecución de la pena privativa de la libertad” (modificaciones a la Ley n° 24.660, al Código Penal y al Código Procesal Penal), 17 de diciembre de 2008, Art. 1 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

⁴¹⁸ “Recomendación sobre la situación de las mujeres embarazadas y con hijos e hijas en contextos de encierro”, Cámara Federal de Casación Penal, marzo de 2020 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

⁴¹⁹ “Código de la Niñez y Adolescencia”, Art. 23 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

⁴²⁰ Corte constitucional, Sentencia n° 247-17-SEP-CC, p.20 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

Ecuador⁴²¹ y Perú⁴²² dan acceso prioritario a la vigilancia electrónica a las reclusas embarazadas. En los Estados Unidos, el programa *Mother and Infant Together* permite a las mujeres embarazadas privadas de libertad pasar los dos últimos meses de embarazo y los tres primeros meses de posparto en un centro residencial de reinserción⁴²³.

B. A nivel internacional

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño recomienda que, si la privación de libertad es realmente necesaria para las mujeres embarazadas y en periodo de postparto, éstas sean internadas en una institución adaptada y dedicada a su tratamiento, y no en una institución convencional⁴²⁴. En términos generales, según la Carta, en el caso de esta categoría de reclusas especialmente vulnerables, debe evitarse en la medida de lo posible la imposición de una pena privativa de libertad⁴²⁵.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos prohíbe la detención preventiva de las reclusas en la categoría que nos interesa⁴²⁶. Además, afirma que los Estados miembros tienen la responsabilidad de dar prioridad a modalidades alternativas y más flexibles de privación de libertad para estas mismas reclusas⁴²⁷, así como de ayudarlas a reintegrarse a sus familias y a la sociedad en general⁴²⁸.

VI. La preservación del vínculo madre-hijo

A. A nivel nacional

En Bolivia⁴²⁹, El Salvador⁴³⁰ y los Estados Unidos⁴³¹, los centros de detención deben tener espacios adecuados para las visitas de NNA. Estos espacios deben garantizar la seguridad, la protección y el bienestar de NNA.

⁴²¹ Resolución n° SNAI-SNAI-2020-0031-R, “Reglamento del sistema nacional de rehabilitación social”, 30 de julio de 2020, Art. 286 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

⁴²² Decreto legislativo n° 1322 “que regula la vigilancia electrónica personal”, Art. 5(2) (Perú) [disponible [aquí](#)].

⁴²³ Federal Bureau of Prisons, “Legal Resource Guide to the Federal Bureau of Prisons”, 2019, pp. 23-24 (Estados Unidos) [disponible [aquí](#)].

⁴²⁴ “Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño”, 1990, Art. 30(h) y (i) [disponible [aquí](#)].

⁴²⁵ *Ibidem*, Art. 30(g).

⁴²⁶ “Directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l’assistance judiciaire en Afrique”, Commission africaine des droits de l’homme et des peuples, §M-1(f), p. 75 [disponible [aquí](#)].

⁴²⁷ *Ibidem*, §N-8(e).

⁴²⁸ *Ibidem*.

⁴²⁹ “Ley de Ejecución penal y supervisión” n° 2298, 20 de diciembre de 2001 Art. 197 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

⁴³⁰ Decreto n° 1027, “Ley penitenciaria”, Art. 14(A) (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

⁴³¹ Federal Bureau of Prisons, “Female Offender Manual”, Change Notice RSD/FOB, 5200.02, CN-1, January 2, 2018, p. 12 (Estados Unidos) [disponible [aquí](#)].

En México, no se pueden aplicar restricciones en cuanto a la frecuencia y la privacidad de las visitas de NNA menores de diez años⁴³². El Salvador también tiene un régimen especial para las visitas de menores, que pueden ser restringidas sólo por razones de orden y seguridad⁴³³. Además, un programa para promover el contacto familiar permite a ciertas detenidas de pasar la noche en su casa⁴³⁴. En las cárceles panameñas, las reclusas pueden pasar tiempo con sus hijos e hijas menores de cinco años todos los días entre las 9 de la mañana y la 1 de la tarde⁴³⁵.

En los Estados Unidos, el Programa de Maternidad Residencial permite a las presas de mínima seguridad condenadas a menos de 30 meses de prisión, residir con su hijo e hija durante un período de 30 meses en un entorno supervisado⁴³⁶. De igual manera, el Instituto de Políticas Públicas de la Universidad Diego Portales de Chile recomienda el establecimiento de residencias familiares o comunitarias donde las mujeres reclusas puedan vivir con sus hijos e hijas y cumplir sus sentencias⁴³⁷. En Colombia, los expertos sugieren que las reclusas con hijos e hijas deberían poder beneficiarse de un régimen de arresto domiciliario⁴³⁸.

B. A nivel internacional

En la regla 58⁴³⁹ de Bangkok se recomienda que las reclusas no sean separadas de sus familias y que se les ofrezcan alternativas a su pena de prisión, a fin de facilitar el contacto familiar. Esto incluye evidentemente mantener el lazo con las hijas e hijos pequeños de estas mujeres privadas de libertad.

En cuanto a la Regla 43⁴⁴⁰ de Bangkok, esta aborda la importancia de las visitas periódicas a las mujeres privadas de libertad, ya que esto ayuda a estabilizar su salud mental y promueve su reinserción social al final de la sentencia. La ONUDD interpreta esta necesidad de visitas

⁴³² “Ley Nacional de Ejecución Penal”, 16 de junio de 2016, Art. 10 (México) [disponible [aquí](#)].

⁴³³ “Reglamento general de la ley penitenciaria”, Art. 404 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

⁴³⁴ *Ibidem*, Art. 405. Las mujeres de la tercera categoría pueden beneficiarse de este programa.

⁴³⁵ *Op. cit.*, “Diagnóstico de la Situación de las Mujeres Privadas de Libertad en Panamá”, p. 94 [disponible [aquí](#)].

⁴³⁶ *Op. cit.*, “Legal Resource Guide to the Federal Bureau of Prisons”, p. 23-24 [disponible [aquí](#)]. Este programa se establece en una prisión del Estado de Washington.

⁴³⁷ A. Cortazar, P. Fernández, I. Léniz et al., “¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad”, *Instituto de Políticas Públicas UDP*, enero de 2015, p. 6 [disponible [aquí](#)].

⁴³⁸ Presidencia de la República, Programa Integral Contra Violencias de Género, Universidad del Rosario, “Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 2005 – 2009”, noviembre de 2011, p. 168 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

⁴³⁹ *Op. cit.*, Reglas de Bangkok, Regla 58 [disponible [aquí](#)].

⁴⁴⁰ *Ibidem*, Regla 43.

y, por extensión la protección que ofrece esta norma, como esencial para las madres jóvenes en prisión⁴⁴¹.

Sección 5 - Niños y niñas que viven en la prisión con sus madres

En general, se considera que un niño o niña es todo ser humano menor de dieciocho años⁴⁴². En todas las decisiones que les conciernen, el interés superior del NNA debe ser una consideración primordial⁴⁴³. Por otro lado, las necesidades específicas y la situación particular de NNA de madres detenidas, deben ser tomadas en cuenta a fin de ofrecerles posibilidades comparables a aquellas de las cuales se benefician otros NNA⁴⁴⁴. El Consejo de Derechos Humanos y la AGNU recomiendan particularmente a los gobiernos y a los organismos internacionales y regionales de asignar una mayor atención al tema de los NNA que viven con sus madres en prisión, de cara a identificar y tratar las dificultades asociadas a esta situación⁴⁴⁵.

Por tales motivos, no se consideran discriminatorias aquellas medidas destinadas a proteger exclusivamente los derechos de las madres y de NNA privados de libertad⁴⁴⁶. Por lo tanto, los NNA que viven con sus madres en la prisión deben beneficiarse de un enfoque diferenciado que tome en cuenta sus edades y los principales problemas que pueden enfrentar: obstáculos para el ejercicio de la vida familiar con sus padres, en particular con sus madres (I); servicios de salud y alimentación inadecuados (II); y barreras para su desarrollo, educación e integración a la comunidad (III). Estos problemas son tomados en cuenta tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

I. Derecho de NNA a la vida en familia, incluyendo el contacto con el otro progenitor

A. A nivel nacional

La mayoría de los Estados Partes de la CADH, incluyen en sus ordenamientos jurídicos internos la protección a la vida familiar de NNA que viven en prisión con sus madres.

⁴⁴¹ ONUDD, “Comentario de las Reglas de Bangkok”, 2009 [disponible [aquí](#)].

⁴⁴² Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, Art. 1 [disponible [aquí](#)].

⁴⁴³ *Ibidem*, Art. 3.

⁴⁴⁴ Conseil de l’Europe, Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019), 4 de abril de 2018, p. 1 [disponible [aquí](#)].

⁴⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos, Resolución nº 10/2, “Los derechos humanos en la administración de justicia, en particular la justicia de menores”, 25 de marzo de 2009, §4. [disponible [aquí](#)]; Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución nº58/183, A/RES/58/183, 22 de diciembre de 2003, §15 [disponible [aquí](#)].

⁴⁴⁶ “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las – Aprobado por la Comisión Interamericana el 13 de marzo de 2008, Principio II [disponible [aquí](#)].

En primer lugar, según un reporte del supervisor interino del Departamento de Servicios Correccionales jamaicano de 2013, las mujeres privadas de libertad están autorizadas a mantener con ellas sus hijos por un periodo de tres meses⁴⁴⁷. En efecto, este período es considerado fundamental para el desarrollo del NNA⁴⁴⁸. Este también está destinado a la creación de un vínculo entre la madre y su hijo o hija así como a su preparación psicológica de la separación y de los reencuentros futuros⁴⁴⁹.

Es importante resaltar que en Barbados, antes de la salida de un bebé que ha permanecido en prisión con su madre, se les pregunta a los familiares cercanos si estos están dispuestos y en capacidad de recibirlo. En caso de negativa o de incapacidad de cumplir con esto, el bebé puede permanecer en prisión con su madre y será subvencionado gracias a los recursos asignados por el Parlamento para este efecto⁴⁵⁰.

Adicionalmente en Haití, en todos los casos en los que el NNA no pueda permanecer al cuidado de su madre privada de libertad, ya sea que el establecimiento no esté equipado de una guardería, que la salud física y mental del NNA se encuentre en peligro, que la madre no lo desee, o que el periodo de lactancia llegue a su fin, le corresponde a la administración penitenciaria recurrir a los organismos competentes para que el NNA pase al cuidado de un miembro de su familia o de un centro de acogida acordado⁴⁵¹.

1. Permiso para permanecer en prisión con su madre hasta los dos años de edad

En Honduras, los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad tienen derecho a ser cuidados por sus madres durante sus dos primeros años de vida en las condiciones menos restrictivas posibles. La edad en que las madres encarceladas pueden ocuparse de sus hijos e hijas puede ser prolongada por una decisión judicial hasta los dos años, cuando esto se encuentre en el interés superior del NNA, luego de lo cual el tribunal decidirá sobre la custodia del NNA de conformidad con la ley⁴⁵².

2. Permiso para permanecer en prisión con su madre hasta los tres años de edad

⁴⁴⁷ Joycelyn Roach-Spencer, "Treatment of female offenders in Jamaica", Reporte Anual para el 2012 y Serie de material de recursos n° 90; *Instituto de las Naciones Unidas para Asia y el Lejano Oriente para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (UNAFEI)*, 2013, p. 128 [disponible [aquí](#)].

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ Consejo Nacional de Política Penal y Penitenciaria, Resolución n° 4, 15 de julio de 2009, Art. 2 [disponible [aquí](#)].

⁴⁵⁰ Prisons Cap. 168, "Subsidiary Legislation", Art. 21 (2) [disponible [aquí](#)].

⁴⁵¹ Direction de l'administration pénitentiaire, Police Nationale de Haïti, "Règlement interne des institutions pénitentiaires", mayo 1999, Art. 56 [disponible [aquí](#)].

⁴⁵² Decreto n° 64-2012, "Ley del Sistema Penitenciario Nacional", 3 de diciembre de 2012, Art. 44 [disponible [aquí](#)].

En Ecuador, existen medidas de protección para los NNA en lo que respecta a las personas privadas de libertad⁴⁵³. El Código de la Niñez y la Adolescencia ecuatoriano⁴⁵⁴, estipula que los NNA cuyos padres estén en prisión deben recibir la protección y la asistencia del Estado para garantizar su derecho a una interacción familiar y comunitaria, y deben tener contacto directo con sus padres de manera regular⁴⁵⁵. Igualmente, en Perú, según el Código de Ejecución Penal, los hijos menores pueden permanecer en prisión con su madre hasta los tres años de edad, previa intervención de los servicios sociales. Los NNA de más de tres años serán asignados a vivir fuera de la prisión, tal y como lo determine el progenitor que tenga la patria potestad o la custodia⁴⁵⁶. Lo mismo ocurre en Venezuela, donde los NNA menores de tres años pueden vivir en prisión con sus madres encarceladas de conformidad con la Ley sobre el Régimen Penitenciario. Sin embargo, esta edad límite puede ser extendida por el Tribunal de Protección del Niño, Niña y Adolescente⁴⁵⁷. Asimismo, el Código Penitenciario de Colombia⁴⁵⁸, dispone que los NNA menores de tres años pueden permanecer con sus madres en los establecimientos penitenciarios, salvo decisión contraria de un juez de la República. El Instituto colombiano de la Protección de la Familia acordará, en coordinación con el servicio social penitenciario, una atención particular a los niños y niñas que se ubiquen en estos centros⁴⁵⁹.

3. Permiso para permanecer en prisión con su madre hasta los cuatro años de edad

La Ley argentina sobre la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad establece que una madre encarcelada puede mantener con ella en prisión sus hijas e hijos menores de cuatro años⁴⁶⁰. Sin embargo, el juez de la ejecución o el juez competente, puede ordenar la detención domiciliar⁴⁶¹. De la misma manera, en Guatemala, los NNA pueden vivir con sus madres privadas de libertad hasta la edad de cuatro años⁴⁶². Las autoridades guatemaltecas se

⁴⁵³ Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 51(7) [disponible [aquí](#)].

⁴⁵⁴ “Código de la Niñez y la Adolescencia”, 3 de enero de 2003 (Ecuador) [disponible [aquí](#)].

⁴⁵⁵ *Ibidem*, Art. 56.

⁴⁵⁶ Decreto Legislativo n° 654, “Código de Ejecución Penal”, Art. 103 (Perú) [disponible [aquí](#)].

⁴⁵⁷ “Ley del Régimen Penitenciario”, 19 de junio de 2000, Art. 75 (Venezuela) [disponible [aquí](#)].

⁴⁵⁸ Ley n° 65-1993, “Código Penitenciario y Carcelario”, 19 agosto de 1993, Art. 26 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

⁴⁵⁹ Ley n° 1709 “Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley n° 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, 20 de enero de 2014, Art. 88 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

⁴⁶⁰ Ley n° 24.660 de “Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”, 19 de junio de 1996, Art. 195 (Argentina) [disponible [aquí](#)].

⁴⁶¹ *Ibidem*, Art. 32 (f).

⁴⁶² Decreto n° 33-2006, “Ley del Régimen Penitenciario”, 6 de octubre de 2006, Art. 52 (Guatemala) [disponible [aquí](#)].

esfuerzan por velar por el respeto de los derechos de los NNA cuando alguno de sus padres se encuentre privado de libertad⁴⁶³.

4. Autorización a permanecer en prisión con su madre hasta la edad de cinco y seis años

La ley salvadoreña establece que los NNA menores de cinco años pueden permanecer en prisión con sus madres privadas de libertad⁴⁶⁴.

Por otro lado, la Ley mexicana que Establece las Normas Mínimas de Readaptación Social de Sentenciados, dispone que los NNA pueden vivir con su madre privada de libertad hasta la edad de seis años, siempre y cuando especialistas calificados consideren esta medida dentro del interés superior del NNA⁴⁶⁵. Asimismo, el Código de Ejecución Penal de Bolivia, dispone que los NNA de seis años de edad o menos, pueden vivir con su progenitor encarcelado si este tiene la custodia⁴⁶⁶. Para los NNA mayores de seis años, el Código del Niño, Niña y Adolescente⁴⁶⁷ establece que cuando los dos padres se encuentren en prisión y se haya determinado que no tienen una familia extendida, o que la familia extendida no puede asumir la responsabilidad de la custodia de los NNA, estos últimos serán ubicados en un hogar de acogida o una institución situada a proximidad de la prisión de sus padres, salvo por los niños menores de seis años que permanezcan con su madre en la prisión⁴⁶⁸. Las autoridades están obligadas de dar a los hijos e hijas separados de sus padres, la posibilidad de permanecer en contacto con ellos⁴⁶⁹.

B. A nivel internacional

El interés superior del niño prevalecerá en la decisión de encarcelar a la madre. Por lo tanto, existe un consenso a nivel internacional de que se debe dar prioridad a la consideración de medidas alternativas a la detención de las madres y sus hijos, a fin de preservar, en particular, el derecho del NNA a la vida familiar (1). No obstante, cuando parezca imperativo recurrir a las penas de prisión, los Estados deben dar un trato especial a las mujeres reclusas y a los hijos e hijas que viven con ellas (2).

1. Consideración de penas alternativas de prisión para las madres y sus hijos

⁴⁶³ “Committee on the rights of the child examines report of Guatemala”, Reporte de Guatemala, 17 de enero de 2018 [disponible [aquí](#)].

⁴⁶⁴ Decreto n° 1027, “Ley de Penitenciaría”, 13 de mayo de 1997, Art. 70 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

⁴⁶⁵ “Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados”, última reforma publicada el 13 de junio de 2014, Diario oficial de la federación, 19 de mayo de 1971, Art. 3–11(Estados Unidos Mexicanos) [disponible [aquí](#)].

⁴⁶⁶ “Código de ejecución penal”, 20 de diciembre de 2001, Art. 26 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

⁴⁶⁷ Ley n° 2026, “Código del Niño, Niña y Adolescente”, 27 de octubre de 1999 (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

⁴⁶⁸ *Ibidem*, Art. 30 (§1).

⁴⁶⁹ *Ibidem*, Art. 30 (§3).

A fin de preservar el vínculo familiar, tomando en cuenta el interés superior del NNA, los Estados deben considerar la aplicación de medidas alternativas a la detención y al encarcelamiento para las reclusas con hijos pequeños⁴⁷⁰, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido⁴⁷¹. Por lo tanto, se debería hacer un esfuerzo especial para evitar el uso generalizado del encarcelamiento⁴⁷². Bajo este mismo razonamiento, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, recomienda desarrollar y recurrir a penas que se cumplan en el seno de la comunidad para las madres con hijos pequeños⁴⁷³.

Por otro lado, la ONUDD interpreta en este sentido la Regla 57 de Bangkok⁴⁷⁴. En efecto, se considera que se deben mantener a las mujeres fuera de prisión cuando una pena de encarcelamiento no sea necesaria, a fin de proteger a sus hijos e hijas de los impactos negativos duraderos del encarcelamiento de su madre y de ellos mismos⁴⁷⁵. Se añade igualmente que los Estados deben prestar la debida atención al refuerzo de las capacidades administrativas mediante la creación de estructuras que ofrezcan alternativas al encarcelamiento cuando sea posible⁴⁷⁶.

Por su parte, el TEDH ha tenido ocasión de tratar la cuestión de menores migrantes acompañados en los centros de detención. El Tribunal reconoce que un menor, incluso acompañado, ve su vida familiar conmocionada por el hecho de estar detenido⁴⁷⁷. Por lo tanto, se debe mantener la unidad familiar al tiempo que se consideran otras alternativas para que la detención de menores se utilice solo como último recurso⁴⁷⁸. En lo que respecta a las condiciones de detención de los menores, el Tribunal ha examinado el caso de una madre y sus cuatro hijos ubicados en un centro en espera de su expulsión⁴⁷⁹. El Tribunal estimó que, habida cuenta de la poca edad de los niños, la duración de su detención y las condiciones de

⁴⁷⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución n° A/RES/63/241, “Derechos del niño”, 24 de diciembre de 2008, §47. [disponible [aquí](#)]; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 19/37, “Derechos del niño”, 23 de marzo de 2012, p. 123, §69 [disponible [aquí](#)].

⁴⁷¹ Consejo de Derechos Humanos, Resolución n° 10/2, “Los derechos humanos en la administración de justicia, en particular la justicia de menores”, 25 de marzo de 2009, §13 [disponible [aquí](#)].

⁴⁷² Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Resolución 19 “Gestión de la justicia penal y elaboración de políticas de imposición de penas” 1990, A/CONF.144/28/Rev.1 [disponible [aquí](#)].

⁴⁷³ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1469 (2000), “Mothers and babies in prison”, adoptada el 30 de junio de 2000, §5.1 [disponible [aquí](#)].

⁴⁷⁴ Resolución n° 65/229 de la Asamblea General, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes” (Reglas de Bangkok), 21 de diciembre de 2010 [disponible [aquí](#)].

⁴⁷⁵ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODD), “Comentarios de las Reglas de Bangkok”, 2009, p. 44 [disponible [aquí](#)].

⁴⁷⁶ *Ibidem.*, p. 45.

⁴⁷⁷ TEDH, *Popov c. Francia*, n° 39472/07, 19 de enero de 2012, §147 [disponible [aquí](#)].

⁴⁷⁸ *Ibidem.*, §§ 140-141.

⁴⁷⁹ Cour EDH, *Muskhadzhiyeva et autres contre Belgique*, n° 41442/07, 19 janvier 2010 [disponible [aquí](#)].

vida en el centro, se había alcanzado el umbral de gravedad requerido para una violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre la prohibición de tratos inhumanos o degradantes⁴⁸⁰. Los niños y niñas no habían sido separados de su madre, pero eso no bastaría para eximir a las autoridades de su obligación de protegerlos⁴⁸¹.

Por otro lado, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño consagra el interés superior del NNA como una consideración primordial en toda medida relativa a éstos⁴⁸². Según el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (ACERWC por sus siglas en inglés), los Estados Partes deben implementar medidas para velar por la protección del interés superior de los NNA cuyas madres se encuentren en prisión⁴⁸³. Por lo tanto, deberían considerarse alternativas a la detención para las mujeres reclusas con hijos e hijas⁴⁸⁴. De igual manera, el ACERWC considera que la condena de los padres a la prisión no respeta los derechos del niño y la niña a la protección y al cuidado por parte de sus padres, previstos en el artículo 19 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño⁴⁸⁵. Es por esto que, al momento de examinar las penas privativas de libertad contra las madres condenadas, el tribunal debe tomar en cuenta el interés superior del NNA y estudiar la posibilidad de una pena alternativa, evaluando si la acusada es el progenitor principal, determinando las circunstancias en las cuales se pueda encontrar el NNA luego de su detención y, sobre esta base, tomar la decisión de liberar o no a la acusada⁴⁸⁶.

El artículo 30 de la Carta africana de Derechos y el Bienestar del Niño indica que los Estados Partes deben dar un tratamiento especial a las madres encarceladas con NNA. Esta obligación incluye, entre otras, la creación de instituciones especiales para su detención y la garantía de que el sistema penitenciario tenga por finalidad la reinserción social de la madre⁴⁸⁷. Según el ACERWC, en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 31, se hace un llamado a los Estados Partes a asegurar instituciones especiales para la detención de las madres cuando no sea posible dictar penas alternativas y cuando el interés superior del NNA sea permanecer con la madre⁴⁸⁸.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, §63.

⁴⁸¹ *Ibidem*, §56.

⁴⁸² Organización para la Unidad Africana, “Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño”, 01 julio de 1990, Art. 4§1 [disponible [aquí](#)].

⁴⁸³ *Op. cit.*, CAEDBE, Observation générale n°1, §24 [disponible [aquí](#)].

⁴⁸⁴ *Ibidem*, §24(a).

⁴⁸⁵ *Ibidem*, §38.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Organización para la Unidad Africana, “Carta Africana sobre sobre los Derechos y el Bienestar del Niño”, 01 julio de 1990, Art. 30 [disponible [aquí](#)].

⁴⁸⁸ *Op. cit.*, CAEDBE, Observation générale n°1, §50 [disponible [aquí](#)].

Estas instituciones deben centrarse en el respeto de los derechos de los NNA. Por ejemplo, se podrían proponer programas que permitan a las madres residenciarse con sus hijos e hijas en las guarderías de la prisión. Asimismo, se podrían ofrecer programas que incluyan la posibilidad de trabajar fuera de la prisión a la madre, para que pueda colaborar en el cuidado directo de sus hijos e hijas. Según el ACERWC, el apartado d) del artículo 30 refleja la importancia acordada por la Carta a que NNA crezcan en un “ambiente familiar teniendo una atmósfera de felicidad, amor y comprensión”.

Sin embargo, en los casos en que los jueces estimen imperativo la imposición de penas privativas de libertad⁴⁸⁹, y que esté en el interés superior del niño y la niña vivir en la prisión con su madre⁴⁹⁰, los Estados deben velar por que su legislación establezca garantías para sus condiciones de detención. Debe llevarse a cabo un examen sobre el impacto de una pena privativa de libertad en el interés superior del hijo o la hija de la madre encarcelada⁴⁹¹. Aunado a ello, deben implementarse mecanismos legislativos y administrativos para asegurar que la decisión de autorizar a un niño o niña a vivir en prisión con su madre esté sometida a revisión judicial⁴⁹².

2. El tratamiento de niños y niñas en el caso de medidas privativas de libertad de las madres

Cuando una pena privativa de libertad contra el progenitor que tenga la responsabilidad parental principal sea obligatoria, se debe tomar en consideración los derechos y el interés superior de todo NNA afectado⁴⁹³. De esta forma, en el caso de NNA pequeños que vivan con su madre en la cárcel, es necesario proteger su derecho y necesidad de mantener una relación emocional y continua con ésta, quien a su vez tiene el derecho y el deber de promover experiencias positivas con ellos⁴⁹⁴. Los arreglos para el cuidado de estos NNA, incluyendo el alojamiento y las instalaciones, deben estar adaptados⁴⁹⁵. Estos arreglos deben promover el apego entre la madre y el hijo o la hija, permitiendo que la relación se desarrolle con la mayor normalidad posible, posibilitando a las madres detenidas ejercer su responsabilidad parental de manera adecuada y brindándoles el mayor número posible de oportunidades para pasar

⁴⁸⁹ *Ibidem*, §24(b).

⁴⁹⁰ *Ibidem*, §55.

⁴⁹¹ *Ibidem*, §24(b).

⁴⁹² *Ibidem*, §24(c).

⁴⁹³ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019), 4 de abril de 2018, §2 [disponible [aquí](#)].

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, §37.

tiempo juntos⁴⁹⁶. Asimismo, se debe garantizar que sea posible el contacto con el padre, los hermanos y otros miembros de la familia que viven fuera de la prisión, a menos que ello sea contrario al interés superior del NNA⁴⁹⁷.

Por otro lado, según el ACERWC, sobre la base del artículo 4 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, los Estados Partes deben establecer medidas para proteger el interés superior de los NNA cuyas madres estén en prisión. Para ello es necesario tener en cuenta la importancia de mantener un contacto directo y regular con la madre, en particular durante la primera infancia, así como el conjunto de condiciones generales de encarcelamiento⁴⁹⁸. De igual forma, se debe facilitar el contacto con el progenitor que vive fuera del centro de detención y con otros miembros de la familia⁴⁹⁹.

Asimismo, en la regla 49 de las Reglas de Bangkok se establece que la decisión de permitir que un NNA permanezca con su madre en la prisión se basará en el interés superior del niño y la niña. Por lo tanto, los NNA que estén en la cárcel con sus madres nunca deben ser tratados como prisioneros⁵⁰⁰. Los países de todo el mundo tienen leyes diferentes sobre el tiempo que los niños y niñas pueden permanecer con sus madres en la cárcel⁵⁰¹. Lo primero que debe tenerse en cuenta son las condiciones de la prisión y la calidad de los cuidados que los niños y niñas pueden esperar recibir fuera de la prisión si no se quedan con sus madres⁵⁰². En este sentido, las autoridades penitenciarias deberían tomar decisiones caso por caso⁵⁰³. Por otro lado, el interés superior del niño y la niña presupone su bienestar, evaluado en particular sobre la base de su salud física y mental y sus condiciones de vida⁵⁰⁴. Así, con el fin de evitar daños físicos o psicológicos, el entorno carcelario en el que se críen los NNA debe ser lo más cercano posible a un entorno normal no carcelario y debería proporcionárseles atención sanitaria, incluida la vacunación periódica⁵⁰⁵.

⁴⁹⁶ *Ibidem*. Ver también Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Resolución n° 65/229 de la Asamblea General, 21 de diciembre de 2010, Regla 50 [disponible [aquí](#)].

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ *Op. cit.*, CAEDBE, Observation générale n°1, §24(e) [disponible [aquí](#)].

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ *Ibidem*. Regla 49 de Bangkok. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Resolución 65/229 de la Asamblea General, 21 de diciembre de 2010 [disponible [aquí](#)].

⁵⁰¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODD), Comentarios de las Reglas de Bangkok, 2009, Interpretación de la Regla 49, p. 41 [disponible [aquí](#)].

⁵⁰² *Ibidem*, p. 42.

⁵⁰³ *Ibidem*. Véase también : « Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019) », §36 [disponible [aquí](#)].

⁵⁰⁴ CICR, Les enfants en détention, noviembre de 2018, p. 6 [disponible [aquí](#)].

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

II. El derecho del niño y la niña a la salud y la alimentación

A. A nivel nacional

El derecho del NNA que vive con su madre en la cárcel a la salud y a la alimentación está previsto en el plano nacional de algunos Estados Partes a la CADH.

En Argentina, la prisión debe proporcionar servicios e instalaciones de cuidado para niños y niñas con personal especialmente capacitado⁵⁰⁶. A las presas cuyos hijos e hijas estén hospitalizados en salas de neonatos se les debe garantizar el derecho a acompañarlos⁵⁰⁷. De igual modo, en El Salvador la ley exige que se establezca una guardería en las cárceles de mujeres⁵⁰⁸. En Brasil, las prisiones de mujeres deben tener una guardería donde éstas puedan cuidar de sus hijos, e incluso amamantarlos hasta que tengan por lo menos seis meses de edad⁵⁰⁹. La guardería debe estar equipada con personal cualificado de acuerdo con las directrices adoptadas por la legislación educativa y tener un horario de apertura que garantice la mejor atención a los NNA⁵¹⁰. Del mismo modo, en Guatemala, los centros de detención de mujeres deben proporcionar espacios apropiados para las guarderías con personal calificado⁵¹¹. En Bolivia, los NNA que viven en la cárcel con sus padres permanecen en centros de atención⁵¹². Por su parte, la ley hondureña exige que se establezcan guarderías en módulos cercanos a las madres y que se proporcione ayuda alimentaria y los medicamentos necesarios⁵¹³.

Por otro lado, en Barbados, una reclusa puede tener a su bebé con ella en la cárcel durante el período normal de lactancia y, por recomendación del oficial médico, más tiempo si es necesario; además se le puede proporcionar ropa al bebé⁵¹⁴. Lo mismo ocurre en Bolivia donde, cuando el niño es amamantado, permanece con la madre en la cárcel⁵¹⁵. Igualmente, en

⁵⁰⁶ Ley n° 24.660 de “Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”, de 19 de junio de 1996, Art. 195 [disponible [aquí](#)].

⁵⁰⁷ Procuración Penitenciaria de la Nación, “Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad”, 2019, p. 108 [disponible [aquí](#)].

⁵⁰⁸ Decreto n° 1027, “Ley de Penitenciaría”, Diario Oficial, de 13 de mayo de 1997, Art. 70 [disponible [aquí](#)].

⁵⁰⁹ Ley n° 7.210, de 11 de Julio de 1984, modificada por Ley n°11.942, de 29 de mayo de 2009, Art. 83 (§2) [disponible [aquí](#)].

⁵¹⁰ *Ibidem*, Art. 89.

⁵¹¹ Decreto n° 33-2006, “Ley del Régimen Penitenciario”, de 6 de octubre de 2006, Art. 52 (Guatemala) [disponible [aquí](#)].

⁵¹² Ley n° 2298 “de ejecución penal y supervisión”, de 20 de diciembre de 2001, Art. 26 (3) (Bolivia) [disponible [aquí](#)].

⁵¹³ Decreto n° 64-2012, “Ley del Sistema Penitenciario Nacional”, de 3 de diciembre de 2012, Art. 44 (Honduras) [disponible [aquí](#)].

⁵¹⁴ Prisons Rules, Cap 168, Subsidiary Legislation, Art. 21 (§1) [disponible [aquí](#)].

⁵¹⁵ Ley n° 2298 “de ejecución penal y supervisión”, 20 diciembre de 2001, Art. 26 (§1) [disponible [aquí](#)].

Haití, en los establecimientos penitenciarios equipados con una guardería, las madres encarceladas pueden mantener a sus bebés durante seis meses para amamantarlos⁵¹⁶. Esta custodia es *de jure* a menos que el médico determine que pone en peligro la salud física o mental del niño⁵¹⁷. Las madres detenidas en una institución sin guardería pueden solicitar que se les traslade a la institución más cercana que cuente con una; y las madres detenidas que no conserven la custodia de sus bebés podrán seguir amamantándolos⁵¹⁸. El miembro de la familia que tenga la custodia o el centro de acogida autorizado debe poder llevarle el NNA todos los días durante el período de lactancia⁵¹⁹. En Brasil, las unidades penitenciarias de mujeres están obligadas por ley a disponer de salas para amamantar a los bebés de hasta seis meses de edad y de dependencias especiales para las mujeres embarazadas. En El Salvador, las prisiones deben proporcionar atención pediátrica a los NNA⁵²⁰. La presencia de menores de cinco años en los centros penitenciarios debe ser solicitada por la administración de cada centro, el cual, tras estudiar la personalidad de la madre y la situación familiar del menor, encontrará una solución⁵²¹. Si el niño es admitido, será examinado por un pediatra a su llegada para determinar su estado de salud⁵²².

B. A nivel internacional

Mediante un consenso mundial sobre los derechos del niño y la niña, los Estados Partes reconocen el derecho del NNA al disfrute del más alto nivel de salud posible y de servicios médicos⁵²³. Este derecho se extiende a los NNA que viven en la cárcel con sus madres, ya que el interés superior del NNA supone que sus derechos sean respetados en todas las circunstancias⁵²⁴.

En consecuencia, los NNA que viven con sus madres encarceladas deben recibir gratuitamente una alimentación adecuada y oportuna, un entorno saludable y la posibilidad de

⁵¹⁶ Direction de l'Administration Pénitentiaire, Police Nationale de Haïti, « Règlement interne des institutions pénitentiaires », mai 1999, Art. 55 [disponible [aquí](#)].

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ Decreto n° 1027, “Ley de Penitenciaría”, 13 mayo de 1997, Art. 118 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

⁵²¹ Decreto n° 95, “Reglamento general de la ley penitenciaria”, 14 noviembre de 2020, Art. 249 (El Salvador) [disponible [aquí](#)].

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ “Convención sobre los Derechos del Niño”, 20 de noviembre de 1989, Art. 24 §1 [disponible [aquí](#)].

⁵²⁴ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019), 4 de abril de 2018, p. 1 [disponible [aquí](#)].

hacer ejercicio con regularidad⁵²⁵. De igual modo, los servicios de salud primaria deben estar a su disposición en todo momento y su desarrollo debe ser supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud externos⁵²⁶. Así pues, las condiciones en las que se críe al NNA deben ser lo más parecidas posibles a las que disfruta un NNA que vive fuera del medio carcelario⁵²⁷.

Por otro lado, las personas privadas de libertad tienen derecho a la salud, en el sentido de disfrutar plenamente del bienestar físico, mental y social, lo que incluye una atención médica, psiquiátrica y dental adecuada⁵²⁸. Este principio establece que las mujeres y los NNA privados de libertad tienen derecho a acceder a una atención médica adaptada a sus necesidades y a sus características físicas y biológicas⁵²⁹. Por último, cuando se permita a las madres encarceladas mantener a sus hijos menores de edad en los centros de privación de libertad, deberán adoptarse las medidas necesarias para organizar centros de atención infantil con personal cualificado y servicios adecuados en las áreas de educación, pediatría y nutrición, con el fin de garantizar el interés superior del NNA⁵³⁰.

En lo que respecta a la higiene personal, la cual puede repercutir en la salud, los centros que albergan a las reclusas deben abastecerse regularmente de agua para el cuidado personal de las mujeres y sus hijos e hijas⁵³¹.

Es esencial respetar el derecho de esos niños y niñas al disfrute del más alto nivel posible de salud, garantizado, entre otros, por el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, realizando un examen médico general al entrar a la prisión y prestándoles la atención sanitaria necesaria durante toda su estancia en el establecimiento penitenciario⁵³². Siempre que sea posible y que se encuentre en el interés superior del NNA, este examen debe realizarse en presencia de la madre⁵³³.

⁵²⁵ Resolución 65/229 de la Asamblea General, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)”, 21 de diciembre de 2010, Regla 48 §1 de Bangkok [disponible [aquí](#)].

⁵²⁶ *Ibidem*, Regla 51(1) de Bangkok.

⁵²⁷ *Ibidem*, Regla 51(2) de Bangkok.

⁵²⁸ “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas – Aprobado por la Comisión Interamericana el 13 de marzo de 2008”, Principio X (Salud) [disponible [aquí](#)].

⁵²⁹ *Ibidem*.

⁵³⁰ *Ibidem*.

⁵³¹ *Op. cit.*, Regla 5 de Bangkok [disponible [aquí](#)]; Resolución 70/175 de la Asamblea General, “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)”, 17 de diciembre de 2015, Regla 15 [disponible [aquí](#)].

⁵³² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODD), “Comentarios de las Reglas de Bangkok”, 2009, Interpretación de la Regla 49, p. 29 [disponible [aquí](#)].

⁵³³ *Ibidem*.

Aunado a ello, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en relación a los NNA que viven con su progenitor en la cárcel, recomienda que los Estados Partes garanticen su derecho al más alto nivel de salud posible⁵³⁴. Todo NNA nacido de una madre detenida debe ser inscrito en el registro civil y se debe emitir un certificado de nacimiento gratuito lo antes posible⁵³⁵. El certificado de nacimiento no debe indicar que el bebé nació en detención⁵³⁶. Los dispositivos para el cuidado de los NNA que están en prisión con sus madres deben garantizar su bienestar y promover su desarrollo equilibrado, especialmente asegurando la continuidad de la atención médica y la vigilancia de su desarrollo por especialistas competentes en colaboración con los servicios de salud locales⁵³⁷.

Por otro lado, sobre la base del artículo 5 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, los NNA deben recibir atención primaria de salud regular y de buena calidad durante su estadía en prisión y su desarrollo debe ser supervisado por un psicólogo del centro penitenciario y especialistas en desarrollo infantil⁵³⁸.

III. El derecho del niño y la niña a un desarrollo saludable, incluida la integración en la comunidad, la socialización, la educación y las actividades de ocio

A. A nivel nacional

El derecho a un buen desarrollo, que incluye la integración social, la educación y las actividades de ocio, es primordial para los NNA que viven con sus madres en la cárcel.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) lleva a cabo programas educativos y recreativos para los NNA que se encuentran en los centros penitenciarios con sus madres. Estos programas se realizan en instituciones ubicadas en lugares designados y adecuados para este fin por la Unidad de Servicios Penitenciarios en coordinación con el ICBF⁵³⁹.

B. A nivel internacional

El interés superior del NNA implica que sus derechos deben ser respetados en todas las circunstancias, incluso cuando viva en la cárcel con su madre. Existe un consenso a nivel internacional sobre el hecho de que los Estados deben garantizar en la mayor medida de lo

⁵³⁴ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019), 4 de abril de 2018, §34 [disponible [aquí](#)].

⁵³⁵ *Ibidem*, §35.

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ *Ibidem*, §37.

⁵³⁸ *Op. cit.*, CAEDBE, Observation générale n°1, §29 [disponible [aquí](#)].

⁵³⁹ Ley n° 1709, de 20 de enero de 2014, Art. 88 (Colombia) [disponible [aquí](#)].

posible el desarrollo del NNA⁵⁴⁰. Reconocen el derecho del NNA a la educación sobre la base de la igualdad de oportunidades⁵⁴¹; el derecho del NNA al descanso y al esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas adecuadas a su edad y a participar libremente y en condiciones de igualdad en la vida cultural y artística⁵⁴². Por último, reconocen el derecho de todo NNA a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social⁵⁴³. Los hijos e hijas de las reclusas deben disfrutar de los mismos derechos que todos los demás NNA⁵⁴⁴. Por lo tanto, se les deben conceder todos los derechos derivados de su condición de menores⁵⁴⁵.

En este sentido, el TEDH se ha ocupado de un caso relativo a la detención, con miras a la expulsión, de una mujer y sus tres hijos, solicitantes de asilo⁵⁴⁶. El Tribunal recordó la especial vulnerabilidad de los niños, la cual se habría reforzado tras su arresto y detención⁵⁴⁷. Por lo cual, a pesar de que los niños estaban acompañados por su madre, el Tribunal consideró que al colocarlos en dicho centro las autoridades belgas los habían expuesto a sentimientos de angustia e inferioridad y corrían el riesgo de comprometer su desarrollo⁵⁴⁸. Así, el Tribunal determinó que se había violado el artículo 3 de la CEDH sobre la prohibición de tratos inhumanos o degradantes en lo que respecta a la situación vivida por estos niños⁵⁴⁹.

Además, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ha recomendado a propósito de la integración en la comunidad y el desarrollo de los NNA que viven con su progenitor en la cárcel, que los Estados Partes apoyen la relación entre el progenitor y su hijo o hija y el rol del progenitor privado de libertad en dicha relación, antes, durante y después de la detención⁵⁵⁰. Todas las medidas dispuestas a apoyar a estos NNA y a la relación con su progenitor, deberían garantizar que no se les estigmatice⁵⁵¹. La sensibilización, el cambio cultural y la

⁵⁴⁰ “Convención sobre los Derechos del Niño”, 20 de noviembre de 1989, Art. 6 [disponible [aquí](#)].

⁵⁴¹ *Ibidem*, Art. 28 §1.

⁵⁴² *Ibidem*, Art. 31 §1 et §2.

⁵⁴³ *Ibidem*, Art. 7.

⁵⁴⁴ Conseil de l’Europe, Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019), 4 de abril de 2018, p. 1 [disponible [aquí](#)].

⁵⁴⁵ *Ibidem*, §36.

⁵⁴⁶ Cour EDH, *Kanagaratnam et autres contre Belgique*, n° 15297/09, 13 décembre 2011 [disponible [aquí](#)].

⁵⁴⁷ *Ibidem*, §67.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, §68.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, §69.

⁵⁵⁰ Conseil de l’Europe, Recommandation CM/Rec(2018)5 du Comité des Ministres aux États membres concernant les enfants de détenus (2019), 4 de abril de 2018, p. 3, (*Valores subyacentes*) [disponible [aquí](#)].

⁵⁵¹ *Ibidem*.

integración social son necesarios para superar los prejuicios y la discriminación resultantes del encarcelamiento de un progenitor⁵⁵².

El desarrollo, el juego, la no discriminación, la seguridad y el derecho a ser escuchado de los NNA as que están en la cárcel con sus madres tienen una relevancia primordial⁵⁵³. Deben tener libre acceso a las zonas al aire libre de la prisión, se les debe permitir salir de la prisión con un acompañamiento adecuado y se les debe permitir asistir a una escuela maternal⁵⁵⁴. Los Estados deben velar por que las madres que viven en la cárcel con sus hijos tengan la oportunidad de cuidarlos, prepararles las comidas, prepararlos para la escuela maternal y pasar tiempo jugando con ellos, tanto al interior de la prisión como al aire libre⁵⁵⁵. Por último, el entorno en el que crecen debe ser lo más cercano posible al mundo exterior en el que viven otros NNA⁵⁵⁶. La transición del NNA pequeño al mundo exterior debe facilitarse con sensibilidad, sólo después de que se hayan identificado los arreglos de cuidados alternativos apropiados⁵⁵⁷.

La seguridad de los NNA que viven en la cárcel con sus madres puede tener un gran impacto en su desarrollo saludable, y deben tomarse medidas para que esté garantizada. Por ejemplo, el personal penitenciario debe demostrar competencia, profesionalismo y sensibilidad, así como preservar la autoestima y la dignidad de los NNA al momento de realizar requisas a los NNA que viven en la cárcel con sus madres⁵⁵⁸. Además, cuando se permita que los NNA permanezcan con sus madres en la cárcel, se deberán impartir capacitaciones al personal penitenciario sobre el desarrollo de los NNA, así como una formación básica en atención pediátrica, a fin de que puedan responder eficazmente en caso de ser necesario⁵⁵⁹.

Además, a fin de promover su desarrollo saludable, los Estados deben velar por que los NNA que viven en las cárceles estén protegidos de toda forma de violencia física y psicológica⁵⁶⁰. No deben ser objeto de sanciones disciplinarias⁵⁶¹. Del mismo modo, no deben aplicarse sanciones como el aislamiento o la segregación a las reclusas que tengan consigo a sus hijos e hijas⁵⁶². Las sanciones disciplinarias para las reclusas no deben incluir la prohibición del

⁵⁵² *Ibidem.*

⁵⁵³ *Ibidem*, §37.

⁵⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁵⁷ *Ibidem*, §39.

⁵⁵⁸ *Op. cit.*, Regla 21 de Bangkok [disponible [aquí](#)].

⁵⁵⁹ *Ibidem*, Regla 33 §3.

⁵⁶⁰ *Op. cit.*, CAEDBE, Observation générale n°1, §28 [disponible [aquí](#)].

⁵⁶¹ *Ibidem.*

⁵⁶² *Ibidem.*

contacto con sus hijos e hijas⁵⁶³. Por último, los NNA deben tener la libertad para salir de la prisión y participar en actividades externas, teniendo debidamente en cuenta los requisitos de seguridad⁵⁶⁴.

Por otra parte, la educación básica debe ser gratuita para las personas privadas de libertad, en particular para los NNA; éstos tienen derecho a la educación, sin discriminación alguna, teniendo en cuenta la diversidad cultural y sus necesidades especiales⁵⁶⁵.

El ACERWC, interpretando el artículo 3 de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño sobre la no discriminación de los NNA, estima que el acceso a la salud y a la educación no deben ser inaccesibles para los NNA que estén encarcelados con sus madres como resultado de la privación de libertad de estas últimas⁵⁶⁶. Por último, el artículo 5 sobre el derecho a la supervivencia y el desarrollo dispone que los Estados Partes permitirán que el NNA crezca sano y protegido, libre del temor y la miseria, y que desarrolle su personalidad, sus aptitudes y su capacidad mental y física en todo su potencial, de acuerdo con sus capacidades⁵⁶⁷. Por consiguiente, existe una obligación positiva de los Estados Partes de proteger no sólo la vida del NNA, sino también de proporcionar recursos suficientes que aseguren su supervivencia y desarrollo⁵⁶⁸. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del NNA requiere que se respeten en todas las circunstancias los derechos a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación y un nivel de vida adecuado⁵⁶⁹.

⁵⁶³ *Ibidem*; Corte IDH, *Caso del penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*, 25 de noviembre de 2006, §341 [disponible [aquí](#)].

⁵⁶⁴ *Ibidem*.

⁵⁶⁵ “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas – Aprobado por la Comisión Interamericana el 13 de marzo de 2008”, Principio XIII (Educación y actividades culturales) [disponible [aquí](#)].

⁵⁶⁶ *Op. cit.*, CAEDBE, Observation générale n°1, §20 [disponible [aquí](#)].

⁵⁶⁷ *Ibidem*, §25.

⁵⁶⁸ Organización para la Unidad Africana, “Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño”, 01 julio de 1990 [disponible [aquí](#)].

⁵⁶⁹ *Op. cit.*, CAEDBE, Observation générale n°1, §26 [disponible [aquí](#)].