



1. ASPECTOS DE CARÁCTER INTRODUCTORIO

En fecha 25 de noviembre del 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) presentó, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), una solicitud de Opinión Consultiva referida a los “(...) enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de la Libertad, de conformidad con el artículo 64.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p.1).

Al respecto, el 07 de agosto del 2020, la Secretaría de la CIDH comunicó al Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica lo siguiente:

en razón de lo establecido en el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana, siguiendo instrucciones de la Presidenta de la Corte, Jueza Elizabeth Odio Benito, se extiende invitación para presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta, si así se estima pertinente. (Secretaría de la CIDH, 2019, CDH-SOC-5-2020/149).

En la nota recién mencionada, la Secretaría de la CIDH invocó el numeral 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la finalidad de exhortar a distintos organismos de derechos humanos y entidades académicas, incluida la Decanatura de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, a presentar observaciones escritas sobre la solicitud de Opinión Consultiva incoada por la Comisión el 25 de noviembre del 2019.

En este sentido, a partir de lo requerido mediante el oficio de referencia *CDH-SOC-5-2020/149*, emitido por la Secretaría de la CIDH en fecha 07 de agosto del 2020, el presente análisis versa sobre los siguientes rubros:



- a. el saneamiento epistemológico de un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas privadas de libertad en condiciones de especial riesgo;
- b. el contexto de privación de libertad como la condición de vulnerabilidad compartida por los grupos de personas que motivan el presente informe; y
- c. el enfoque diferenciado de derechos humanos de las mujeres embarazadas, posparto y lactantes; las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad; las personas indígenas; las personas adultas mayores y las personas LGBT.

A. Saneamiento epistemológico de un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas privadas de libertad en condiciones de especial riesgo

Según lo requerido por la Comisión en la solicitud de Opinión Consultiva que motiva el presente informe, el punto de partida de un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas privadas de libertad remite, en primera instancia, a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación según la situación especial de riesgo y/o vulnerabilidad que ostentan distintos grupos de personas en contextos de privación de libertad, como lo serían para el caso concreto: las mujeres embarazadas, en período de posparto y lactancia materna; las personas LGBT; las personas indígenas; las personas adultas mayores; y las niñas y niños que conviven con sus madres en cárceles.

Siguiendo la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la noción de igualdad y no discriminación constituye un principio rector de los Derechos Humanos, el cual se ha operacionalizado de distintas formas. Primeramente, se le ubica como norma de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*.



Al alcance del numeral 2 del cuerpo normativo referido, se declara de forma manifiesta el derecho de toda persona (sin distinciones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier tipo, origen –nacional o social–, posición económica, nacimiento, país y/o territorio de procedencia o cualquier otra condición) a disfrutar y gozar de todos los derechos y libertades proclamadas en la Declaración de comentario.

Así, la aplicación e interpretación del Artículo 2 recién mencionado ha de realizarse de forma conjunta con los numerales 1, 7, 10, 16, 21, 23, 25 y 26 de la misma Declaración, que también contemplan distintas dimensiones y/o ámbitos de la igualdad y no discriminación. Al mismo tiempo, el principio se encuentra enunciado en los numerales 1 y 24 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José) que también ha de relacionarse directamente con los artículos 8, 17, 23 y 27, del mismo Pacto, siendo que establecen distintos aspectos vinculados con la implementación del principio en discusión.

Conjuntamente, la igualdad y no discriminación constituye una obligación impuesta a los Estados Parte, la cual se ubica en los artículos 2, 3, 4, 14, 20, 23, 24, 25 y 26 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Según el Comité de Derechos Humanos, interprete autorizado y supervisor de la aplicación del Pacto comentado, y a través de la emisión de la Observación General No. 18, considera que esta obligación ha de entenderse de la siguiente forma:

(...) el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar



el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. (...) Sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. (...) el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto. (Comité de Derechos Humanos, 1989, Observación General No. 18: párrafos 7, 8 y 10).

A partir de lo enunciado por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 18, se puede identificar que la operacionalización del principio de igualdad y no discriminación contempla un enfoque diferenciado de derechos humanos cuando las circunstancias y condiciones específicas de un



grupo de personas conlleva un menoscabo mayor en el acceso y la justiciabilidad de sus derechos humanos en comparación con el resto de la población.

En ese sentido, los Estados Parte están obligados a desarrollar y adoptar estrategias especiales y prioritarias que les permitan a los grupos en especial condición de riesgo y vulnerabilidad a ver reducidos – o mejor, eliminados– aquellos aspectos de carácter cultural, estructural y directo que generan la discriminación acrecentada que viven día a día y que, justamente, prohíbe el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

También, al analizarse la Observación General No. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano que vigila la observancia del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y su protocolo facultativo, se puede afirmar que

(...) en materia de goce y disfrute de los derechos humanos, tanto la no discriminación como la igualdad constituyen no sólo derechos humanos en sí mismos, sino también, ostentan la condición de componentes esenciales, los cuales deben ser observados en el ejercicio y aplicación de todos aquellos derechos reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, entender la no discriminación y la igualdad como componentes esenciales de los derechos humanos, permite aplicar de manera integral el Principio Pro Persona, en todas aquellas situaciones donde se menoscaben los derechos humanos de los individuos. (Moreno Buján, 2020, p. 15).

Al respecto, al alcance de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasilia del 04 al 06 de marzo del 2008, se observa



el interés de los Poderes Judiciales y Cortes Constitucionales de España, Italia, Portugal, Latinoamérica y el Caribe en cuanto a dar aplicación a los principios referidos en lo que concierne al contexto del acceso a la justicia en Iberoamérica.

Sobre el particular, los miembros participantes en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana han consensuado que efectivamente existen grupos específicos de personas en especial condición de riesgo y/o vulnerabilidad respecto al acceso y la justiciabilidad de sus derechos humanos. Este reconocimiento colectivo ha quedado plasmado en el acto de emisión y adopción de las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad* (en adelante Reglas de Brasilia).

Si bien en la VII Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Cancún del 27 al 29 de noviembre del 2002, se aprobó *la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Ámbito Judicial Iberoamericano*, donde se exponen los principios orientadores de un acceso a la justicia en condiciones de igualdad y no discriminación en el contexto judicial iberoamericano, no fue sino hasta el 2008, mediante la adopción de las Reglas de Brasilia, que se reconoció la existencia de diez (10) grupos especialmente vulnerables respecto al acceso a la justicia, como lo serían: a) en razón de la edad: a.1.) las niñas, niños y adolescentes y a.2.) las personas adultas mayores; b) las personas con discapacidad; c) las personas indígenas; d) las personas víctimas con especial énfasis en casos de violencia intrafamiliar; e) las personas migrantes y refugiadas; f) las personas en condición de pobreza; g) el género con especial énfasis en las mujeres; h) las personas pertenecientes a minorías e i) las personas privadas de libertad.

Según las Reglas de Brasilia, el aspecto común que comparten estos grupos de personas radica en su condición de vulnerabilidad para acceder a sus derechos y justiciarlos ante el sistema de justicia local, ya sea mediante procesos de resolución alternativa de conflictos (procesos RAC) o la celebración de



procesos judiciales heterocompositivos (juicios). De tal forma, la finalidad de las reglas remite a:

(...) garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. (...) Se recomienda la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas. (Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, Capítulo 1 Sección 1ª).

Para los fines del presente informe, ha de hacerse hincapié en aquellas circunstancias que las mismas Reglas de Brasilia consideran como «situaciones de mayor vulnerabilidad», las cuales visibilizan a aquellos grupos de personas donde se da la concurrencia de varias condiciones de vulnerabilidad o el especial agravamiento de una de ellas.



Desde la óptica de las Reglas de Brasilia, los grupos de personas privadas de libertad por las que consulta la Comisión se considerarían como personas en situaciones de mayor vulnerabilidad, al concurrir en ellas más de una condición de vulnerabilidad. Así las cosas, la operacionalización de un enfoque prioritario y diferenciado de derechos humanos es necesario respecto a los grupos de personas en situaciones de mayor vulnerabilidad para mitigar las condiciones que generan, justamente, esas situaciones discriminatorias. Este enfoque se conoce también en doctrina como *discriminación positiva* y conlleva

(...) una elaboración más refinada de la obligación de los estados en materia de derechos humanos ha traído como consecuencia el establecer que estos no sólo no deben discriminar, sino que, además, deben adoptar medidas especiales con el fin exclusivo de acelerar la igualdad de facto de ciertos grupos. Esto es lo que se ha denominado la discriminación **positiva**. (Magendzo, 1999, p. 186).

Ahora entonces, surge la necesidad de referirse a la condición de vulnerabilidad que comparten los distintos grupos de personas objeto de este informe, como lo sería la privación de libertad. Luego, se hará referencia a las otras condiciones particulares de cada grupo vulnerable considerado en «situación de mayor vulnerabilidad», al confluir en ellos más de una condición de vulnerabilidad respecto al acceso y la justiciabilidad de sus derechos humanos.



B. El contexto de privación de libertad como la condición de vulnerabilidad compartida por los grupos de personas que motivan el presente informe

El contexto de privación de libertad donde se encuentran inmersos los grupos de personas enunciados en este informe, constituye el primer elemento y/o condición de vulnerabilidad que comparten los grupos en situación especial de riesgo respecto de los cuales la Comisión solicita a la CIDH la Opinión Consultiva que motiva el desarrollo de este documento.

Así las cosas, el contexto de privación de libertad se entiende desde la delimitación planteada por la misma Comisión en su solicitud de Opinión Consultiva, tomándose como referencia la Disposición General de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobadas por la Comisión en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

La Disposición General de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* coincide con la delimitación establecida por las *Reglas de Brasilia* al considerar a las personas en contextos de privación de libertad como personas en condición de vulnerabilidad¹.

Asimismo, y en términos generales, el Principio 2 de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las*

¹ Al respecto, las *Reglas de Brasilia* señalan que

la privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores. A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo. (Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, párrafos 22 y 23).



Américas, el Principio 8 de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* de 1955² y el Principio 5.2. del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*³, establecen la necesidad de que los Estados Parte tomen medidas especiales para proteger de forma exclusiva los derechos de grupos específicos, históricamente discriminados, en contextos de privación de libertad, implicando esto la aplicación de la discriminación positiva a favor de estos grupos de personas.

Según el Principio 8 de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* de 1955, una de las medidas especiales a las que se refiere el párrafo anterior remite a la necesaria separación y ubicación en establecimientos diferenciados de las personas privadas de libertad “(...) según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles” (Principio 8 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos).

De tal forma, el principio recién referido debería ser interpretado de manera integral a la luz del Principio 2 de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, especialmente en lo referido a «el trato que corresponda aplicarles», siendo que motiva a los Estados Parte a tomar medidas específicas encaminadas a proteger a

(...) los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o

² Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

³ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 43/173 del 09 de diciembre de 1988.



sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. (Principio 2 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas).

Sin que la adopción de esas medidas especiales implique o sean consideradas como medidas discriminatorias para el resto de la población privada de libertad⁴, una de las primeras medidas especiales a ser tomadas por los Estados Parte remite a la necesaria separación y ubicación en establecimientos diferenciados de las personas privadas de libertad que se encuentran en «situación de mayor vulnerabilidad», como lo serían: las mujeres embarazadas, posparto y lactantes; las personas LGBT; las personas adultas mayores; las personas indígenas; y las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad.

De manera coincidente, el Principio 8 de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* de 1955 es retomado por la Regla 11 de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* del 2015, también conocidas como *Reglas de Mandela*⁵.

Por otro lado, un aspecto común que comparten las personas privadas de libertad en «situación de mayor vulnerabilidad» remite a la posibilidad de acceder a penas alternativas a la privación de libertad, siendo que la privación de libertad podría agravar -aún más- la condición de vulnerabilidad que ya se ostenta antes del encarcelamiento.

⁴ Tal como lo refiere el Principio 5.2. del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, especialmente, en lo que respecta a las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos.

⁵ Aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 70/175 del 17 de diciembre de 2015.



Ahora bien, surge la necesidad de referirse a los enfoques diferenciados de derechos humanos de cada una de las poblaciones en condición de vulnerabilidad que motivan este informe, siendo que ya se han abordado los aspectos compartidos y a ser tomados en cuenta en lo que respecta al contexto de privación de libertad como generalidad.

C. Enfoque diferenciado de derechos humanos de las mujeres embarazadas, posparto y lactantes; las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad; las personas indígenas; las personas adultas mayores y las personas LGBT.

Según lo indicado en los apartados anteriores, la aplicación del Principio de Igualdad y No discriminación en el contexto de la privación de libertad amerita tomar medidas especiales y diferenciadas que promuevan una discriminación positiva de grupos de personas históricamente discriminados como lo serían: las mujeres embarazadas, posparto y lactantes, las personas LGBT, las personas adultas mayores, las personas indígenas, y las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad, tal como se enunciará en los siguientes subapartados.

C.1. Enfoque diferenciado de derechos humanos de las mujeres embarazadas, posparto y lactantes y las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad

Primeramente, y al intentar ubicar reglas que permitan construir un enfoque diferenciado de derechos humanos para las poblaciones en condición de vulnerabilidad que se analizan en este informe, se encuentra que al alcance de la Regla 23 de las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* de 1955, las mujeres embarazadas, posparto y convalecientes deben ubicarse en instalaciones



especiales dentro del establecimiento carcelario, con el fin de garantizar una atención adecuada de su condición.

Asimismo, y en relación con las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad, la misma regla promueve que la niña o el niño nazcan en un hospital civil en detrimento de promover los partos en los centros de reclusión. Igualmente, si el parto tuviera lugar en el centro de reclusión no podrá hacerse constar en el acta de nacimiento de la niña o el niño⁶. Una vez que se ha tomado la decisión de que las madres privadas de libertad han de convivir con su hijo en el centro de privación de libertad, debe organizarse una guardería, bajo la coordinación de personal calificado, para que las niñas y niños permanezcan ahí mientras no están al cuidado de sus madres.

Con posterioridad, esta Regla 23 fue retomada y profundizada a través de las Reglas 5, 9, 42, 49, 51, 52 y 53 de las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)*⁷ y las Reglas 28 y 29 de las *Reglas de Mandela*. En particular, y siendo que al emitirse las *Reglas de Bangkok* y las *Reglas de Mandela* ya se encontraba en vigor la *Convención sobre los Derechos*

⁶ Si bien la información del nacimiento de una niña o un niño en un centro de privación no puede consignarse en su acta de nacimiento, mediante el párrafo 51 de la *Recomendación General No. 33: sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado a los Estados Parte la importancia de procurar el levantamiento de datos y estadísticas que permitan conocer la situación de detención de la mujer privada de libertad embarazada y si convive con sus hijos en el centro de reclusión, así como su acceso y el de sus hijos a servicios jurídicos (incluido el análisis de la posibilidad de acceder a penas alternativas a la privación de libertad), sanitarios y sociales (tomándose en cuenta el acceso a programas de capacitación).

⁷ Aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 65/229 del 21 de diciembre de 2010.



*del Niño*⁸, las Reglas 49, 52 y 53 (Reglas de Bangkok) y la Regla 29 (Reglas de Mandela) exigen que la decisión que permitiría a la niña o el niño convivir con su madre en la cárcel, así como separarse y retirarse del recinto penitenciario, ha de tomarse al amparo del *interés superior del niño*⁹.

Aunado a ello, además de los servicios de guardería dispuestos en la Regla 23 ya mencionada, las Reglas 9 y 51 (Reglas de Bangkok) y la Regla 29 (Reglas de Mandela) incorporan la atención sanitaria (reconocimiento médico inicial al ingreso en el centro penitenciario y servicios de seguimiento constante a cargo de especialistas) como servicio necesario para las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad. Por último, se enfatiza la condición de no recluso que ostenta la niña y el niño que convive con su madre, o padre, en el centro de privación de libertad.

⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 02 de septiembre de 1990 de conformidad con su artículo 49.

⁹ Según se interpreta de lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño,

(...) a través de la Observación General (OG) CRC/GC/2003/5: “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, ha indicado que los artículos 2 (Principio de No Discriminación), 3 párrafo 1 (Principio del Interés Superior del Niño), 6 (Derecho a la Vida-Principio de Supervivencia y Desarrollo) y 12 (Derecho del niño a expresar su opinión y ser escuchado-Principio de Participación Activa) cumplen con la característica de principios rectores y su aplicación por parte de los Estados Miembros resulta indispensable para adoptar (...) una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia. Esto quiere decir que todo Estado Miembro ratificante de la CDN, ha de realizar todo tipo de esfuerzos dirigidos garantizar el cumplimiento de los derechos de las NNyA sin discriminación, observando su interés superior, promoviendo su desarrollo y supervivencia y con amplias posibilidades de participación activa sobre todo aquello que les incumbe. Las implicaciones de aplicar los principios rectores de la CDN como ejes transversales conlleva analizar los demás derechos desde esta óptica (...). (Moreno Buján, 2015, pp. 184-185).



Continuando con el análisis del enfoque diferenciado de derechos humanos de las mujeres embarazadas, posparto, lactantes y las niñas y niños que conviven con sus madres en contextos de privación de libertad, las Reglas 6, 15, 25.2, 33, 39 y 48 de las *Reglas de Bangkok* remiten a la prestación de servicios de salud especializados a estas poblaciones. En concreto, las reglas indicadas remiten a:

- un examen físico exhaustivo;
- la determinación del historial de salud reproductiva (documentación de embarazos y partos anteriores y en curso) y aspectos afines;
- el ingreso a programas de tratamiento sobre el uso indebido de drogas cuando sea requerido;
- la identificación y análisis de necesidades especiales, tanto de la gestante y/o madre y los hijos que conviven con ella en el centro de reclusión;
- la observancia de tradiciones culturales en caso de que la gestante y/o madre y los hijos que conviven con ella en el centro de reclusión pertenezcan a Pueblos Indígenas o cualquier otra población culturalmente diversa;
- la promoción de un enfoque de la salud basado en las necesidades de desarrollo de la niña o el niño que convive con su madre en la cárcel;
- la especial vigilancia del estado de salud de las gestantes menores de edad privadas de libertad;
- el acceso a un programa nutricional saludable (asesoramiento nutricional; promoción de la lactancia materna; acceso a una alimentación gratuita, suficiente y puntual para la gestante y/o madres lactantes, los bebés y/o sus hijos en convivencia penitenciaria; posibilidad de realizar actividad física habitual; y revisión de tratamientos médicos que puedan estar vinculados y/o



asociados a la alimentación), elaborado y supervisado por profesionales especializados; y

→ para aquellas mujeres víctimas de abuso sexual y/o violación que resultaren embarazadas, el acceso a servicios de asesoramiento/apoyo jurídico y orientación médica (tanto física como mental) necesarios y pertinentes.

Por otro lado, en lo que concierne a los aspectos de convivencia en el centro penitenciario, la Regla 22 (Reglas de Bangkok) y la Regla 45.2 (Reglas de Mandela) proscriben la aplicación de la sanción de aislamiento y/o segregación disciplinaria de las mujeres embarazadas, posparto, en lactancia y las madres que conviven con sus hijos en la cárcel. Es importante recalcar que, mediante la Regla 48.2 (Reglas de Mandela) se prohíbe la coerción física, únicamente, de las mujeres embarazadas que estén cercanas a parir, en labor de parto y posparto.

Al respecto, es importante visibilizar que, en el caso costarricense, la aplicación de las sanciones administrativas penitenciarias puede ser arbitraria para esta población puesto que no se cuenta con un cuerpo normativo que regule las faltas y las sanciones específicas de forma específica. Sobre el particular, Mora Brenes y Godínez Zárate (2019) señalan que las madres privadas de libertad sufren la imposición de sanciones «de forma sutil» que impactan gravemente su propio derecho a la salud y el de sus hijos convivientes en el centro penitenciario; como lo podría ser atrasar u obstaculizar una llamada al médico para atenderse a ella misma o a su hijo o dilatar las gestiones de egreso a un centro médico cuando resulte necesario.

En este sentido, véase la siguiente tabla donde se sintetizan algunas percepciones de mujeres madres privadas de libertad con las que los investigadores han tenido contacto en el Centro de Atención Institucional (CAI) Vilma Curling Rivera:



Tabla No. 1
Percepciones de mujeres privadas de libertad que conviven con sus hijos en el CAI Vilma Curling Rivera, según los hallazgos de investigación de Mora Brenes y Godínez Zárate (2019)

Por ejemplo, las madres privadas de libertad no podrían, en caso de que su hija (o) tenga una emergencia médica, la posibilidad de utilizar el teléfono y llamar a emergencias médicas para ser recogido por una ambulancia con la misma facilidad que una madre en la comunidad, cuando su niño se enferma o en casos de emergencias que pongan en peligro la integridad física o la salud tanto del niño como de la madre.

Estas madres no pueden acceder tan fácilmente a una simple llamada telefónica. Pues deben pasar por una serie de situaciones complejas, características de un centro de privación de libertad en la que la jerarquía administrativa – y en el que el ambiente de seguridad- es imperativo. Así, que cuando el niño presenta alguna situación especial en su salud que debe ser atendida, el procedimiento tiende a pasar primeramente por la comunicación con la persona que está ejerciendo el rol de policía penitenciario en el momento.

Lo anterior quiere decir que el mensaje debe pasar primero por una tercera persona que tiene, en la práctica la posibilidad de ejercer y determinar -bajo nada más y nada menos que su voluntad-, la evaluación de la situación para determinar si transmite el mensaje o no a las oficinas administrativas correspondientes. En este caso en particular el proceso inicial de comunicación sería: i) dependiendo de la situación, solicitud verbal o por escrito a personal de policía penitenciario; ii) decisión del funcionario de transmitir o no el mensaje, según su criterio; iii) llegada de solicitud a la Unidad de Atención de Salud; iv) tramitación, coordinación y decisión del personal acerca de solicitud; v) permiso y traslado –ya sea interno o externo- mediante coordinación del personal administrativo, de la policía penitenciaria y el personal de la CCSS que trabaja en la clínica de atención de la salud vi) atención de consulta.

Se demuestra, pues, que existen obstáculos en la práctica que resultan ser un verdadero obstáculo ya que se enraíza dentro de la dinámica de la sub-cultura penitenciaria-que en gran parte depende de factores sociales como la relación que tengan las madres con determinada persona en ejercicio de su función como policía penitenciario o bien con el personal administrativo.

Aunado a lo anterior, se conoce de manera pública, y agravado por el hecho de que no existe un reglamento de comportamiento que regule las sanciones ante las faltas que cometan las mujeres privadas de libertad durante el tiempo de la sentencia. Esta situación de vacío legal facilita acciones cuestionables, ya que en muchas ocasiones se sanciona a las privadas de libertad de maneras “sutiles” que rozan en el abuso de autoridad, la cual es una conducta llevada a cabo por el personal penitenciario basado en una relación de poder, jerarquizada y desigual.

Es así, como diversas madres manifestaron que han existido situaciones la atención depende de la relación personal que tengan con el funcionario. Lo cual deriva, en ocasiones, a situaciones de tipo represalia (al omitir la comunicación y debida tramitación de la solicitud de atención de salud a la instancia correspondiente) o como incentivo para el buen comportamiento. Lo que ha llevado a concluir que el factor social y la dinámica social inciden significativamente ya que determina y depende, finalmente, de las personas que estén involucradas y de su buena fe. Es por eso, que urge un proceso de debida notificación supervisión y monitoreo por parte del PANI de las solicitudes de atención a la salud, especialmente cuando se trate de los niños y niñas que residen en el módulo materno-infantil del CAI Vilma Curling.

Asimismo, resulta importante retomar el tema que sale a la luz y es: que no existe un código o ley que especifique las sanciones específicas para determinadas faltas en las que puedan incurrir las privadas de libertad. Es decir, no existe un código de conducta oficial dentro del centro penitenciario que guíe el comportamiento ante determinadas situaciones.

Como consecuencia de esto, existe una tendencia bastante extendida y normalizada en el quehacer penitenciario y es que los beneficios o los castigos dependen del buen o mal comportamiento de las madres o, como es conocido en algunos casos, dependiendo de la buena o mala relación que tengan con el personal penitenciario. Esto no solamente afecta gravemente el acceso de estas mujeres a sus derechos y a tener una vida



relativamente normal dentro de la cárcel, sino que afecta directamente a los menores cuando están involucrados.

Así, se conocen casos en los que los niños no tienen un acceso adecuado a su atención porque el personal considera que las madres “sobre-utilizan” el servicio de salud ya que existe la creencia de que salir del módulo materno porque “están aburridas” o quieren utilizar ese medio “para medios ilícitos” o debido a que no existe suficiente personal para atenderlas ya que en ocasiones las mujeres se encuentran en deteriorado estado de salud mental y se hacen daño con objetos punzocortantes lo cual requiere de inmediata atención médica.

De ahí, también la reticencia a que otras entidades externas a la cárcel ingresen sin mayores obstáculos – sin mayor planeamiento y anticipación- a realizar visitas o supervisiones de las situaciones. Incluso, al haber ingresado a hablar con las privadas de libertad, el grupo al que se nos permitió el acceso, fue al grupo de mujeres líderes – quienes, dentro del centro, mantienen buenas relaciones con el personal administrativo y de seguridad. Cabe cuestionar también si estas perspectivas son completas e integrales, ya que el “focus group” al que tuvimos acceso no fue creado bajo criterios objetivos, sino que se trató de un grupo selecto de mujeres percibidas como líderes positivas dentro del módulo y mantienen buenas relaciones con el personal del CAI.

Fuente: Elaboración propia a partir de la investigación elaborada por Mora Brenes y Godínez Zárate, 2019, pp125-128.

En otro orden de ideas, no debe quedar por fuera del presente análisis la dimensión de la convivencia de las niñas y los niños y sus madres en el centro de privación de libertad. En concreto, la Regla 21 de las *Reglas de Bangkok* destaca que las labores de inspección que se realizan a las niñas y niños deben ser competentes, profesionales y en observancia de su dignidad. Se entiende que estas labores de inspección son anómalas y presentan una discontinuidad en la rutina de interacción que se debe promover entre las madres y sus hijos, por lo tanto, un actuar negligente, poco planificado y desproporcionado en la reiteración de las inspecciones puede generar un impacto negativo en las madres y sus hijos.

Por último, en lo que respecta al enfoque diferenciado de derechos humanos de las mujeres embarazadas, posparto y en lactancia, así como las niñas y niños que conviven con sus madres en los centros penitenciarios, la Regla 64 de las *Reglas de Bangkok* promueve, cuando resulte posible y apropiado, la imposición de penas alternativas a la privación de libertad a las mujeres



embarazadas y las que tienen niñas y niños a cargo, considerándose de forma prioritaria el *interés superior del niño* y su adecuado cuidado¹⁰, siendo que

en los ambientes carcelarios, aunque las mujeres son minoría, es cierto que, la mayoría de las mujeres encarceladas son madres, de manera que encarcelar una mujer puede significar, además de eventuales violaciones a sus derechos, la violación de los derechos de sus hijos, que pueden vivir en la prisión con ella o pueden quedarse 'afuera' y vivir separados de ella. Eso porque, "en el ámbito carcelario, las niñas y niños deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto al aseguramiento de sus derechos en materia de educación, salud y vínculos con el exterior, pero con un mayor grado de vulnerabilidad". A partir de aquí, por lo tanto, se genera un escenario de conflictos. El primer conflicto evidente que se deriva de la situación es la vulneración de los derechos humanos de los niños en tanto sujetos de derechos. (Lora, 2012, pp. 6-7).

C.2. Enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas indígenas privadas de libertad

En lo que respecta a la construcción de un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas indígenas, resulta necesario tomar como punto de partida y eje transversal del enfoque, las disposiciones emanadas de la

¹⁰ Para la aplicación integral de la Regla 64 de las Reglas de Bangkok, los Estados Parte han de contemplar las disposiciones emanadas de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*, conocidas también como Reglas de Tokio (adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990).



*Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*¹¹, siendo que proclama, por un lado, el ejercicio, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas pertenecientes a minorías en condiciones de igualdad y libres de toda discriminación, y por otro, motiva a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias que permitan lograr ese ejercicio, goce y disfrute pleno de derechos humanos de la población beneficiaria.

Ahora bien, en lo referido a la aplicación de reglas específicas que recepten un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas indígenas privadas de libertad, se ubica en primera instancia el Artículo 10 del *Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales*¹², también conocido como Convenio No. 169 de la OIT, señalando que a la hora de imponerse sanciones penales a personas indígenas han de tenerse en cuenta, primordialmente, dos aspectos:

- a) al imponerse sanciones penales a personas indígenas, provenientes de un sistema jurídico que no es el de la **Justicia Propia**¹³, han de considerarse las características económicas, sociales y culturales del Pueblo Originario al que pertenece la personas privada de libertad; y

¹¹ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

¹² Adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989 en el marco de su septuagésima sexta reunión.

¹³ Se entenderá por Justicia Propia de los Pueblos Originarios aquella que se encuentra enunciada en los numerales 34 y 35 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 61/295 del 13 de setiembre del 2007), la cual remite al derecho que ostentan los Pueblos Indígenas de desarrollar, promover y mantener sus estructuras institucionales, donde se hacen representar sus costumbres, ritos, cosmovisión y sistema jurídico, implicando esto último su capacidad de determinar las responsabilidades pertinentes cuando uno de sus miembros realiza actos contrarios a su sistema de reglas.



b) a la hora de dilucidarse sobre la sanción penal aplicable, deberá optarse por sanciones distintas al encarcelamiento, tomándose en cuenta entonces las disposiciones emanadas de las *Reglas de Tokio*.

El primer aspecto que enuncia el numeral 10 del Convenio No. 169 OIT, reviste especial importancia puesto que su operacionalización implica que, a la hora de tomarse la decisión de imponer la sanción de la pena de privación de libertad resulta necesario que se realice un peritaje cultural sobre los aspectos culturales, sociales y económicos de la etnia a la que pertenece la persona indígena que será privada de su libertad.

¿Por qué es importante realizar el peritaje cultural antes de que la persona indígena sea privada de su libertad? Justamente, porque permitiría identificar si la persona indígena imputada ya fue sometida a un proceso y una sanción del sistema jurídico autóctono (Justicia Propia) y evitaría la doble aplicación de sanciones por la comisión de un mismo acto, transgrediéndose así el *Principio Non bis in idem*. Por otra parte, este tipo de análisis sociológico y antropológico, que constituye un derecho humano de la persona indígena, permitiría identificar también posibles errores de prohibición culturalmente condicionados.

Para poder identificar los aspectos que recién se mencionaron, surge la necesidad de vislumbrar un concepto amplio de acceso a la justicia en lo que respecta a los Pueblos Originarios, a saber:

el acceso a la justicia de los Pueblos Indígenas podemos verlo en dos dimensiones; la primera, considerada como la concepción clásica, utilizada por la doctrina y los sistemas de protección de los Derechos Humanos, que implica “la posibilidad real de llevar cualquier conflicto de intereses (sean individuales o colectivos) ante un sistema de justicia y de obtener su justa resolución, entendiendo por sistema de justicia



todos los medios para atender y resolver conflictos, que sean reconocidos y respaldados por el Estado” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos [IIDH], 2006, pág. 29). La segunda, que al mismo tiempo debiera ser un punto importante en la agenda política de los Estados con población indígena, radica en la responsabilidad del Estado de conocer, reconocer y establecer conjuntamente con los Pueblos Indígenas, las jurisdicciones consuetudinarias plausibles de resolver conflictos individuales y colectivos de las personas indígenas, como sistema de justicia de primer nivel y/o acceso para estos pueblos. (Moreno Buján, 2012, p.60).

Aunado a ello, el segundo aspecto que proclama el numeral 10 del Convenio No. 169 OIT también requiere de un estudio multidisciplinario donde se tome en cuenta el peritaje cultural referido, debiendo hacerse constar que las *Reglas de Tokio* se han analizado en torno al caso de la persona indígena imputada, donde la privación de libertad debería ser la última consideración a la hora de dilucidarse sobre la aplicación de la sanción penal.

Al respecto, y en lo que concierne al caso costarricense, según se señala en el *Perfil de los Pueblos Indígenas de Costa Rica*, coordinado por el antropólogo y experto en peritaje cultural Dr. Marcos Guevara Berger y que contó con la participación de facilitadores indígenas representando los territorios indígenas de Guatuso (Maleku); Quitirrisí y Zapatón (Huetar); Chirripó (Cabécar); Nairí-Awarí, Taynín y Telire (Huetar); Talamanca (Bribri); aldeaños a Buenos Aires (Brunka); y los territorios Ngöbes, resulta relevante contextualizar y visibilizar que, si bien existen diversos instrumentos de derechos humanos que receptan la necesidad de promover un acceso a la justicia respetuoso de los derechos humanos de las



personas indígenas, lo cierto es que los miembros de los Pueblos Originarios perciben lo siguiente:

Tabla No. 2:

Resultados principales del *Perfil de los Pueblos Indígenas de Costa Rica* (Guevara Berger, 2000) que están relacionados con el acceso a la justicia en un sentido amplio

<p>EL DERECHO CONSUETUDINARIO Y LA JUSTICIA</p>	<p>Como se explicó, el Convenio 169 de la OIT, norma de rango constitucional, plantea la obligatoriedad del Estado de tomar en cuenta las costumbres indígenas y, por ende, sin mencionar directamente este vocablo, reconoce fuerza legal al derecho consuetudinario, es decir al derecho que se deriva de la costumbre propia.</p> <p>Este principio, desgraciadamente no ha sido explorado con la suficiente fuerza, pues son aún muy pocos los casos en que se recurre en los tribunales a esta fuente de derecho para dirimir problemas de las comunidades indígenas que trascienden las fronteras de sus territorios. Sin embargo, tampoco a lo interno de los territorios ocurre, en la mayoría de los casos, una clara aplicación del derecho consuetudinario, pues usualmente se tiene la concepción de que no tiene ese respaldo en el ordenamiento jurídico nacional.</p> <p>En este sentido, es importante disponer mecanismos para informar de la vigencia de este derecho, tanto a lo interno de las comunidades indígenas como en todos los tribunales que ventilan casos relacionados con ellas. Hacia estos últimos parece ser también necesario prever niveles de información suficientes sobre la legislación vigente en el tema, pues se señalan no pocos casos en que los jueces simplemente ignoran los derechos de las comunidades indígenas y resuelven casos de una manera cuestionable, que luego requiere de apelaciones.</p> <p>La concepción de la justicia es, sin duda alguna, un campo en que se expresa la cultura de la sociedad dominante, si recordamos que muchas normas jurídicas tienen origen en normas culturales. En tal sentido, la imposición de la justicia puede convertirse, paradójicamente, en un instrumento de injusticia para los pueblos indígenas que tienen otros rasgos y principios culturales. Por ejemplo, el sistema de filiación familiar que impone la legislación vigente, centrado en la idea de la herencia nominal paterna (e incluso de otros rasgos), choca directamente con concepciones que algunos pueblos indígenas tienen, como es el caso de los Bribris y Cabécares. Para estos, la filiación es matrilineal, por lo tanto, los individuos pertenecen al grupo familiar de la madre. De esta concepción se derivan muchas otras características, como la herencia de la tierra, la residencia de la familia (tradicionalmente en el territorio del clan materno). No hay ninguna razón de peso, creemos, para pensar que deba imponerse la concepción dominante, la cual provoca confusión, desinterés por la cultura, aculturación e incluso desintegración familiar. Existen innumerables normas que el Estado impone y que chocan con concepciones propias de los pueblos indígenas, como se ha tratado de señalar en otros apartados.</p> <p>Creemos que en la mayoría de los casos el Estado no ha actuado con un afán de desestimular las culturas indígenas sino por mera ignorancia de las costumbres que para los pueblos indígenas tienen fuerza normativa. Por ello también planteamos que es fundamental que se pongan en práctica, desde el mismo Estado, procesos que fomenten que los propios pueblos indígenas puedan "normativizar" o sistematizar sus normas de derecho consuetudinario autónomamente, de forma a que también sean aplicables o de consideración en los órganos jurisdiccionales oficiales cuando proceda.</p>
<p>ORGANIZACIÓN</p>	<p>La posibilidad de que los pueblos indígenas puedan definir sus propias estructuras organizativas, constituye una condición para lograr mecanismos más democráticos y justos de representación que los que han caracterizado la situación hasta el momento.</p>



Como se expuso, las Asociaciones de Desarrollo Integral (ADI), que fueron formas impuestas por ley como "gobiernos locales", a pesar de algunas excepciones de buen funcionamiento, han generalmente resultado funestas para lograr que las comunidades se desarrollaran y lograran su reproducción social y cultural. Debido al vínculo de las ADI con la política institucional de CONAI (expuesta en otro capítulo), alrededor de esta forma de organización han girado numerosos intereses politiqueros que han impedido que las comunidades articularan en forma clara su representación ante el Estado. En muchas de las comunidades indígenas, las ADI, hoy, se puede decir que no son representativas de las mismas, pues en ellas participan relativamente pocos afiliados. Por otro lado, en los territorios en que hay presencia no indígena mayoritaria o muy numerosa (como en algunos de los territorios de Buenos Aires), muchas veces se ha dado que los mismos no indígenas terminen controlando estos órganos, lo cual invalida totalmente su carácter de representación de la comunidad indígena.

Es importante que se fomenten condiciones favorables para que las comunidades indígenas de todo el país discutan en torno a las formas de organización que, a su consideración, mejor los representan, de tal forma que se construyan estructuras más democráticas y que las relaciones de las comunidades con el Estado sean más fluidas y libres (no manipuladas). Algunas comunidades como la de Talamanca Bribri, están dando la pauta en este momento, pues no han esperado a que se transformen las leyes para empezar a cambiar la forma en que funciona la ADI y transformarla en un proceso mucho más participativo y democrático. Así, los directivos de la ADI coordinan todas las acciones con Consejos Comunales electos por cada una de las comunidades locales, de forma a que se ha generado una situación de casi permanente plebiscito. Quizás en otros territorios indígenas no haya condiciones tan favorables como las de Talamanca para que se puedan poner en marcha este tipo de experiencias. Por ello es que estimamos necesario que el Estado defina un marco legal para hacerlo posible.

El proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo ha sugerido la creación de un mismo tipo de estructura para todos los territorios, llamado Consejo Territorial. Este tipo de organismo puede funcionar adecuadamente, creemos, en la medida que la misma propuesta plantea que sean las comunidades mismas las que definan la "letra menuda" de esta estructura, es decir definan los procedimientos específicos de funcionamiento de la organización en cada territorio, de tal forma a que se reflejen también las particularidades, pues las hay (por ejemplo, los Ngöbes aún mantienen una estructura política centrada en el "cacique").

Fuente: Elaboración propia a partir de lo referido por Guevara Berger, 2000, pp. 175-178.

Por otro lado, la defensora pública costarricense en materia de asuntos indígenas, Licda. Ligia Jiménez Zamora, ha señalado que en cuestiones penitenciarias vinculadas a personas indígenas

(...) el Poder Judicial hasta el año 2016 no tiene estadísticas de las personas indígenas que forman parte de cualquier tipo de procesos, y en ese sentido tampoco tiene datos sobre la cantidad de sentencias con personas indígenas. Es así como hay una invisibilización no solo cuantitativa sino también



cuantitativo de esta población vulnerable. (...) los indígenas en Costa Rica se encuentran privados de libertad lejos de sus pueblos y de sus lugares de residencia, ya que el sistema penitenciario los ingresa a la cárcel en la que haya espacio y no necesariamente por cercanía a sus comunidades, alejándolos así de éstas, y ello sumado a la pobreza, deriva en que rompan sus lazos familiares y culturales, lo cual se refleja al no contar con arraigo familiar, domiciliar y mucho menos laboral, situación que dificulta su egreso. (...) Sumándose en tercer lugar la imposibilidad de atención a partir de medicina tradicional y respeto a sus creencias espirituales y a su idioma materno. Además, el sistema penitenciario para el año 2016 no tenía intérpretes ni traductores que se pudieran utilizar en los abordajes interinstitucionales. (Jiménez Zamora, 2018, pp. 12-13).

Lo indiciado por Jiménez Zamora (2018) coincide con la recopilación de percepciones de personas indígenas desarrollado por Guevara Berger (2000), y que vendría a plantear dudas sobre la verdadera aplicación y operacionalización del numeral 10 del Convenio No. 169 OIT en lo que obedece al respeto del punto de partida de un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas indígenas privadas de libertad.¹⁴

¹⁴ En el mismo sentido, Del Cid, Rodríguez Oconitrillo y Valdivia (2011) señalan lo siguiente:

en el año 2005, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos inició una investigación sobre las personas indígenas privadas de libertad por asuntos migratorios en la región centroamericana, bien en los sistemas penitenciarios o en instalaciones administrativas. Ninguna autoridad penitenciaria o migratoria en los siete países de estudio conocía a la población indígena bajo su jurisdicción; es más, ningún operador de justicia (fiscales, jueces



El numeral de comentario, ha venido a ser profundizado por los numerales 3, 4, 5, 11, 12, 26, 27, 33, 34, 40 de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* del 2007, en lo que respecta a tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de las personas indígenas a la hora de tomarse una decisión judicial (especialmente penal). Asimismo, la Declaración es enfática en visibilizar la obligación de los Estados Parte en cuanto a tomar en consideración las costumbres, las tradiciones y las normas que componen los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas a la hora de tomarse decisiones que impliquen a alguno de los miembros de estos pueblos. Esto quiere decir que, los Estados Parte están obligados a conocer, respetar, no transgredir y/o tomar decisiones contrarias a los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas cuando se intenten dirimir conflictos o controversias donde se presenta como parte una persona indígena.

A criterio de la suscrita y según la observancia de las disposiciones hasta acá expuestas, se vuelve necesario dimensionar que en aquellos sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas en donde no exista la pena privativa de libertad el sistema jurídico nacional se vería impedido de aplicar ese tipo de

o defensores públicos) tenía un registro que permitiera identificar a esa población. (...) En el caso particular de Costa Rica, se visitaron los centros de detención de Limón, Pérez Zeledón y la Reforma (en San José) para preguntarles directamente a las trabajadoras sociales penitenciarias si conocían de la presencia de personas indígenas en el centro, ya que los directores de esos centros tampoco sabían. De esta forma, se logró ubicar a 66 personas indígenas privadas de libertad y armar una muestra nacional para la evaluación. Del estudio de sus expedientes judiciales se conoció que muchos habían aprendido a hablar español en la cárcel y que, excepcionalmente, se había invocado el Convenio 169 de la OIT en sus procesos, pero de forma inadecuada debido a que los funcionarios no tenían conocimientos técnicos sobre la materia. Ante los hallazgos, la pregunta ineludible fue: ¿cómo fueron estas personas condenadas en un proceso penal si no comprendían ni hablaban español? (pp. 122-123).



sanción penal a las personas indígenas que pertenecen a los pueblos donde la pena privativa de libertad es inexistente.

Por otro lado, y tomándose en cuenta otros instrumentos de derechos humanos que permiten esbozar un enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas privadas de libertad indígenas, se ubica el Principio No. 3 de los *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos* proclamados en 1990¹⁵, donde se establece la necesaria observancia de las necesidades de las personas cultural y religiosamente diversas, implicando esto incluso la adecuación de los espacios penitenciarios en aras de respetar y proteger los preceptos culturales y creencias religiosas de las personas privadas de libertad.

Este principio ha venido a ser retomado y profundizado por las reglas 54 y 55 de las *Reglas de Bangkok*, donde las autoridades de los centros penitenciarios han de promover y desarrollar, en consulta con las mujeres indígenas privadas de libertad, programas, iniciativas y servicios (tanto anteriores como posteriores a la puesta en libertad) que atiendan sus necesidades culturales y/o religiosas.

Además, mediante los párrafos 61, 63 y 64 de *la Recomendación General No. 33: sobre el acceso de las mujeres a la justicia*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado a los Estados Parte que, al reconocerse a través de diversos instrumentos de derechos humanos y normas locales la existencia de sistema jurídicos además del nacional-constitucional, se deben garantizar los derechos de las mujeres indígenas tanto en el sistema jurídico nacional como en el sistema jurídico consuetudinario autóctono según su etnia de pertenencia.

Para operacionalizar esta garantía, la misma Recomendación refiere a la necesidad de armonizar las prácticas consagradas en los sistemas jurídicos consuetudinarios con la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de*

¹⁵ Adoptados y proclamados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.



Discriminación contra la Mujer, en aras de promover un acceso a la justicia en sentido amplio sin que implique un choque o conflicto entre sistemas jurídicos (consuetudinario y nacional-constitucional). Al respecto, las acciones necesarias para efectuar esa armonización remiten a:

- Diseño y promulgación de legislación que regule de forma clara la relación entre los sistemas consuetudinarios y el sistema jurídico nacional-constitucional.
- Creación de mecanismos de verificación y reconocimiento de la codificación de los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas.
- Establecimiento de alianzas de cooperación entre los operadores de los sistemas jurídicos con la finalidad de reforzar la protección de los derechos de las mujeres.
- Desarrollo e implementación de programas de capacitación dirigidos al personal y miembros de los sistemas de justicia (consuetudinario y nacional-constitucional), con el fin de armonizar los sistemas jurídicos consuetudinarios con las disposiciones de la Convención.

Aunado a la indicado, las acciones de armonización que establece la Recomendación de comentario tendrían que hacerse acompañar de un cuerpo de intérpretes, siendo que muchas veces las personas indígenas que han de justiciar sus derechos humanos no necesariamente son bilingües; es decir, que tengan manejo instrumental de la lengua hegemónica a través de la cual se construye el sistema jurídico nacional-constitucional además de su lengua materna.

Resulta de especial importancia referirse a la necesaria introducción de intérpretes como aspecto transversal del acceso a la justicia de las personas indígenas. Tal como lo señalan Del Cid, Rodríguez Oconitrillo y Valdivia (2011) para el caso costarricense, luego de realizarse una investigación sobre el estado del acceso a la justicia de las personas indígenas privadas de libertad en el país, se dio como hallazgo la identificación de un número considerable de personas



indígenas en el sistema penitenciario que no comprendían el español o lo habían aprendido encontrándose privados de libertad. Por otro lado, no conocían el Convenio No. 169 de la OIT, y por ende, este instrumento de obligatoria aplicación en los causas judiciales que comprenden a las personas indígenas como partes procesales no había sido aplicado a la luz de cada caso concreto. En particular, los investigadores señalan que

los resultados de la investigación motivaron a la Directora de la Defensa Pública —que es parte integral del Poder Judicial— a ordenar la elaboración de un estudio nacional sobre las causas de las condenas de las personas indígenas privadas de libertad, y la revisión de sus procesos. (...) Al revisar también las circunstancias que rodearon los procesos en términos del acceso a intérpretes, invocación correcta del Convenio 169 de la OIT, solicitud de medidas sustitutivas de la prisión como sanción, realización de audiencias en las comunidades indígenas y solicitud de peritajes antropológicos o culturales, se pudo establecer que existía un estado de cosas ciertamente discriminatorio y amparado por prácticas judiciales incorrectas. (...) El estudio reveló que **había únicamente un intérprete a lenguas indígenas y que los jueces excepcionalmente consideraban emplearlo** cuando las partes (o una de ellas) no comprendían el español, en cuyo caso se llamaba a un miembro de la comunidad para que gratuitamente intentara interpretar durante el proceso judicial. (...) Por otra parte, el estudio también encontró **la negación, en la práctica, al derecho de ser juzgado bajo**



condiciones del derecho indígena o consuetudinario, dado que las disposiciones internacionales establecen que los jueces, fiscales y defensores deberían aceptar que las causas fuesen primeramente juzgadas en la comunidad indígena de origen, (...). Otra situación documentada en el mencionado estudio fue la actitud de los funcionarios (de seguridad, administración y auxiliares) en la mayoría de los despachos judiciales (...) se constataron dos significativos ejemplos: en una fila para presentar denuncias, se atendía en último lugar a las personas indígenas, no se procesaban bien las denuncias porque se consideraban de “poca importancia” y no se las atendía cuando buscaban información sobre un expediente o causa o proceso pendiente. Muchas causas eran archivadas, y las que llegaban a resolución judicial no reflejaban un conocimiento del mundo indígena y sus derechos. (...) a nivel penitenciario, las personas indígenas no podían disfrutar de algunos beneficios como el resto de la población encarcelada debido a la lejanía de sus comunidades y a sus culturas e idiomas propios. Estas personas no tenían la posibilidad de obtener un trabajo para optar a un régimen de confianza, ni tampoco de recibir visitas familiares y conyugales. Esa realidad menoscababa aún más sus posibilidades de convivir internamente y de reincorporarse posteriormente a sus pueblos de



origen. (Destacado no pertenece al original). (pp. 123-124).

Lo indicado por Del Cid, Rodríguez Oconitrillo y Valdivia (2011), vuelve imperante la operacionalización de las *Reglas de Brasilia* en lo que respecta a la aplicación de las disposiciones referidas al acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y en especial, los miembros de Pueblos Originarios. En concreto, ha de garantizarse:

- la promoción de la asistencia técnico-jurídica (asesoría y defensa) y la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no sólo en el ámbito penal, promoviéndose la creación de consultorías jurídicas con la participación de universidades, casas de justicia, colegios o barras de abogados (Reglas 28 y 29);
- la asistencia técnico-jurídica de **calidad, especializada y gratuita cuando no se puedan afrontar sus costos** (Reglas 30 y 31);
- el acceso a un intérprete y el derecho a expresarse en el idioma materno (Reglas 32 y 49);
- la revisión de las reglas procedimentales y adopción de medidas especiales de organización y gestión judicial (simplificación y divulgación de requisitos para la práctica de actos procesales, promoción de la oralidad, elaboración de formularios para agilización de trámites y anticipo jurisdiccional de la prueba) (Reglas 34, 35, 36 y 37);
- la difusión, promoción y participación activa en procesos de resolución alternativa de conflictos (RAC) cuando resulte aplicable (Reglas 43 a la 47);
- la estimulación de la Justicia Propia de los Pueblos Indígenas y la armonización de los sistemas de administración de justicia (consuetudinario y nacional-constitucional) basado en el Principio de Respeto Mutuo (Regla 48);



- la realización de peritajes culturales (Regla 49);
- la adaptación del lenguaje técnico y la abstención de emitir juicios de valor en la celebración de actos judiciales (Reglas 60, 61, 72 y 73);
- la adopción de medidas especiales que garanticen la vida de las personas sometidas a un peligro de victimización reiterada y/o repetida y la protección de efectiva de sus bienes jurídicos a la hora de intervenir en un proceso judicial (Reglas 75 y 76);
- el respeto y observancia de las costumbres y las tradiciones culturales a la hora de la celebración de los actos judiciales (Regla 79);
- la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas (Regla 80);
- la posibilidad de prohibir la toma y difusión de imágenes, ya sea fotográfica o audiovisual, cuando afecte gravemente la dignidad de la persona en condición de vulnerabilidad inmersa en el proceso jurisdiccional (Regla 81); y
- no favorecer la publicidad y divulgación de datos sensibles de la persona en condición de vulnerabilidad inmersa en el proceso jurisdiccional (Reglas 83 y 84).

Por último, en lo que respecta al enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas indígenas privadas de libertad, ha de tenerse en cuenta el numeral 5 de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*¹⁶, siendo que establece la obligación de los Estados Parte de desarrollar enfoques diferenciados de derechos humanos para las personas en condición de vulnerabilidad que impacten sus políticas públicas, planes de trabajo y legislaciones en lo que respecta al envejecimiento y la vejez,

¹⁶ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 15 de junio de 2015 en el marco del Cuadragésimo Quinto Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General.



con especial atención en la víctimas de discriminación múltiple como lo serían las persona indígenas.

C.3. Enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas adultas mayores privadas de libertad

Inicialmente, un enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas adultas mayores privadas de libertad podría tener como punto de partida los *Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad* de 1991¹⁷, donde se establecen aspectos generales sobre las condiciones mínimas que deben promover los Estados Parte en lo que respecta a garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos de las personas adultas mayores.

En particular, los principios enmarcados en la dimensión de *Cuidados* (Principios 10 al 14), *Autorrealización* (Principios 15 y 16) y *Dignidad* (Principios 17 y 18), han de ser especialmente tomados en cuenta y operacionalizados a la hora de establecer un enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas adultas mayores privadas de libertad. En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha señalado que

(...) los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de la tercera edad, adoptados en 1991, proporcionan lineamientos generales que aplican para los derechos y necesidades de todas las personas de la tercera edad, y que cubren los principios que deben guiar las políticas y programas de actividades desarrollados para reclusos de la tercera edad. Además, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para

¹⁷ Adoptados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 46/91 del 16 de diciembre de 1991.



el tratamiento de reclusos aplican para todos ellos, sin discriminación alguna. Por lo tanto la igualdad de trato y acceso a los servicios que se cubre en las Reglas mínimas, implica que las autoridades penitenciarias están obligadas a tomar acciones positiva para garantizar el acceso en igualdad de condiciones con los demás de todos los grupos vulnerables, incluyendo reclusos de la tercera edad, a todas las instalaciones y programas de actividades del recinto penitenciario. (2011, p.133).

Por otro lado, se encuentra la *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, promulgada en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento en el año 2002. Esta Declaración contempló tres ejes sustanciales, a saber: el desarrollo de las personas adultas mayores; la promoción de su salud y bienestar; y la promoción de entornos emancipadores y propicios para el envejecimiento y la vejez. Sumado a ello, la perspectiva de acceso a la justicia se encuentra concebida como un eje transversal en la Declaración.

En este sentido, las *Reglas de Brasilia* profundizan la perspectiva de acceso a la justicia de manera especializada, al considerar a la población adulta mayor como una población en condición de vulnerabilidad respecto a su acceso a la justicia. También, estas Reglas reconocen a la población referida como un grupo en «situación de mayor vulnerabilidad» cuando se trata de personas adultas mayores privadas de libertad.

Este doble reconocimiento y/o agravamiento de la condición vulnerabilidad que realizan las *Reglas de Brasilia*, también se observa al alcance del numeral 9 inciso c) de la *Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe*, adoptada en la tercera Conferencia regional



intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe celebrada en el año 2012. El numeral 9 mencionado, establece el compromiso de los Estados Parte en cuanto a garantizar la protección especial de las personas adultas mayores que por padecer otras condiciones de vulnerabilidad se encuentran en un peligro mayor de ser maltratadas.

Aunado a ello, los alcances del artículo 9 inciso c) de la Carta de comentario han venido a ser profundizados y ampliados a partir del enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas adultas mayores en situaciones de mayor vulnerabilidad que se vislumbra de forma manifiesta en el numeral 5 de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, adoptada por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos en el 2015.

Según lo dispone el artículo referido, los Estados Parte están en la obligación de diseñar y desarrollar un enfoque diferenciado de derechos humanos sobre envejecimiento y vejez, donde también se contemplen aspectos que remiten a la condición de discriminación múltiple que sufren las personas en condición de vulnerabilidad, como lo sería para el caso concreto, ser una persona adulta mayor privada de libertad.

Por lo tanto, esta condición de mayor vulnerabilidad hace exigible a los Estados Parte la adopción de medidas especiales que permitan un ejercicio, goce y disfrute de los derechos humanos de esta población en igualdad de condiciones y sin discriminación, como lo sería el desarrollo de un enfoque diferenciado de derechos humanos.

La operacionalización de un enfoque de este tipo amerita, en primera instancia, la identificación y contextualización de la población beneficiaria del enfoque referido. Al respecto, Castro-Gómez *et al.* (2019), investigadores del Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Universidad de Costa Rica, señalan que



Vejez y cárcel son, por tanto, temas poco explorados en Costa Rica, donde se documentan pocos estudios en el campo, cuyos objetivos se centraban en investigar la relación entre los factores de vulnerabilización y la ansiedad ante la muerte en 80 (ochenta) ofensores sexuales reclusos en el Centro de Atención Institucional Adulto Mayor, la prevalencia de síntomas de depresión en la población adulta mayor, las consultas en servicios sanitarios y situaciones que producen estrés. De particular interés el Centro de atención institucional Adulto Mayor [CAI Adulto Mayor] es el único centro penitenciario exclusivamente centrado en personas mayores, que maneja una población que oscila entre 150 y 170 adultos mayores cuyo perfil sociodemográfico, cognitivo y funcional no se encuentra sistematizado y disponible. (p.19).

Según lo indicado por los investigadores, se vuelve imperativa la operacionalización de la *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, especialmente lo referido en el numeral 13, donde los Estados Parte han de garantizar los siguientes aspectos a la población adulta mayor privada de libertad:

- la igualdad de trato y el acceso a todos los servicios a los que acceda la población penitenciaria en general; esto implica la aplicación, sin discriminación alguna, de toda garantía, principio o regla penitenciaria general que puede considerarse beneficiosa para la persona adulta mayor;
- la armonización de las garantías del derecho internacional de los derechos humanos con los objetivos y principios de la Convención en mención;
- el desarrollo y acceso a programas especiales y de atención integral de la condición de envejecimiento y vejez; y



→ la promoción de medidas alternativas a la aplicación de la pena privativa de libertad.

Finalmente, este último aspecto coincide con la Regla 64 de las *Reglas de Bangkok*, en lo que respecta a las poblaciones de mujeres embarazadas, posparto y en lactancia, así como las niñas y niños que conviven con sus madres en los centros penitenciarios, así como el artículo 10 del *Convenio No. 169 de la OIT*, en lo referido a las personas indígenas. De tal forma, es necesario volver a enfatizar la obligación que tienen los Estados Parte de observar las *Reglas de Tokio* en lo que atañe a la aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad para la población adulta mayor privada de libertad.

C.4. Enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas LGBT privadas de libertad

Para establecer un enfoque diferenciado de derechos humanos de las personas LGBT privadas de libertad, se podría tener como punto de partida los *Principios de Yogyakarta: Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* del 2006, conocidos también como Principios de Yogyakarta¹⁸.

Al alcance del Principio No. 2 de los principios mencionados, se establecen los derechos asociados a la operacionalización del Principio de Igualdad y No Discriminación en lo que respecta al ejercicio, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad y/o

¹⁸ Adoptados por el Panel Internacional de Especialistas en legislación internacional de Derechos Humanos y en orientación sexual e identidad de género, en el marco de la reunión de especialistas celebrada del 06 al 09 de noviembre del 2006 en Yogyakarta, Indonesia.



mayor situación de vulnerabilidad en razón de su orientación sexual o identidad de género.

Al respecto, y en términos generales, los *Principios de Yogyakarta* son enfáticos en indicar que una perspectiva de derechos humanos para las personas LGBT requiere, primeramente:

- a) la eliminación de cualquier distinción, exclusión o restricción basada en la orientación sexual o la identidad de género que pueda menoscabar u obstaculizar el goce y disfrute pleno de los derechos humanos (Principio 2); y
- b) garantizar el reconocimiento de la personalidad jurídica a partir de una concepción amplia e integral, donde se encuentre incluida la orientación sexual o identidad de género como parte esencial del proceso de construcción de la personalidad (Principio 3).

Por otro lado, en lo que obedece a la situación específica de las personas LGBT privadas de libertad, los Principios No. 9 y No. 10 de los *Principios de Yogyakarta* establecen los siguientes aspectos para que pueda garantizarse un enfoque de derechos humanos en los centros de privación de libertad que cuenten con esta población, a saber:

→ realización de las detenciones y permanencia en el centro penitenciario garantizando la seguridad mental, emocional y sexual de las personas LGBT, evitando que este proceso les genere una mayor marginación a la hora de la clasificación y asignación a un espacio determinado¹⁹;

¹⁹ Al respecto, y en lo que concierne al sistema penitenciario costarricense, el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) ha señalado que,

cuando se consultó a las mujeres trans privadas de libertad si preferían estar un centro de detención de hombres en un módulo separado, o en una cárcel de mujeres, todas



- acceso a una adecuada atención y consejería médica, acoplada a las necesidades específicas de la población beneficiaria, tomándose especialmente en cuenta la salud reproductiva, el acceso a información y terapia sobre el VIH/SIDA y/o cualquier tratamiento que involucre terapia hormonal y/o reasignación de género según lo solicite la persona interesada;
- promoción, en la medida de lo posible, de la participación activa de la persona LGBT privada de libertad en la toma de decisiones relacionada con su ubicación adecuada en el centro penitenciario según su orientación sexual e identidad de género;
- establecimiento de medidas de protección oportunas para la persona LGBT privada de libertad que resulte en riesgo de sufrir violencia y/o abusos por causa de su orientación sexual, identidad o expresión de género, sin que estas medidas impliquen una mayor restricción de derechos en comparación con la población penitenciaria en general;

respondieron que en cualquier caso preferían estar en una cárcel para hombres, pero con el resto de la población. Salvo una mujer trans entrevistada que estuvo detenida hace varios años, pero que ahora se encuentra en libertad, comentó que había sido víctima de violencia sexual y otras agresiones físicas y verbales durante su periodo de detención por parte de un custodio y de otras personas privadas de libertad, por lo que en su criterio las personas trans deberían estar juntas y protegidas en un módulo separado. Esta percepción no la compartió ninguna otra de las mujeres trans entrevistadas, a pesar de que una mujer trans comentó que había sido víctima de violación en el centro de detención por parte de otro compañero de encierro. Entre las razones expuestas para rechazar el ingreso a una cárcel de mujeres, se mencionó que las mujeres son muy agresivas y se presume que no van a recibir bien a una mujer trans. Además, las posibilidades de generar ingresos para una mujer trans en una cárcel de mujeres se vería muy limitada. Contrario a lo que se presenta en las cárceles de hombres, donde algunas mujeres trans realizan trabajo sexual y otros oficios para garantizarse su sustento mínimo. En todo caso, (...) se debe evitar cualquier disposición orientada a la segregación de estas poblaciones y se debe procurar atender siempre a la opinión de estas personas en cuanto a su ubicación. (2016, pp. 91-92).



- acceso a las visitas conyugales en condiciones de igualdad y no discriminación, con independencia del sexo de la pareja;
- el desarrollo de programas de capacitación y sensibilización en derechos humanos con perspectiva de diversidad de la orientación sexual y la identidad de género y con enfoque de prevención de la comisión de actos de tortura, crueles, degradantes e inhumanos contra la población LGBT, dirigidos al personal penitenciario y cualquier otro funcionario involucrado y/o relacionado con el juzgamiento y detención de personas LGBT;
- adopción de medidas legislativas y administrativas con el objetivo de impedir que se cometan actos de tortura o imposición de penas crueles, degradantes y/o inhumanas motivadas por la orientación sexual o la identidad de género; y en caso de que estos actos hayan sido cometidos, adoptar las medidas que sean necesarias para la identificación de las víctimas y promover su respectivo resarcimiento, reparación y apoyo médico y psicosocial.

Por último, y al igual que en los otros enfoques diferenciados de derechos humanos de las mujeres embarazadas, posparto y en lactancia, así como las niñas y niños que conviven con sus madres en los centros penitenciarios, las personas indígenas y las personas adultas mayores, resulta necesario insistir en la obligación que tienen los Estados Parte de promover medidas alternativas a la aplicación de la pena de privación de libertad para las personas LGBT, siendo que

el estado extremadamente vulnerable de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales en casi todos los sistemas penitenciarios puede equivaler a que su condena se convierta en un castigo mucho más severo que el que fue impuesto por las cortes, lo que puede justificar un grado de discriminación positiva durante la sentencia, considerando los requisitos de protección y seguridad de la sociedad, así como del delincuente.



(Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2011, p. 114).²⁰

De tal forma, se recuerda la importancia de la operacionalización de las *Reglas de Tokio* en lo que obedece a la aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad en beneficio de la población LGBT.

Aspectos conclusivos

Según lo externado en el presente informe, es posible concluir que el marco general que provee el Derecho Internacional de los Derechos Humanos habilita la construcción y operacionalización efectiva de un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas privadas de libertad en especial condición de riesgo y/o vulnerabilidad respecto al acceso y justiciabilidad de sus derechos, como lo serían las poblaciones referidas en este documento.

²⁰ En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre del 2017, solicitada por la República de Costa Rica sobre la temática de la identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, indica lo siguiente:

el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes ha señalado que “la discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos”. De igual forma, el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura ha expresado su preocupación por el abuso sexual y físico perpetrado por policías y personal penitenciario en perjuicio de personas LGBTI en algunos países de la región. Tanto el Sistema de Naciones Unidas como el Interamericano han afirmado que la respuesta a este tipo de hechos suele no ser adecuada, pues a menudo no se investigan o enjuician a las personas responsables, ni tampoco existen mecanismos de apoyo a las víctimas. El ACNUDH ha observado también que “[l]os defensores de los derechos humanos que luchan contra estas violaciones suelen ser perseguidos y se enfrentan a limitaciones discriminatorias en sus actividades”. (CIDH, 2017, pp. 23-24).



Al mismo tiempo, existen cuerpos normativos internacionales específicos en materia penitenciaria que también contemplan derechos concretos, delimitados y exclusivos y medidas especiales a ser otorgadas a las poblaciones beneficiarias referidas, así como las obligaciones que los Estados Parte deberían garantizar de forma prioritaria, todo esto al amparo de la aplicación transversal del Principio de Igualdad y No discriminación, y en especial, de la discriminación positiva a favor de estas poblaciones.

Por otro lado, en el contexto costarricense se identifican graves violaciones de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en especial condición de riesgo y/o vulnerabilidad acá visibilizadas, aspecto que ha sido evidenciado mediante la recopilación de investigaciones y percepciones de Informantes Clave expertos en las distintas poblaciones referidas.

Es evidente que las poblaciones analizadas contemplan -o mejor dicho cargan- no sólo con una condición de vulnerabilidad, sino que, presentan situaciones agravadas de vulnerabilidad y la privación de libertad las convierte en personas aún más vulnerables y en riesgo grave de poder ver satisfechos sus derechos humanos y necesidades básicas.

Finalmente, es por esta última razón en especial, que surge la necesidad de tomar como acción prioritaria la operacionalización de las *Reglas de Tokio* en lo que obedece a la aplicación de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad en beneficio de las poblaciones mencionadas. Ese debería ser el primer gran compromiso de los Estados Parte que han de promover y aplicar un enfoque diferenciado de derechos humanos para las personas privadas de libertad en especial condición de riesgo y/o vulnerabilidad respecto al acceso y justiciabilidad de sus derechos.



Referencias

Castro-Gómez, M.J. *et al.* (2019). Sistema penitenciario y vejez: aportes de la evaluación neuropsicológica forense. *Revista Medicina Legal de Costa Rica*. Vol. 36 (2), pp. 17-27.

Comité de Derechos Humanos. (1989). *Observación General No. 18: No Discriminación*. Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6622&Lang=es

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Solicitud de Opinión Consultiva sobre “Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”*. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/soc_05_19_es.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24*. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*. San José, Costa Rica: Departamento de Artes Gráficas del Poder Judicial de la República de Costa Rica.

Del Cid, V., Rodríguez Oconitrillo, J., y Valdivia, C. (2011) *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de América Central, Tomo I*. Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.oacnudh.org/wp-content/uploads/2012/10/TOMO-1.pdf>



Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD). (2016). *Diagnóstico sobre la situación de las personas LGBTI y otras poblaciones en condición de vulnerabilidad privadas de libertad en Costa Rica desde una perspectiva de derechos*. San José, Costa Rica: Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD).

Jiménez Zamora, L. (2018). 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*. Número 10 Año 10, pp. 1-43.

Guevara Berger, M. (2000). *Perfil de los Pueblos Indígenas de Costa Rica*. (Informe de Consultoría). San José, Costa Rica: RUTA/BM-PDR/MAG.

Lora, L. (2012). *Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: escenarios de conflicto*. Ponencia presentada en las XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Mar del Plata, Argentina: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Magendzo, A. (1999). Discriminación negativa: una práctica cotidiana y una tarea para la educación en Derechos Humanos. En A. Cançado Trindade, G. Elizondo Breedy y J. Ordóñez Chacón (Eds.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos III* (pp. 185-209). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Mora Brenes, M. F. y Godínez Zárata, J. (2019). *El derecho a la salud de las personas de cero a tres años que residen con sus madres en el Centro de Atención Institucional Vilma Curling Rivera*. Tesis de Licenciatura inédita dirigida por Dra. Marcela Moreno Buján. San José, Costa Rica: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.



Moreno Buján, M. (2012). El Desarrollo de Megaproyectos en Territorios Indígenas Costarricenses. Algunas consideraciones sobre el Proyecto Hidroeléctrico El Diquís (PHED) y su relación con los pueblos indígenas de los territorios Térraba, Curré, Boruca, China Kichá, Cabagra, Salitre y Ujarrás en la zona sur del país. *Revista IUS Doctrina*. Año 5 Vol. 7, pp. 55-104.

Moreno Buján, M. (2015). *La Participación de las Niñas, Niños y Adolescentes en los Procesos de Mediación y Reconciliación. Análisis de Dos Realidades Sociojurídicas: Argentina y Costa Rica* (tesis doctoral inédita). Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Moreno Buján, M. (2020). Saneamiento epistemológico del instituto de asilo y sus alcances jurídicos como derecho humano: a la luz del Principio de Igualdad y No Discriminación y otros principios rectores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista IUS Doctrina*. Vol. 13 No. 1, pp. 1-18.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). (2011). *Manual sobre Reclusos con necesidades especiales*. Panamá: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Oficina Regional de Programas en Panamá, Proyecto PANX12.