



SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA OC-5-19 PRESENTADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS
PRIVADAS DE LIBERTAD

**OBSERVACIONES ESCRITAS PRESENTADAS POR EL INSTITUTO DE
ESTUDIOS JURÍDICOS DE EJECUCIÓN PENAL (INEJEP)**

UNIVERSIDAD DE PALERMO

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11 de enero de 2021

REF.: OPINIÓN CONSULTIVA OC-05-19

**Señor Secretario Ejecutivo de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Dr. Pablo Saavedra Alessandri**

Rubén Adrián Alderete Lobo, en mi carácter de Director del Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (INEJEP) de la Universidad de Palermo (UP), me dirijo a usted con el propósito de presentarme en el marco de la invitación para acercar observaciones escritas a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre “Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”, de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

I. Presentación. Objetivos institucionales del INEJEP

El Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (INEJEP) se inserta institucionalmente dentro del conjunto de Programas y Centros de Estudio e Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. En particular tiene como misión principal la promoción del estudio y la discusión jurídica sobre la ejecución penal en el marco que proporcionan los instrumentos y estándares internacionales de derechos humanos, ofreciendo un espacio para la capacitación, el debate, la cooperación interinstitucional y la realización de proyectos de investigación. El abordaje del problema carcelario se realiza a partir de una perspectiva principalmente jurídica.

Entre los desarrollos que se propone encarar se cuenta el de llevar adelante un estudio e investigación de la producción legislativa en Argentina, la región y el resto del mundo con la finalidad de contribuir a elevar los niveles de discusión jurídica de la ejecución penal y proponer reformas para el mejoramiento del sistema carcelario en distintos contextos.

Para apoyar tal cometido el Instituto también ofrece un centro de documentación que compila la actividad legislativa de Argentina y la región, la jurisprudencia más relevante y artículos de doctrina especializada.

De esta manera, son objetivos del INEJEP:

- a) Contribuir y promover el conocimiento jurídico de la ejecución de la pena, generando un espacio de formación y discusión académica especializada.
- b) Producir documentos, propuestas normativas y reformas legislativas para el mejoramiento del sistema penitenciario y del proceso judicial referido a la ejecución penal en la región.



- c) Posicionarse en el ámbito del debate de ideas y proyectos y vincularse con otros institutos, observatorios y/o centros de estudios de temática similar, así como también con actores y órganos de gobierno y de la sociedad civil.
- d) Contar con un centro de documentación que recoja y compile las normas y propuestas legislativas, mantenga actualizada las bases de datos de jurisprudencia y ponga a disposición de los usuarios documentos, trabajos y artículos de doctrina especializada y de producción propia.
- e) Organizar seminarios, talleres, cursos y conferencias sobre temáticas específicas relacionadas con los diversos aspectos jurídicos que integran la ejecución de la pena y los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.
- f) Llevar adelante programas de formación y capacitación para acercar a los estudiantes y jóvenes graduados a la actividad académica vinculada con la ejecución penal, y ofrecerles un espacio para presentar, defender y discutir ponencias sobre la temática.
- g) Asesorar y/o prestar servicios de consultoría a órganos de gobierno, organismos internacionales u otras organizaciones de la sociedad civil en relación con los aspectos jurídicos que integran el conjunto de acciones de políticas públicas vinculadas con la ejecución penal y el problema carcelario en general.

II. El Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Un modelo orientador

En el marco institucional del conjunto de actividades del INEJEP en julio de 2020 se presentó a toda la comunidad académica, a los actores, organismos y organizaciones con actuación o incidencia en el diseño de políticas públicas un modelo de ley de ejecución para Latinoamérica.

El trabajo nació a partir del interés por elaborar una propuesta que sirva de base para el estudio y desarrollo de políticas y líneas de acción en materia penal y penitenciaria y que constituya una herramienta que facilite, especialmente en el ámbito regional, la revisión de las legislaciones existentes o la sanción de leyes de ejecución de penas allí donde aún no se cuenta con ellas.

Si bien, dado el ámbito de desempeño y actuación del INEJEP, la realidad argentina constituyó un impulso e incentivo muy importante para materializar el proyecto, la propuesta no está dirigida a constituir un modelo pensado exclusivamente para el país. La región posee realidades bastante heterogéneas a nivel normativo pero pueden identificarse ciertos patrones: reformas de emergencia, asimetría con las disposiciones de los códigos penales, falta de seguimiento de las recomendaciones y resoluciones del sistema interamericano de derechos humanos, atrasos en relación con otros contextos, ausencia de perspectiva de género, falencias e inconsistencias en los mecanismos de acceso a la justicia en relación con los sistemas procesales en los que se insertan, ausencia o deficiencias en las formas de intervención de las víctimas durante la ejecución de la pena, indefinición sobre el rol que incumbe al ministerio público fiscal en el proceso de ejecución penal, entre otras.

El proyecto no propone soluciones normativas definitivas, sino que constituye un conjunto de estipulaciones modelo a seguir en el proceso de actualización de una ley de ejecución penal. La materialización de esta propuesta legislativa, en un contexto concreto, exige una adecuación y

un debate en particular que tenga en cuenta la realidad penitenciaria del país, provincia, distrito o departamento que se proponga tomar como base el modelo aquí presentado. Sin embargo, el proyecto está pensado como una propuesta integral, diseñada y organizada para funcionar como un todo desde el aspecto penal, administrativo y procesal.

III. Coincidencias con el propósito de la Opinión Consultiva solicitada

La solicitud de Opinión Consultiva 05-19 constituye una oportunidad para el INEJEP de acercar a la honorable Corte Interamericana el producto final realizado en el marco de la culminación de un proceso de arduo trabajo que tuvo como meta el diseño de un proyecto normativo de carácter penitenciario que sirva de modelo para la región. En este sentido, la situación de particular vulnerabilidad que enfrentan determinados colectivos de personas durante la ejecución de sus penas, ha sido un motor para ofrecer herramientas que permitan fijar ejemplos de formulaciones normativas concretas que recojan los estándares incluidos en diversos instrumentos internacionales que regulan la materia.

Las consultas que integran la solicitud de Opinión Consultiva enfocan a una cuestión que reviste especial trascendencia: La identificación de las pautas específicas que deben guiar la gestión de la administración penitenciaria en relación con los grupos que son objeto de la solicitud. Es así que se peticiona la fijación de estándares para garantizar el principio de igualdad y no discriminación y mitigar las afectaciones derivadas de la situación de encarcelamiento y su impacto diferenciado en estos colectivos.

El proyecto de ley modelo del INEJEP regula con especial atención la situación de las mujeres y personas del colectivo LGBTI como grupo especial o doblemente vulnerable. En particular, ofrece regulaciones vinculadas con personas embarazadas, personas privadas de libertad junto con sus hijas o hijos, requisas y medidas alternativas a la prisión.

Avanza en la prevención y protección contra abusos u otras formas de violencia de género, postula criterios de alojamiento de personas del colectivo LGBTI, promueve la atención médica orientada especialmente a la consideración del género, el empleo de medios de coerción o sujeción con perspectiva de género a la luz del paradigma de los derechos humanos, entre otras.

De la misma forma se establecen reglas específicas que complementan las que cruzan todo el articulado, para el abordaje de la situación de personas especialmente vulnerables por razones de género, personas privadas de libertad con sus hijas o hijos, personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera, personas de edad avanzada, personas pertenecientes a comunidades indígenas o pueblos originarios, jóvenes adultos y personas con discapacidad.

En síntesis, el Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica del INEJEP contiene propuestas normativas concretas para la protección, abordajes específicos y especiales, reglas de trato y principios que rigen todas las actividades del régimen penitenciario y las dos modalidades de tratamiento de los grupos mencionados.

En el marco de abordaje temático de la solicitud de Opinión Consultiva sobre “Enfoques Diferenciados en Materia de Personas Privadas de la Libertad” entendemos que las disposiciones que nuestro proyecto de ley modelo contiene pueden resultar de interés, como un ejemplo de posibles propuestas de regulación normativa de estándares en la materia.

En razón de estos antecedentes, y teniendo en cuenta el interés específico que el INEJEP posee en la temática, acercamos a la honorable Corte, junto con el análisis de las cuestiones propuestas por la CIDH, las soluciones adoptadas y partes pertinentes del Proyecto de ley modelo que se vinculan con el abordaje en prisión de los grupos incluidos en la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Resta advertir que, a fin de facilitar la lectura de cada uno de los aspectos cuyo análisis propicia la solicitud de Opinión Consultiva, se ha optado por reiterar en cada ítem conceptos, citas y referencias que se estiman relevantes para el examen de las diversas temáticas.

IV. Las personas pertenecientes a grupos en especial situación de riesgo incluidas en la Opinión Consultiva

En su informe de 2011, sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, la CIDH ya había adelantado que los Estados poseen deberes especiales de protección frente a aquellas personas privadas de libertad que se encuentran en particular situación de riesgo de sufrir violaciones a sus derechos humanos, como lo son: las mujeres, en particular las mujeres embarazadas y las madres lactantes; los niños y niñas; las personas adultas mayores; las personas con discapacidad; y las lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (comunidades LGBTI); entre otras.¹ En aquel informe, la Comisión anticipaba la importancia y complejidad que revisten estos temas y su intención de desarrollarlos en el marco de estudios posteriores.

La solicitud de Opinión Consultiva es una expresión de esa preocupación que la Comisión viene planteando sobre las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad. Como bien señala la Comisión, estos grupos se encuentran en un contexto de extrema vulnerabilidad no sólo por las deplorables condiciones de detención que caracterizan a las cárceles en la región, sino también por el impacto desproporcionado ocasionado por la falta de protección diferenciada.

La vulnerabilidad, como criterio general, se relaciona con la forma en que una persona (o grupo de personas) está preparada para enfrentar una situación adversa, teniendo en cuenta los medios con los que cuenta para enfrentar sus consecuencias. La CEPAL la define así: “La vulnerabilidad social se relaciona con los grupos socialmente vulnerables, cuya identificación obedece a diferentes criterios: algún factor contextual que los hace más propensos a enfrentar circunstancias adversas para su inserción social y desarrollo personal [...] el ejercicio de conductas que entrañan mayor exposición a eventos dañinos, o la presencia de un atributo básico compartido (edad, sexo, condición étnica) que se supone les confiere riesgos o problemas comunes”.²

¹ CIDH, “Informe sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en las Américas”, OEA, 2011, pág. 237.

² CEPAL, “Vulnerabilidad Sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas” Brasilia, Brasil, ONU, 2002.



Es sabido que la propia privación de libertad implica, en sí misma, una situación de vulnerabilidad.³ Aún incluso cuando ésta se desarrolle en un contexto carente de abusos, las condiciones mismas de la prisión, en la gran mayoría de los países del mundo, son perjudiciales para la salud física y mental de las personas detenidas en ellas. Pero, además, existen ciertos grupos que se encuentran en posturas particularmente vulnerables en los establecimientos penitenciarios, y que por lo tanto requieren de más cuidados y protección.

Como ha reconocido UNODC en su “Manual sobre reclusos con necesidades especiales”, algunas personas pueden experimentar un mayor sufrimiento debido a instalaciones inadecuadas y a la falta de cuidados especializados disponibles para atender las necesidades especiales en prisión. El entorno mismo de la prisión exacerba sus problemas ya existentes, algunas de ellas corren el riesgo de sufrir el abuso por parte de otras personas privadas de libertad o del personal del establecimiento debido a actitudes prejuiciosas y a percepciones discriminatorias muy arraigadas en la sociedad misma, que son más pronunciadas en los cerrados entornos de la prisión. Dichos grupos pueden sufrir humillaciones, abuso físico y psicológico y violencia, debido a su etnicidad, nacionalidad, género y orientación sexual. La mayoría de estas personas son, de hecho, vulnerables debido a más de una razón. Sufren tanto por la existencia de las necesidades especiales, que se intensifican en prisión, como por los riesgos adicionales que enfrentan, derivados de su estado en particular.⁴

Es frecuente que estas personas puedan pertenecer a más de un grupo vulnerable, lo que da lugar a múltiples necesidades especiales y a una mayor exposición al riesgo. La proyección a nivel mundial muestra que es probable que su número aumente en los próximos años. El número creciente de personas privadas de libertad vulnerables conlleva a que la atención de sus necesidades especiales se transforme en una prioridad de la política penitenciaria de los Estados. Es necesario, por ello, extender el uso generalizado de sanciones no privativas de la libertad y de medidas para garantizar que quienes no necesiten estar en prisión no sean enviados a ella. Pero en la medida en que ello no ocurra, se impone elaborar y aplicar estrategias y mecanismos de gestión amplios para garantizar que el tratamiento de estas personas cumpla los requisitos de las normas internacionales de derechos humanos, mejorando al mismo tiempo sus perspectivas de reinserción social.

En particular, la CIDH propone el análisis de las principales dificultades que enfrentan las personas pertenecientes a los grupos de riesgo allí enumerados, en la medida en que implican afectaciones con un impacto mayor y potencialmente apto para impedir el goce de derechos humanos y constituir en ocasiones amenazas graves a su vida e integridad personal.

La CIDH ha sido enfática en afirmar en su solicitud que “las normas y prácticas que desconocen este impacto diferenciado ocasionan que los sistemas penitenciarios reproduzcan y refuercen los patrones de discriminación y violencia presentes en la vida en libertad”.

Como se adelantó, el Proyecto de Ley Modelo de INEJEP, contiene un buen número de disposiciones que constituyen propuestas normativas para atender este impacto diferenciado.

³ Así ha sido reconocido expresamente en las “Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

⁴ UNODC “Manual sobre reclusos con necesidades especiales”, Serie de manuales de justicia penal, Oficina de las Naciones unidas contra la droga y el delito, Viena, 2009, pág. 4.

Expondremos en este documento su contenido, siguiendo los lineamientos planteados por la CIDH en su solicitud de Opinión Consultiva.

V. Mujeres embarazadas, en periodo de posparto y lactantes

Es difícil controvertir que las personas embarazadas, en periodo de posparto y/o lactantes, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad ante el encarcelamiento y sus consecuencias. La violencia obstétrica es una problemática existente en la sociedad—incluso en el medio libre— que constituye una modalidad particular de discriminación y de violencia que pueden constituirse en una violación de los derechos humanos fundamentales de estas personas.⁵ Por lo general se manifiesta a través de un trato irrespetuoso y ofensivo durante el parto en centros de salud que también amenaza sus derechos a la vida, la salud, la integridad física y la no discriminación. Se trata de un problema de salud pública y de derechos humanos.

Las problemáticas que conciernen al periodo de puerperio y lactancia se ven profundizadas en los ámbitos carcelarios. La prisión aporta nuevas y mayores dificultades a las que habitualmente enfrentan las mujeres para acceder al pleno goce de sus derechos.

Varias disposiciones a nivel internacional y regional se ocupan de destacar estas necesidades de cuidados especiales. En el sistema universal de derechos humanos el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que: “...la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”.

En el sistema americano, el artículo VII de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre establece que: “...toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayudas especiales”

Asimismo, en particular, el principio X de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece específicamente que: “... Las mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad. En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz. Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez.”

⁵ Organización Mundial de la Salud, “*Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud*”, WHO/RHR/14.23, Ginebra, 2014.

Sin embargo, para abordar adecuadamente la cuestión es prioritario señalar la necesidad de que la regulación de las obligaciones estatales y la determinación de estándares estén orientados a considerar la situación de las personas embarazadas, en periodo de posparto y lactantes, y no solamente de las mujeres, en tanto los deberes de atención y asistencia alcanzan a toda persona que transite por la situación, sin distinción del género con el que se autoperciba. El Proyecto de Ley Modelo en este sentido ha escogido expresiones más inclusivas como personas gestantes, personas con capacidad de gestación o personas embarazadas.

La segunda cuestión relevante es que el Proyecto de Ley Modelo se propone tratar la situación de las personas embarazadas en prisión como una circunstancia excepcional. Su articulado expresa una preferencia manifiesta hacia emplear formas de sustitución del encarcelamiento de modo de evitar los riesgos y las disvaliosas consecuencias que supone transitar el periodo de embarazo, el parto y posparto en prisión.

Así, el artículo 100 contempla la prisión domiciliaria por embarazo durante toda la etapa de gestación y hasta transcurridas seis semanas posteriores al parto, salvo que por criterio médico se aconseje prorrogar ese lapso.

El artículo 101 prevé que la persona que haya sido incorporada al régimen de prisión domiciliaria durante el embarazo podrá, luego del parto, continuar en el régimen establecido.

Es por ello que entendemos que, al tratar en particular la situación de personas embarazadas que motiva la Opinión Consultiva, es importante aclarar que la lógica del Proyecto de Ley Modelo del INEJEP es evitar los cursos de embarazos y nacimientos en prisión. En el artículo 340, que regula la situación de posibles nacimientos durante la privación de libertad, se prevé un trato especial “cuando frente a la imposibilidad, improcedencia o fracaso de las medidas alternativas previstas en esta ley, una persona embarazada se halle privada de libertad en un establecimiento penitenciario”. Es decir, hemos contemplado provisiones que otorgan herramientas para evitar la situación, pero conscientes que en la región hay realidades y decisiones judiciales sobre la prisión preventiva —por ejemplo— que un proyecto de ley de ejecución no puede ni debe regular, hemos tomado reaseguros para proteger estos colectivos y limitar al Estado en su intervención con la inclusión de medidas en defensa de los derechos fundamentales de estas personas.

El Proyecto recoge en este aspecto el principio consagrado en la Regla 64 de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad (conocidas como Reglas Bangkok), que sostiene:

“Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”.

V.1 Aspectos de abordaje particular incluidos en la solicitud de Opinión Consultiva respecto de personas embarazadas en periodo de posparto y lactantes

a. Vestimenta y alimentación

Cuando el encarcelamiento de una persona embarazada, o en periodo de posparto es un hecho, incumbe al Estado resolver las necesidades —específicas y personales— que las afectan. Por ello el criterio a la luz del cual la administración penitenciaria debe ejecutar sus actos es el de asumir el deber de dar satisfacción completa a las demandas que surgen de las necesidades específicas que el estado de gestación presenta. La vestimenta es una de ellas.

El Proyecto de Ley Modelo prevé al respecto el derecho de las personas privadas de libertad a llevar su propia ropa (Artículo 164), pero consagra la obligación estatal de proporcionarla, sin costo, adaptada al clima y suficiente para preservar su salud (Artículo 165). Dentro de este concepto de preservación de la salud está incluida expresamente en el Proyecto la salud reproductiva (Artículo 288).

En igual sentido, las personas embarazadas o en periodo de lactancia o posparto, poseen necesidades alimentarias particulares y diferenciadas, que deben garantizar tanto la salud de la persona gestante o lactante, como de la persona por nacer o de la niña o niño recién nacido. El Proyecto regula el derecho de las personas privadas de libertad a recibir una alimentación que responda en cantidad de kilocalorías, calidad de micronutrientes y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada, armónica y suficiente, y hace énfasis en las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos entre los cuales sin dudas está incluida la situación de personas gestantes (Artículo 161).

En cuanto a las niñas o niños nacidos durante la privación de libertad se prevé que en cada establecimiento penitenciario en el que se autorice su permanencia en etapa de lactancia, deberá funcionar un lactario en el que se garanticen adecuadas condiciones de higiene (Artículo 340).

b. Atención médica y psicológica

La atención de la salud física y mental durante el embarazo, el parto, el periodo de posparto y el de lactancia es una nota esencial en la situación del grupo analizado. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Castro Castro Vs. Perú” (2006), al describir las graves condiciones en las que se desarrollaba la detención dentro del establecimiento carcelario, pudo comprobar que se verificaba una desatención de las necesidades de salud pre y post natal de las mujeres. En concreto, al considerar la situación y el sufrimiento de las mujeres en general y especialmente el de las mujeres embarazadas y las internas madres sostuvo que: “Quedó probado (...) el Estado desatendió sus necesidades básicas de salud prenatal, y que (...) tampoco le brindó atención médica post natal, lo cual implicó una violación adicional a la integridad personal de éstas”.⁶

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú”, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr 332.

En cuanto a la salud en general, contar con acceso inmediato y permanente a la atención médica constituye una necesidad básica y el modo de atenuar el déficit que supone la imposibilidad de recurrir en cualquier momento al sistema de salud pública al que las personas estarían en condiciones de acceder en el medio libre.

Tanto la atención ginecológica como la pediátrica deben estar disponibles para las personas privadas de la libertad, más allá de que sea posible contar con una asistencia especializada de confianza propuesta por cada persona privada de libertad a su cargo, que el Proyecto de Ley Modelo admite (Artículo 295).

La atención médica debe ser especializada, es decir, brindada por personal médico capacitado en materia ginecológica, obstétrica y neonatológica. Debe incluir todos los tratamientos y exámenes necesarios, tanto generales como por su especial condición —en respeto de los derechos de las y los pacientes— e incluso apoyo y atención psicológica.

El Proyecto de Ley Modelo procura la atención médica desde el inicio mismo del ingreso al establecimiento y, desde entonces, propicia el empleo de pautas fundamentales que permitan identificar embarazos en curso. Así, se establece que el examen médico de ingreso tiene la finalidad de reconocer las necesidades de atención de la salud y facilitar la adopción de todas las medidas necesarias para el tratamiento, incluyendo la continuidad de tratamientos médicos que se hubieran iniciado con anterioridad a la detención y efectuar en el momento las derivaciones que correspondan para los casos en los que resulte necesario implementar un tratamiento o intervención médica con urgencia (Artículo 122).

En general también se prevé en el capítulo de salud que las mujeres deben tener derecho a acceder a una atención médica especializada, de acuerdo con sus características físicas, biológicas, de identidad y/o expresión de género, que encauce adecuadamente sus necesidades en materia de salud reproductiva (Artículo 284).

Se prevé el desarrollo de programas de salud sexual y reproductiva, garantizándose la entrega de preservativos y otros métodos anticonceptivos para el mantenimiento de relaciones sexuales con respeto de las elecciones personales de la población destinataria. También se regula en particular que las personas con capacidad de gestación deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica antes, durante y después del parto (Artículo 288).

El Proyecto de Ley Modelo contiene también previsiones que obligan al Estado a contar con un sistema de salud que permita la atención temprana. En este sentido, se establece que deberá garantizarse que los servicios de atención médica proporcionados en los lugares de privación de libertad funcionen en estrecha coordinación con el sistema de salud pública, de manera que las políticas y prácticas en la materia sean incorporadas en los establecimientos penitenciarios y éstos formen parte de la planificación de la política pública en materia de salud (Artículo 279). De igual forma, todo establecimiento penitenciario debe contar con un servicio de atención sanitaria encargado de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud de las personas privadas de libertad que funcione las veinticuatro horas y que cuente, como mínimo, con un vehículo para realizar traslados de urgencia (Artículo 282). En el mismo artículo se consigna que el servicio de atención sanitaria consistirá en un equipo médico con suficiente personal calificado que actuará con plena independencia clínica y contará con profesionales que acrediten versación en psicología y psiquiatría.

La atención de la salud mental también está específicamente reglada en el Proyecto de Ley Modelo. Se prevé en forma expresa que debe ponerse el foco especialmente en la prevención del suicidio y de las autolesiones y que las mujeres recibirán atención especializada por profesionales capacitados en la atención y tratamiento de situaciones de especial angustia vinculadas con problemáticas específicas de género (Artículo 287).

Finalmente, el servicio de atención sanitaria debe informar a quien esté a cargo de la dirección del establecimiento penitenciario cada vez que se estime que la salud física o mental de una persona privada de libertad haya sido perjudicada o pueda serlo por el régimen penitenciario instituido o por las condiciones en las que se desarrolla la privación de libertad (Artículo 285).

c. Ajustes especiales en el régimen penitenciario y condiciones de detención

La implementación de regímenes penitenciarios y las distintas actividades que se desarrollan en prisión también impactan de manera diferenciada y con mayor intensidad en este grupo de especial vulnerabilidad. Cuando las mujeres están menstruando, embarazadas, dando a luz, amamantando o transitando por la menopausia, tienen necesidades especiales (emocionales, mentales y físicas) cuya falta de consideración en el régimen penitenciario constituyen graves violaciones de su integridad personal. En ese sentido, por ejemplo, la imposición de la obligación de realizar trabajos pesados a mujeres embarazadas puede poner en riesgo el embarazo, la imposición de medios de sujeción durante el trabajo de parto; la omisión de proporcionar una dieta adecuada a madres lactantes; la aplicación de castigos a las madres que están amamantando, incluyendo la separación de sus bebés,⁷ constituyen situaciones que representan afectaciones diferenciadas que deben ser consideradas especialmente.

El Proyecto de Ley Modelo elaborado por el INEJEP recoge estándares en normas específicas que pueden servir de base para mitigar las consecuencias negativas que implica no atender esas necesidades especiales.

Es así que se prohíbe expresamente la utilización de cualquier medio de sujeción en el caso de personas que estén embarazadas, durante el parto ni en el periodo inmediatamente posterior a dar a luz (Artículo 192), y también la aplicación de una medida disciplinaria o preventiva de aislamiento (Artículo 198, inc. k). El Proyecto sigue al respecto los estándares de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad que, en su Regla 24, disponen que: “No se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el periodo inmediatamente posterior.”

Al respecto, en los comentarios a las Reglas de Bangkok se explica que:

“... en algunos países las restricciones corporales, tales como grilletes, se utilizan en las mujeres embarazadas durante traslados a hospitales, exámenes ginecológicos y el nacimiento. Esta práctica viola los estándares internacionales. Además, la coerción física durante el trabajo de parto puede causar complicaciones, tales como hemorragias o disminución de la frecuencia cardíaca fetal. Si una cesárea es necesaria, incluso un retraso de cinco minutos incluso puede resultar en daño permanente al cerebro del bebé”. El Comité Europeo para la Prevención de la

⁷ CARLEN, Pat “*Women’s imprisonment: an introduction to the Bangkok rules*”. Revista Crítica Penal y Poder 2012, nº 3, Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, pág. 166.



Tortura y los tratos y penas inhumanas o degradantes ha declarado que “[...] de vez en cuando, el CPT encuentra ejemplos de mujeres embarazadas que están encadenadas o sujetas a la cama u otros elementos de mobiliario durante exámenes ginecológicos y/o durante el parto. Este abordaje es totalmente inaceptable, y podría ser calificado como trato inhumano y degradante. Deben encontrarse otros medios para garantizar seguridad.”⁸

En respaldo de la afirmación, el documento invoca la condena que el Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos y la Asociación Americana de Salud Pública han formulado de la práctica del uso de grilletes, por poner en riesgo la salud de la mujer y causar dolor severo y traumas. El Centro de Derechos Reproductivos indica que el movimiento no restringido es vital durante el parto, nacimiento y periodo posterior al parto. Los grilletes obstaculizan la capacidad de la mujer de moverse para aliviar el dolor de sus contracciones, que incrementa el estrés en el cuerpo de la mujer y puede reducir el flujo de oxígeno al feto.⁹

En otro orden, en la organización del trabajo penitenciario se prevé que queden eximidas de la obligación de trabajar las personas gestantes, sin pérdida de la remuneración, cuarenta y cinco días antes y después del parto, y que la persona privada de libertad con capacidad lactante que se encuentre alojada junto con su hija o hijo pueda disponer de dos descansos de media hora para amamantar, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un periodo de un año a contar desde la fecha de nacimiento, salvo que por razones médicas se aconseje un lapso más prolongado (Artículo 237).

En cuanto a la obligatoriedad de labores generales de mantenimiento, higiene y conservación del establecimiento, que sean originadas por el uso normal de las instalaciones, se prevé que en los criterios de asignación de estas tareas se deberá considerar, en particular, la situación de las personas embarazadas (Artículo 232).

El Proyecto de Ley Modelo también incluye normas que obligan a considerar la situación dentro de los planes educativos. Así, se contemplan ajustes a fin de garantizar el pleno acceso a la educación, con atención especial de la situación de las personas gestantes durante el embarazo y después del parto facilitándose la continuidad y finalización de los estudios, en particular, cuando se autorice la permanencia de sus hijas o hijos en el establecimiento (Artículo 271).

En materia de requisita y registro de personas el Proyecto de Ley Modelo consagra como regla la preferencia de la realización mediante la exploración visual, el empleo de medios tecnológicos de detección no intrusivos u otras técnicas no táctiles apropiadas y eficaces. Sin embargo, prevé específicamente que en todos los casos se consulte a la persona, de manera previa a la requisita, sobre un posible embarazo en curso para evitar la utilización de medios tecnológicos que puedan afectar su estado de gravidez (Artículos 118 y 183).

En el procedimiento de ingreso se prevé en forma expresa que debe observarse el principio de igualdad y no discriminación. Este sugiere que toda intervención del personal penitenciario se realizará con resguardo de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en condiciones de igualdad y respeto de su dignidad. Se consagra que no se considerarán

⁸ UNODC, “Comentarios a las reglas de las naciones unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes”, comentario a la Regla 24, pág. 39. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/ropan/Reglas_de_Bangkok/Reglas_Bangkok_y_Comentarios.pdf

⁹ UNODC, “Comentarios a las reglas de las naciones unidas para el tratamiento de las reclusas...”, op.cit., comentario a la regla 24, pág. 40, nota 24.

discriminatorias las provisiones especiales que se destinen a proteger los derechos de personas embarazadas, personas con niñas y/o niños lactantes, entre otras (Artículo 115).

d. Condiciones durante el trabajo de parto, el posparto y traslados

Como se adelantó, el Proyecto de Ley Modelo contiene normas que claramente determinan la preferencia del uso de medidas alternativas a la prisión para personas embarazadas. Sin embargo, se advierte que en la mayoría de los países de la región las personas cursan sus embarazos en prisión e incluso muchos partos se producen intramuros.

Una investigación específica en la materia realizada en la República Argentina por distintos órganos de protección de los derechos humanos en cárceles es exhaustivamente ilustrativa sobre las situaciones que transitan las personas embarazadas en prisión en el país.¹⁰ El informe concluyó —entre muchísima información valiosa— que:

-La gran mayoría de las mujeres encuestadas (94%), inició el trabajo de parto en la unidad penitenciaria, y buena parte de ellas —casi el 76%— específicamente en su pabellón de alojamiento.

-El horario nocturno es identificado como un punto crítico para la atención de salud no sólo al momento del trabajo de parto, sino también en relación con la atención médica de los/as niños/as que conviven con sus madres en prisión.

-El 30% de las mujeres encuestadas en este estudio indicó haber sido atendida por un/a médico/a de una especialidad distinta a la obstetricia.

-El 85% de las mujeres encuestadas manifestó haber experimentado durante el trabajo de parto realizado en el penal algún tipo de maltrato verbal de parte del personal penitenciario.

-De los relatos recabados se puede advertir la presencia de una multiplicidad de intermediarios que burocratizan y, por ende, retardan la salida de las mujeres al hospital: personal de requisa, médicos/as, área de judiciales, entre otros. A ello debe sumarse la espera del móvil de traslado, que no siempre está disponible o no se encuentra en buen estado de mantenimiento.

-En el 15% de los casos las mujeres entrevistadas manifestaron que transcurrió entre media hora y una hora desde que se observó la necesidad de trasladarla al hospital hasta llegar al centro de salud, y en el 9% de los casos este periodo duró entre una y dos horas.

-Si bien un 72,7% de las mujeres informaron que fueron conducidas a los hospitales en ambulancia, debe advertirse que el 18% mencionó que fueron transportadas en un camión de traslado y en el 6% de los casos restantes fueron trasladadas en otros móviles (como un patrullero o colectivo de visitas). En casi la totalidad de los casos abordados en este estudio (97%), las mujeres fueron acompañadas por personal de seguridad y en el 54,5% fueron trasladadas con alguna medida de sujeción (18 de las 33 mujeres entrevistadas), ya sean esposas o “pateras” (esposas en las extremidades inferiores).

¹⁰ Procuración Penitenciaria de la Nación, Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Nación, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, *“Parí como una condenada: experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad”*. - 1a ed., Libro digital, PDF Archivo Digital, Buenos Aires, 2019.

-Una altísima proporción de mujeres a las que se les impidió conocer a sus hijos/as hasta después de 3 horas de ocurrido el nacimiento (21,2% de las encuestadas).

-El estudio, además, mostró llamativos índices de internaciones en neonatología (36,4% de los casos), por razones que no siempre fueron debidamente informadas a las madres y que, a juzgar por los testimonios, no siempre se vinculan con cuestiones médicas.

-Un 20% de las mujeres se sintió discriminada en el hospital por su condición de detenida.

El Proyecto de Ley Modelo de INEJEP contempla varias disposiciones normativas que instrumentan obligaciones estatales dirigidas a evitar estas deficiencias.

En primer lugar, se establece como regla que el parto no debe ser realizado en los establecimientos de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En caso de que la persona gestante o en estado puerperal, o su hija o hijo, requieran de atención y no se contare con las instalaciones o con personal médico, se regula que ésta se garantice sin demora en instituciones del sistema de salud público o privado, según corresponda o resulte conveniente. También se prevé que deben existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para la atención de las personas embarazadas y de las que acaban de dar a luz (Artículo 288).

La respuesta rápida, eficiente y respetuosa de la situación física y psicológica de las personas embarazadas o parturientas, debe extenderse también a la previsión de traslados de urgencia en caso de necesidad médica. En este sentido existe una disposición general que manda a que las personas privadas de libertad que necesiten cuidados médicos especiales, que no puedan ser dispensados en el establecimiento penitenciario, sean trasladadas a un establecimiento especializado (Artículo 292).

Estos traslados, sin embargo, deben ser excepcionales en casos de mujeres embarazadas, y sólo deben ser efectuados por razones clínicas fundadas, resultando plausible que se prohíba la posibilidad de traslados involuntarios por razones disciplinarias u otras.

En otra investigación llevada a cabo por el CELS, el Ministerio Público de la Defensa de la Nación y la Procuración Penitenciaria de la Nación se hizo referencia a las condiciones en las que las mujeres privadas de libertad son trasladadas en Argentina:

“...surgió de manera evidente la falta de compromiso real con un tratamiento adecuado de las necesidades específicas de este grupo y de los niños que conviven con sus madres. Si bien para sus controles médicos fuera del penal las embarazadas solían ser trasladadas en una ambulancia o en un móvil asignado para ese fin, cuando se trataba de asistir a una audiencia fijada en un tribunal el transporte se realizaba en las mismas condiciones que el resto de la población penitenciaria, lo que implicaba que podían estar en promedio 21 horas fuera de la celda, sin alimentación y sin poder descansar. Aunque las circunstancias en las que se efectúan los traslados despiertan preocupación con relación a toda la población penitenciaria en general, en el caso de las mujeres embarazadas o que son trasladadas con sus hijos resultaban en particular graves a causa de su mayor vulnerabilidad en términos de salud y por el mayor compromiso de protección asumido por el Estado frente a ellos”.¹¹

¹¹ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación *“Mujeres en prisión. Los alcances del castigo”* - 1ª ed. - Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, pág. 178.



El Proyecto de Ley Modelo prohíbe expresamente cualquier traslado involuntario de personas privadas de libertad embarazadas o de aquellas a las que se haya autorizado a permanecer junto a sus hijas o hijos en el establecimiento penitenciario. Cuando se haya aprobado una petición de traslado de la persona privada de libertad, o razones de salud o de otra índole hagan necesario el traslado temporario de estas personas, se adoptarán medidas y protocolos específicos que atiendan a su situación particular y la de las niñas y niños involucrados (Artículo 173).

Es decir que las condiciones en las que se efectúe cada traslado deben conciliarse con la prohibición de sujeción propuesta más arriba que debe extenderse también a los momentos en que las personas embarazadas o lactantes deban ser trasladadas de urgencia. Asimismo, los traslados deben garantizar las especiales condiciones de salubridad, atención médica y alimentaria que este colectivo puede requerir. Además, el Proyecto de Ley Modelo prevé que las mujeres deben ser trasladadas separadas de los varones y que el transporte estará íntegramente a cargo de personal penitenciario femenino. De no ser posible, se deberá contar con, al menos, una mujer entre el personal penitenciario asignado (Artículo 179).

e. Contacto con hijas o hijos fuera del establecimiento

En función del deber de evitar que el encarcelamiento trascienda más allá de la propia persona encarcelada es imperativo tomar medidas para promover el contacto de quien se encuentra en privación de libertad con su hija o hijo. En ese sentido las regulaciones de los establecimientos penitenciarios relativas al modo en que se organizan las visitas deben atender el interés superior de las niñas y los niños involucrados, criterio rector de cada decisión que adopte la administración penitenciaria y los involucre.

En particular, en el caso de las madres, es necesario que la administración penitenciaria disponga medidas para que las hijas o hijos de las personas privadas de libertad que hayan egresado del establecimiento las visiten, compartan tiempo con ellas, y mantengan y estrechen sus vínculos. En este sentido, el Proyecto de Ley Modelo sigue a la regla 52 de las Reglas de Bangkok.

Por un lado, se prevé que las decisiones respecto del momento en que se debe separar a las hijas o hijos de las personas privadas de libertad se adopten y organicen teniendo presente el interés superior de las niñas y niños con arreglo a la legislación pertinente. Se prevé que toda decisión de separar a las niñas o los niños de su madre se adopte con delicadeza y únicamente tras comprobar que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado. En el caso de personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera se consigna, además, que debe actuarse en consulta y coordinación con las autoridades consulares (Artículo 339).

En la misma disposición se prevé la obligación de la administración penitenciaria de otorgar facilidades para que las hijas o hijos de las personas privadas de libertad que hayan egresado del establecimiento las visiten, compartan tiempo con ellas, y mantengan y estrechen sus vínculos.

Pero también el Proyecto prevé disposiciones tendientes a garantizar el contacto con hijas o hijos que transitan la primera infancia y que no hayan nacido durante la privación de libertad. En materia de alojamiento se prevé como principio general que éste será dispuesto en todos los casos con especial consideración de la conveniencia de ubicarlas en establecimientos cercanos a su familia, a su comunidad, a quienes ejercen su defensa técnica y a los órganos de control

competentes (Artículo 167). De la misma manera, se consagra como obligatorio para la administración penitenciaria que cuando decida que corresponde el traslado de la persona privada de libertad a un establecimiento alejado de su lugar de residencia habitual, deberá emitir un acto administrativo fundado con las razones que justifican la medida, en particular “a) La consideración de las circunstancias particulares y familiares de la persona, especialmente, la distancia del lugar donde reside su grupo familiar, si cuenta con hijas o hijos menores que la visiten y un análisis, a través del área de trabajo social, del impacto físico y psicológico que el traslado tendría en el caso concreto respecto del contacto con su entorno y la trascendencia de la medida a terceras personas” (Artículo 171, inc. a).

Se prevé que el informe debe ser notificado fehacientemente a la persona privada de libertad y a su defensa técnica, quienes podrán oponerse por escrito y ante el ministerio público fiscal a la materialización de la medida, con posterior habilitación del incidente de control judicial, con efecto suspensivo. Como puede apreciarse, se siguió en la regulación de la ubicación y traslados de personas, los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “*Lopez y otros vs. Argentina*”.¹²

En otro orden se prevé que tras el ingreso de la persona al establecimiento, el área de trabajo social entreviste en el plazo de veinticuatro (24) horas a la persona ingresante para obtener información relativa a sus hijas, hijos u otras personas a su cargo, la edad, el lugar en que se encuentran y su régimen de tutela o custodia (Artículo 129, inciso b).

Se prevé también que toda persona ingresante tendrá derecho a informar personal e inmediatamente a su familia, o a cualquier otra persona que haya designado como contacto, de su encarcelamiento y que, en caso de que la persona tuviera niñas, niños, adolescentes u otras personas a su cargo, se le garantizará al momento de su ingreso la posibilidad de adoptar disposiciones respecto de ellas (Artículo 130).

Finalmente se prevé el derecho de las personas privadas de libertad a recibir visitas de su familia, en un contexto de intimidad y privacidad y se consagra que los establecimientos penitenciarios deben contar con espacios adecuados para ello (Artículo 307).

De todas maneras, es importante remarcar que el Proyecto de Ley Modelo del INEJEP prevé supuestos específicos de prisión domiciliaria en estos casos. Se autoriza su procedencia para el

¹² CortelDH caso “*Lopez y otros vs. Argentina*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2019. En este fallo la Corte consideró: “que la disposición del artículo 5.6 de que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, aplicada al presente caso, resulta en el derecho de la persona privada de libertad y la consecuente obligación del Estado de garantizar el máximo contacto posible con su familia, sus representantes y el mundo exterior. No se trata de un derecho absoluto, pero en la decisión administrativa o judicial que establece el local de cumplimiento de pena o el traslado de la persona privada de libertad, es necesario tener en consideración, entre otros factores, que: i) la pena debe tener como objetivo principal la readaptación o reintegración del interno; ii) el contacto con la familia y el mundo exterior es fundamental en la rehabilitación social de personas privadas de libertad. Lo anterior incluye el derecho a recibir visitas de familiares y representantes legales; iii) la restricción a las visitas puede tener efectos en la integridad personal de la persona privada de libertad y de sus familias; iv) la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada, implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención y eventualmente también al artículo 11.2; v) en caso de que la transferencia no haya sido solicitada por la persona privada de libertad, se debe, en la medida de lo posible, consultar a éste sobre cada traslado de una prisión a otra, y permitirle oponerse a dicha decisión administrativa y, si fuera el caso, judicialmente”.



cuidado de sus hijas o hijos de hasta cinco (5) años. La medida se admite incluso aunque exista otro/a progenitor/a o integrante de la familia que se encargue en el medio libre del cuidado personal de las niñas y/o niños (Artículo 101).

También se contempla que si las circunstancias particulares del caso hicieren necesario incorporar a una persona condenada al régimen de prisión domiciliaria para el cuidado de hijas o hijos mayores de cinco (5) años, la cuestión se resuelva con especial consideración del interés superior de la niña o del niño (Artículo 102). Es decir, que el Proyecto de Ley Modelo contempla medidas que permiten a las personas cumplir la privación de libertad sin quebrar el vínculo con sus hijas o hijos.

V.2 Disposiciones del Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica que contienen los estándares propuestos para la consideración de la situación de personas embarazadas, en periodo de posparto y lactantes

Con el fin de proporcionar autosuficiencia al presente documento, se reproducen en este apartado las citas textuales de las partes pertinentes del Proyecto de Ley Modelo en las que se receptan los estándares descritos, con nota de la referencia del artículo para su confronte con el texto original:

Prisión domiciliaria por embarazo: Las personas embarazadas podrán solicitar ser incorporadas al régimen de prisión domiciliaria durante toda la etapa de gestación y hasta transcurridas seis (6) semanas posteriores al parto, salvo que por criterio médico se aconseje prorrogar ese lapso.¹³

Prisión domiciliaria para el cuidado de hijas o hijos: Procederá la incorporación al régimen de prisión domiciliaria de las personas privadas de libertad para el cuidado de sus hijas o hijos de hasta cinco (5) años. La decisión deberá en todos los casos establecer en concreto, con intervención del órgano especializado en materia de niñez, que la medida contribuirá a satisfacer el interés superior de las niñas y/o niños involucrados. La medida también podrá proceder, exclusivamente en aras de privilegiar dicho interés, aunque exista otro/a progenitor/a o integrante de la familia que se encargue en el medio libre del cuidado personal de las niñas y/o niños. La persona condenada que haya sido incorporada al régimen de prisión domiciliaria durante el embarazo podrá, luego del parto, continuar en el régimen establecido en el presente artículo excepto que razones motivadas en el interés superior de la niña o del niño justificasen una solución diferente.¹⁴

Casos de niñas y/o niños mayores de cinco años: Si las circunstancias particulares del caso hicieren necesario incorporar a una persona condenada al régimen de prisión domiciliaria para el cuidado de hijas o hijos mayores de cinco (5) años, se resolverá la petición con especial consideración del interés superior de la niña o del niño.¹⁵

Principios generales en el procedimiento de ingreso: a) Igualdad y no discriminación. Toda intervención del personal penitenciario se realizará con resguardo de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en condiciones de igualdad y respeto de su

¹³ Cfr. ARTÍCULO 100, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴ Cfr. ARTÍCULO 101, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁵ Cfr. ARTÍCULO 102, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



dignidad. No se considerarán discriminatorias las provisiones especiales que se destinen a proteger los derechos de personas embarazadas, personas con niñas y/o niños (...).¹⁶

Requisa de ingresantes: Las personas privadas de libertad y sus pertenencias deben ser requisadas para evitar el ingreso de objetos y/o sustancias no autorizadas o ilícitas. Dicho registro debe hacerse de manera individual y, como regla, mediante la utilización de sistemas tecnológicos de detección lo menos intrusivos posible (...) Se consultará a la persona ingresante, de manera previa a la requisa, sobre un posible embarazo en curso para evitar la utilización de medios tecnológicos que puedan afectar su estado de gravidez. En todos los casos la requisa deberá llevarse a cabo por personal del mismo sexo biológico de la persona sujeta a examen.¹⁷

Finalidad del examen médico de ingreso: El examen procurará, en especial: a) Reconocer las necesidades de atención de la salud y adoptar todas las medidas necesarias para el tratamiento, incluyendo la continuidad de tratamientos médicos que se hubieran iniciado con anterioridad a la detención; (...) e) Efectuar en el momento las derivaciones que correspondan para los casos en los que resulte necesario implementar un tratamiento o intervención médica con urgencia.¹⁸

Entrevista social al ingreso: El área de trabajo social del establecimiento entrevistará en el plazo de veinticuatro (24) horas a la persona ingresante. En esa oportunidad se procurará obtener: (...) b) Información relativa a sus hijas, hijos u otras personas a su cargo, la edad, el lugar en que se encuentran y su régimen de tutela o custodia (...).¹⁹

Disposición respecto de hijas o hijos: (...) En caso de que la persona tuviera niñas, niños, adolescentes u otras personas a su cargo, se le garantizará al momento de su ingreso la posibilidad de adoptar disposiciones respecto de ellas.²⁰

Consideración de visitas de hijas e hijos para disponer traslados involuntarios: Cuando la administración penitenciaria decida que corresponde el traslado de la persona privada de libertad a un establecimiento alejado de su lugar de residencia habitual, deberá emitir un acto administrativo fundado con las razones que justifican la medida. La motivación del acto deberá incluir: a) La consideración de las circunstancias particulares y familiares de la persona, especialmente, la distancia del lugar donde reside su grupo familiar, si cuenta con hijas o hijos menores que la visiten y un análisis, a través del área de trabajo social, del impacto físico y psicológico que el traslado tendría en el caso concreto respecto del contacto con su entorno y la trascendencia de la medida a terceras personas.²¹

Medidas especiales en los traslados por razones de género: En todos los casos se trasladará a las mujeres y a los varones por separado. El transporte de mujeres privadas de libertad estará íntegramente a cargo de personal penitenciario femenino. De no ser posible, se deberá contar con, al menos, una mujer entre el personal penitenciario asignado (...).²²

Requisas: Los actos de requisa de las personas se realizarán mediante la exploración visual, el empleo de medios tecnológicos de detección no intrusivos u otras técnicas no táctiles

¹⁶ Cfr. ARTÍCULO 115, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁷ Cfr. ARTÍCULO 118, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸ Cfr. ARTÍCULO 122, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁹ Cfr. ARTÍCULO 129, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁰ Cfr. ARTÍCULO 130, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²¹ Cfr. ARTÍCULO 171, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²² Cfr. ARTÍCULO 179, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



apropiadas y eficaces. En todos los casos se consultará a la persona, de manera previa a la requisita, sobre un posible embarazo en curso para evitar la utilización de medios tecnológicos que puedan afectar su estado de gravidez (...).²³

Prohibición de medios de sujeción física: (...) No se utilizarán medios de sujeción en el caso de personas que estén embarazadas, durante el parto ni en el periodo inmediatamente posterior a dar a luz.²⁴

Principios en materia disciplinaria: (...) k) Está prohibida la aplicación de una medida de aislamiento a personas privadas de libertad embarazadas o alojadas con sus hijas o hijos.²⁵

Labores de mantenimiento: (...) En los criterios de asignación de tareas obligatorias de mantenimiento se deberá considerar, en particular, la situación de las personas embarazadas y con hijas o hijos en el establecimiento.²⁶

Eximición de trabajar: (...) Las personas gestantes quedarán eximidas de la obligación de prestar servicios, sin pérdida de la remuneración, cuarenta y cinco (45) días antes y después del parto. La persona privada de libertad con capacidad lactante que se encuentre alojada junto con su hija o hijo podrá disponer de dos (2) descansos de media hora para amamantar, en el transcurso de la jornada de trabajo, y por un periodo que no podrá superar el lapso de un (1) año posterior a contar desde la fecha de nacimiento, salvo que por razones médicas se aconseje un lapso más prolongado.²⁷

Ajustes para garantizar el derecho a la educación: (...) Se atenderá también a la situación de las personas gestantes durante el embarazo y después del parto facilitándose la continuidad y finalización de los estudios, en particular, cuando se autorice la permanencia de sus hijas o hijos en el establecimiento.²⁸

Acceso a la salud: Las personas privadas de libertad tendrán garantizado el acceso al servicio de atención sanitaria toda vez que así lo requieran. La atención tendrá lugar en un ámbito de privacidad (...) Las mujeres (...) tendrán derecho a acceder a una atención médica especializada, de acuerdo con sus características físicas, biológicas, de identidad y/o expresión de género, que encauce adecuadamente sus necesidades en materia de salud reproductiva.²⁹

Salud mental: (...) Las mujeres (...) recibirán atención especializada por profesionales capacitados en la atención y tratamiento de situaciones de especial angustia vinculadas con problemáticas específicas de género.³⁰

Salud sexual y reproductiva: En todos los establecimientos se desarrollarán programas de educación sexual y reproductiva y de prevención de enfermedades de transmisión sexual. Se deberá garantizar la entrega de preservativos y otros métodos anticonceptivos para el

²³ Cfr. ARTÍCULO 183, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁴ Cfr. ARTÍCULO 192, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁵ Cfr. ARTÍCULO 198, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁶ Cfr. ARTÍCULO 232, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁷ Cfr. ARTÍCULO 237, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁸ Cfr. ARTÍCULO 271, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁹ Cfr. ARTÍCULO 284, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

³⁰ Cfr. ARTÍCULO 287, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

mantenimiento de relaciones sexuales con respeto de las elecciones personales de la población destinataria y garantizando la protección de su intimidad.

Las personas con capacidad de gestación deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica antes, durante y después del parto, que no deberá ser realizado dentro de los establecimientos de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En caso de que la persona gestante o en estado puerperal, o su hija o hijo, requieran de atención y no se contare con las instalaciones o con personal médico, ésta se garantizará sin demora en instituciones del sistema de salud público o privado, según corresponda o resulte conveniente.

Deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para la atención de las personas embarazadas y de las que acaban de dar a luz.³¹

Egreso de niñas o niños. Vinculación: (...) Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a las hijas o hijos de las personas privadas de libertad se adoptarán y organizarán con antelación suficiente en función del caso y teniendo presente el interés superior de las niñas y niños con arreglo a la legislación pertinente. Toda decisión de cesar la permanencia de las niñas o niños en un establecimiento penitenciario deberá adoptarse con delicadeza y únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado. En el caso de personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera se deberá actuar en consulta y coordinación con las autoridades consulares. La administración penitenciaria otorgará las facilidades necesarias para que las hijas o hijos de las personas privadas de libertad que hayan egresado del establecimiento las visiten, compartan tiempo con ellas, y mantengan y estrechen sus vínculos.³²

Nacimiento durante la privación de libertad y lactancia: Cuando frente a la imposibilidad, improcedencia o fracaso de las medidas alternativas previstas en esta ley, una persona embarazada se halle privada de libertad en un establecimiento penitenciario, se procurará que el parto se efectúe en una institución asistencial ajena a éste.

En los casos de nacimiento dentro del establecimiento, queda prohibida toda alusión a esa circunstancia en el acta del registro civil correspondiente. Las hijas o hijos de personas privadas de libertad que hubieren nacido durante la detención podrán permanecer en el establecimiento penitenciario durante las etapas postnatal y de lactancia, o hasta que hayan cumplido la edad de cinco (5) años, con carácter excepcional y de conformidad con los recaudos previstos en este capítulo.

En cada establecimiento penitenciario en el que se autorice la permanencia de niñas o niños en etapa de lactancia, deberá funcionar un lactario en el que se garanticen adecuadas condiciones de higiene.³³

³¹ Cfr. ARTÍCULO 288, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

³² Cfr. ARTÍCULO 339, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

³³ Cfr. ARTÍCULO 340, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

VI. Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersexuales (LGBTI)

El análisis de la situación del colectivo LGBTI en prisión no es posible sin tener en cuenta el hito que supuso la adopción en 2006, de los Principios de Yogyakarta.³⁴ El instrumento consiste en una serie de principios mediante los cuales se postulan los estándares mínimos que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos del colectivo LGBTI. Se tratan de 29 principios que van desde el derecho a la igualdad y no discriminación, hasta el derecho a recursos y resarcimientos efectivos.

Tras la publicación de los Principios de Yogyakarta, y también de la Declaración de Montreal (2006),³⁵ fue notorio el incremento de la producción legislativa y la producción jurisdiccional vinculada al reconocimiento de derechos del colectivo LGBTI y de decisiones judiciales.

No cabe duda de que cualquier intervención estatal debe contener un enfoque con sensibilidad de género. El discurso jurídico punitivo-penitenciario pretendió ser neutral a lo largo de los años y de ese modo se mantuvo discriminatorio de las necesidades específicas de las disidencias como grupo en situación especial de riesgo.

Los Principios de Yogyakarta manifiestan la necesidad de protección del colectivo de personas LGBTI por su situación de vulnerabilidad: “(...) las personas sufren violencia, hostigamiento, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicios debido a su orientación sexual o identidad de género (...)”.³⁶

En instituciones como la cárcel, es necesario abordar situaciones de discriminación de género de carácter institucional y/o estructural. Las necesidades específicas de género no son de carácter temporal, transitorio o coyuntural, pues son inherentes a la condición de las personas de este grupo vulnerable debido a su género. Se identifica una doble vulnerabilidad: por el hecho de estar privada de libertad y por el hecho de ser miembro de la comunidad LGBTI.

En el sistema interamericano de derechos humanos ya se ha sostenido que la orientación sexual y la identidad de género se encuentran comprendidas dentro de la frase “otra condición social” establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana.³⁷ La situación del colectivo en el ámbito carcelario está siendo analizada con más detalle y preocupación algo que los Estados no consideraban hasta hace relativamente pocos años.

La primera decisión se vincula con terminología escogida para referirse a este grupo de riesgo. El Proyecto de Ley Modelo, ha optado por la denominación LGBTI que surge de la adoptada por

³⁴ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, disponible en:

<http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>

³⁵ La Declaración de Montreal sobre los Derechos Humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales es un documento adoptado el 29 de julio de 2006 en Montreal, Quebec, Canadá, por la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT. La declaración contiene una serie de derechos y libertades relativos a las personas LGBT, que se propone que deben ser universalmente garantizados. El documento está disponible en: <http://www.declarationofmontreal.org/DeclaraciondeMontrealES.pdf>.

³⁶ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. Preámbulo, segundo párrafo.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes”, Washington DC, 2012, pág. 6, párr. 29.

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁸ En este sentido, la elección es conteste con la adoptada por la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales (ILGA, por sus siglas en inglés).³⁹ Sin embargo, existen denominaciones alternativas, tales como: LGBT, LGBTIQ, LGBTTTIQA, LGBTTTIQA+. El Proyecto de Ley Modelo entiende al colectivo LGBTI como el colectivo de personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Transgénero, Transexuales, Travestis, e Intersexuales, no siendo esta denominación excluyente de otras diversidades.

Respecto del concepto de identidad de género se ha adoptado el criterio establecido por la Ley Argentina N° 26.743, que establece el derecho a la identidad de género de las personas, así como el criterio establecido por los Principios de Yogyakarta en su introducción: “La identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.⁴⁰

En la misma línea, el Proyecto de Ley Modelo entiende al concepto de identidad de género como distinto al de orientación sexual, dado que: “La orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.⁴¹

Sin embargo, los motivos por los cuales el Proyecto de Ley Modelo abordó la necesidad de adoptar enfoques diferenciados en materia del colectivo de personas LGBTI, se centran en la vulnerabilidad que enfrentan las personas tanto por su identidad de género como por su orientación sexual que, por supuesto, se proyectan intensamente durante la privación de libertad.

La expresión de género es un concepto esbozado por los Principios de Yogyakarta⁴² y reconocido expresamente por la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”.⁴³ De la misma manera ha sido descrita por la iniciativa “Libres e Iguales” de las Naciones Unidas que se refiere a la expresión de género como “la forma en la que se manifiesta el género mediante el comportamiento y la apariencia”.⁴⁴

Hay una separación de criterios de análisis entre, por un lado, personas LGBTI y por el otro, las personas cuyo género es distinto al asignado al momento de su nacimiento. La denominación

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia contra las personas LGBTI en América”, informe del 12 de noviembre de 2015, pág. 18.

³⁹ El sitio de la Asociación es: <https://ilga.org/es>.

⁴⁰ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. Introducción, nota al pie nro. 2.

⁴¹ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. Introducción, nota al pie 1.

⁴² Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género. Introducción, nota al pie 2.

⁴³ CIDH, Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI en: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/mandato/precisiones.asp#:~:text=La%20expresi%C3%B3n%20de%20g%C3%A9nero%20ha,y%20Abril%20Alcaraz%2C%202008>.

⁴⁴ UNFE, “Glosario” disponible en: <https://www.unfe.org/es/definitions/>.



de éstas últimas hace alusión a las personas trans; esto es, personas que han sido clasificadas al nacer bajo una identidad de género distinta de la autopercibida, bajo la determinación de un “sexo”. Así lo describe la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe “Violencia contra Personas LGBTI en América”, ya citado, en el que se define como persona trans a las diferentes variantes de las identidades de género (incluyendo transexuales, travestis, transformistas, entre otros), cuyo denominador común es que el sexo asignado al nacer no concuerda con la identidad de género de la persona.⁴⁵

La Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, define que el sexo que se asigna al nacer no es un hecho biológico, sino un hecho en base a una percepción que otras personas tienen sobre la genitalidad.⁴⁶ En base a esta denominación, el Proyecto de Ley Modelo utiliza la expresión “sexo biológico” para referirse a la clasificación que realizan los Estados al momento del nacimiento de las personas, en base a su genitalidad, para anotarlas en los registros de personas.

La discriminación basada en el género es aquella que se ejerce a partir de la construcción social que asigna determinados atributos socioculturales a las personas a partir de su sexo biológico y convierte la diferencia sexual en desigualdad social. La discriminación por género tiene su anclaje en antiguos estereotipos culturales y sociales que prescriben y determinan roles y funciones para varones y mujeres.

A continuación, se abordan las cuestiones involucradas directa o indirectamente por la solicitud de la Comisión Interamericana, y se destaca la necesidad de propiciar la adopción de una regulación específica que contribuya a paliar y neutralizar las condiciones desfavorables en las que se encuentra inmerso el colectivo LGBTI durante la privación de libertad.

VI.1 Aspectos de abordaje particular incluidos en la solicitud de Opinión Consultiva respecto de personas LGBTI

a. Asignación de alojamiento

Las prácticas de las administraciones penitenciarias sólo excepcionalmente y de manera limitada suelen considerar al colectivo LGBTI y a sus necesidades específicas. Más bien, mayormente el colectivo es invisibilizado y objeto de discriminaciones explícitas.

Como surge del diagnóstico elaborado por la CIDH, este colectivo es, en general, objeto de altos niveles de violencia como consecuencia de las extensamente difundidas homofobia, lesbofobia y transfobia.⁴⁷ La cárcel reproduce el fenómeno, tanto desde el personal como entre la población penitenciaria, y es claro que la exposición a las situaciones de violencia es el mayor riesgo al que se encuentran expuestas las personas de este colectivo.

Así lo ha advertido la CIDH en un comunicado de prensa del 21 de mayo de 2015, en el que expresó su preocupación por los casos de violencia y trato inhumano y denigrante contra personas LGBTI, debido a que éstas enfrentan un riesgo mayor de violencia sexual —incluido un

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia contra las personas LGBTI en América”, op. cit, pág. 32, párr. 20.

⁴⁶ ILGA, “Conceptos” disponible en <https://www.ilga-lac.org/conceptos/>.

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia contra las personas LGBTI en América”, op. cit, pág. 237, párr. 410.



riesgo más alto de múltiples agresiones sexuales— y otros actos de violencia y discriminación, a manos de otras personas privadas de libertad o del personal penitenciario.⁴⁸

En consecuencia, en materia de asignación de alojamiento se presentan dificultades para promover o establecer un criterio adecuado y general, de modo preestablecido. Es por ello que resulta aconsejable recurrir a fórmulas que permitan una respuesta a esta problemática desde su análisis en particular en cada caso.

Corresponde considerar individualmente cada situación, teniendo en cuenta inicialmente —y con prioridad— la seguridad de quien ingresa. Esta evaluación imperativamente debe estar a cargo de profesionales con adecuada formación y capacitación especial en materia de género.

Por cierto, para la adopción de decisiones que resguarden efectivamente la integridad física y psíquica de las personas LGBTI, es necesario, además, considerar la voluntad y las manifestaciones de la persona involucrada y promover su participación y escucha en el proceso de toma de decisión.

La definición sobre el dispositivo de alojamiento que se asigne debe estar acompañada de protocolos que —con perspectiva de género— promuevan la protección y adecuada ubicación de las personas integrantes de este colectivo cuando se considere que están expuestas a un mayor riesgo a sufrir agresiones o abusos que contemplen soluciones de carácter excepcional, subsidiarias, limitadas y sujetas a un control dirigidas a reforzar la protección de este colectivo.

En este sentido, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha recomendado que el principio para la clasificación y distribución debe ser alojar a las personas LGBTI en el entorno que mejor garantice su seguridad.⁴⁹ Por su parte, el principio 9.C de los Principios de Yogyakarta establece que los Estados deben garantizar que, en la medida de lo posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género.

De esta manera, la decisión respecto de dónde alojar a las personas del colectivo LGBTI y sobre todo a las personas trans, debe tomarse caso por caso, siempre garantizando que la persona participe activamente en las decisiones relativas a la asignación de su alojamiento. Si bien no existe una solución que pueda aplicarse en todos los contextos, el estándar de clasificación y alojamiento debe consistir en tener en cuenta la voluntad de la persona privada de libertad y ensamblar tal criterio con las demás cuestiones de seguridad, especialmente cuando se trate de una persona trans.

El Proyecto de Ley Modelo establece en este sentido reglas especiales. Determina que las personas trans sean alojadas en establecimientos penitenciarios o secciones dentro de ellos, bajo el respeto irrestricto del género autopercebido. De igual modo, se establece que el criterio de alojamiento debe priorizar la seguridad de las personas y que se adopte previa evaluación de profesionales con capacitación especial en materia de género. También se exige que la decisión tenga en cuenta las manifestaciones de la persona privada de libertad y el especial grado de vulnerabilidad que presente, para así abordar los riesgos y necesidades específicas en cada caso concreto (Artículo 138).

⁴⁸ CIDH, Comunicado de prensa 053/2015, disponible en:

<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/053.asp>

⁴⁹ UNODC “Manual sobre reclusos con necesidades especiales”, op. cit., pág. 106.

b. Violencia intramuros

Las cárceles son instituciones que han sido originalmente diseñadas para varones. Por tanto, se ha intentado resolver la situación de especial vulnerabilidad que sufren determinados grupos, como el colectivo de personas LGBTI, a partir de la visibilización de las problemáticas y el establecimiento de estándares.

Las Reglas de Bangkok han sido orientadoras para el desarrollo de los estándares particulares que deben adoptarse en los casos de vulnerabilidad por razones de género. Establecen, respecto del fenómeno de violencia intramuros, la importancia de elaborar y aplicar políticas y reglamentos claros sobre el comportamiento del personal penitenciario, a fin de brindar el máximo de protección a las personas contra todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual.⁵⁰

En el informe “Violencia contra personas LGBTI” elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se describen cuáles son las características de la violencia contra las personas LGBTI. Allí se señala que muchas de las manifestaciones de violencia contra las personas LGBTI están basadas en el deseo de castigar a las identidades, expresiones, comportamientos o cuerpos que difieren de las normas y roles de género tradicionales, o que son contrarias al sistema binario hombre/mujer.⁵¹

De igual modo, el informe hace especial énfasis en la violencia que enfrentan las personas trans, y particularmente las mujeres trans. Establece que la mayoría de las mujeres trans se encuentran inmersas en un ciclo de violencia, discriminación y criminalización que generalmente comienza desde muy temprana edad, por la exclusión y violencia sufrida en sus hogares, comunidades y centros educativos. Esta situación se suma a una ausencia, en varios países de la región, de disposiciones legales o administrativas que reconozcan su identidad de género.⁵²

Las características de la violencia descrita, se intensifican en el contexto de privación de libertad, motivo por el cual se deben adoptar medidas especiales de protección de la vida y de la integridad personal de las personas LGBTI.

Tanto la prevención de hechos de violencia dirigidos a integrantes de la población LGBTI como la actuación de la administración penitenciaria como consecuencia de la comisión de hechos en perjuicio de este grupo debe ser objeto de una cuidadosa consideración.

La medida más frecuente y rápida que utilizan las administraciones penitenciarias de la región es la separación y, en ocasiones, el aislamiento de las personas integrantes de este grupo. Debe quedar muy claro que la separación y el aislamiento son cosas diferentes. El aislamiento sólo puede proceder como una sanción disciplinaria, nunca como una medida de protección. Por esa razón debe prohibirse como herramienta para garantizar la seguridad de grupos vulnerables.

⁵⁰ Reglas de Bangkok (2011), Regla 31: Se deberán elaborar y aplicar políticas y reglamentos claros sobre el comportamiento del personal penitenciario, a fin de brindar el máximo de protección a las reclusas contra todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual. Regla 32: El personal penitenciario femenino deberá tener el mismo acceso a la capacitación que sus colegas hombres, y todos los funcionarios que se ocupen de la administración de los centros de reclusión para mujeres recibirán capacitación sobre las cuestiones de género y la necesidad de eliminar la discriminación y el acoso sexual.

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia contra las personas LGBTI en América”, op. cit, pág. 37, párr. 25.

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia contra las personas LGBTI en América”, op. cit, pág. 38, párr. 26.



La separación, aunque admitida, debe ser una medida excepcional que sólo debe utilizarse cuando el riesgo para la persona no pueda abordarse con medidas menos restrictivas.

La Ley Modelo delega en la reglamentación, bajo la aplicación de pautas preestablecidas, la regulación de estas medidas de separación excepcionales que pueden solicitar las personas por correr riesgo de ser agredidas o abusadas. En concreto se prevé que: “La reglamentación deberá contemplar protocolos para la protección y ubicación adecuada de las personas privadas de libertad respecto de las cuales puede temerse que sufran agresiones o abusos, en función de cualquier factor que las ubique en especial situación de vulnerabilidad. Del mismo modo, deberá prever las medidas de carácter excepcional, subsidiarias, limitadas en el tiempo y sujetas a control periódico que puedan disponerse para reforzar la protección de la integridad física y psíquica de las personas privadas de libertad en situaciones específicas de riesgo actual e inminente” (Artículo 140). Como se aprecia, estas medidas sólo pueden admitirse como último recurso, por tiempo limitado y con control periódico de que subsistan las condiciones excepcionales que las motivaron.

Dado que las situaciones de violencia pueden tener lugar incluso antes de que se produzca el ingreso de una persona a un establecimiento penitenciario, es necesario establecer recaudos desde ese momento. Para ello, es indispensable en esa circunstancia propiciar la realización de un examen médico con el propósito de establecer si quien ingresa ha padecido situaciones de violencia, y en su caso atenderlas, junto con el suministro de información sobre las posibilidades con que cuenta para formular una denuncia y recibir asistencia adecuada e inmediata en un marco de respeto al deber de confidencialidad.

Durante el examen médico de ingreso, el Proyecto de Ley Modelo establece las particulares reglas de trato que deberán tenerse respecto de las personas trans. El examen debe practicarse con el debido respeto de su privacidad, intimidad y dignidad, por profesionales especialmente capacitados y que, en la medida de lo posible, el personal médico debe ser del género de elección de la persona ingresante. Asimismo, durante el examen de ingreso se debe consultar a la persona sobre tratamientos hormonales para adecuar su cuerpo a la identidad de género autopercibida que pudiera estar realizando con anterioridad a su detención, a los efectos de que quede debidamente asentado en los registros y que se disponga lo necesario para asegurar su continuidad durante la privación de libertad (Artículo 125).

En el mismo artículo se consagra como regla que las disposiciones que regulan el ingreso de mujeres sean aplicables a todas las personas que se autoperciban como tales, con independencia del género asignado al nacer.

También es necesario en esta instancia prever medidas urgentes en caso de detectarse signos de abuso. En este sentido, el Proyecto de Ley Modelo prevé que si en el examen médico se constataren señales de abuso sexual u otras formas de violencia cometidas antes del ingreso al establecimiento penitenciario o mientras se desarrollaba el procedimiento, la persona ingresante deberá ser informada de su derecho a denunciarlos y a contar con asistencia técnica adecuada e inmediata, respetar el principio de confidencialidad y prestarle inmediato apoyo psicológico y médico especializados, elija o no realizar la denuncia (Artículo 126).

Las actividades de asistencia, apoyo y orientación deben ser establecidas de inmediato a fin de posibilitar la adopción de medidas de protección, prevenir que los hechos continúen o se reiteren, atenuar y reparar sus consecuencias y evitar el riesgo de represalias. En los casos en los que se denuncia alguna forma de abuso sexual, y en particular en aquellos casos en los que la consecuencia de la agresión sea el embarazo, las personas damnificadas deben recibir

orientación médica apropiada de inmediato, atención de su salud física y mental, y asesoramiento jurídico, tal como lo disponen las Reglas de Bangkok.⁵³

Las requisas que se producen cuando una persona ingresa a un establecimiento penitenciario constituyen también momentos críticos en los que queda expuesta la situación de mayor vulnerabilidad de este colectivo. Con miras a prevenir situaciones de afectación a la dignidad es plausible promover que los registros de las personas ingresantes sean realizados por personal del mismo sexo biológico de la persona sujeta a examen. Esta es la solución que propone el Proyecto de Ley Modelo, agregando la exigencia de dispensa un trato acorde al género autopercebido (Artículo 118).

En todos los casos, deben emplearse métodos de exploración no intrusivos y reservarse como excepción la requisas sin ropa para los casos en los que ante la detección de la posesión de objetos o sustancias prohibidas, la persona revisada se niegue a exhibirlos o a entregarlos.

Tal como lo explica un documento elaborado en 2013 por Reforma Penal Internacional (PRI) y la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT), las requisas personales constituyen un tema particularmente sensible para las personas LGBTI, especialmente si la persona arrestada es abiertamente lesbiana, homosexual o bisexual, o si la persona es travesti, o ha sido/está siendo sometida a tratamiento por reasignación de género, ya que las requisas pueden magnificar el riesgo de humillación, abuso y discriminación al poder implicar desnudez o contacto físico.⁵⁴

El Proyecto de Ley Modelo es muy claro en que todo establecimiento debe contar con personal masculino y femenino, capacitado en materia de identidad de género para los procedimientos de requisas de ingreso (Artículo 118).

c. Contacto con el exterior y visitas íntimas

En cuanto al régimen de visitas íntimas y visitas regulares, es importante tener en cuenta que muchas de las personas del colectivo LGBTI han sido expulsadas de sus núcleos familiares desde una edad muy temprana, por lo que sus vínculos afectivos lo constituyen personas que no pueden acreditar un vínculo biológico. En este sentido, es necesario que el Estado defina un régimen de visitas que contemple un concepto amplio de familia, que supere las concepciones tradicionales- biologicistas.⁵⁵

Los Estados deben garantizar que las visitas íntimas, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas privadas de libertad, sin que importe el género

⁵³ Regla 25 1. Las reclusas que denuncien abusos recibirán protección, apoyo y orientación inmediatos, y sus denuncias serán investigadas por autoridades competentes e independientes, que respetarán plenamente el principio de la confidencialidad. En toda medida de protección se tendrá presente expresamente el riesgo de represalias. 2. Las reclusas que hayan sufrido abuso sexual, en particular las que hayan quedado embarazadas, recibirán asesoramiento y orientación médicos apropiados, y se les prestará la atención de salud física y mental, así como el apoyo y la asistencia jurídica, necesarios. 3. A fin de vigilar las condiciones de la reclusión y el tratamiento de las reclusas, entre los miembros de las juntas de inspección, de visita o de supervisión o de los órganos fiscalizadores deberán figurar mujeres.

⁵⁴ Reforma Penal Internacional y Asociación para la Prevención de la Tortura, “*Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*”, PRI, 2013, pág. 9.

⁵⁵ CELS, “*Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina*”, CELS, Buenos Aires, 2016, pág. 11.

de su pareja, evitando la discriminación que supone que las visitas íntimas puedan tener lugar solamente con una persona del sexo opuesto.

En un trabajo publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos⁵⁶ se explica que reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha protegido el derecho de las personas privadas de libertad al ejercicio de su sexualidad. Tal es así que, en el año 2011, en Sentencia 13800-2011 la sala declaró inconstitucional el artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo Número 33876-J, el cual establecía que las personas privadas de libertad únicamente podrán recibir visita íntima de personas de sexo distinto al suyo.⁵⁷

El Proyecto de Ley Modelo regula las visitas íntimas consagrando que éstas deben reglamentarse “respetando el principio de igualdad y no discriminación” (Artículo 311). Este principio está descrito en la Ley Modelo de modo de garantizar que bajo ninguna circunstancia se discrimine a las personas privadas de libertad en razón de su identidad y/o expresión de género, orientación sexual o sexo biológico (Artículo 5).

El Proyecto de Ley Modelo también impone el deber de informar a las personas visitantes sobre pautas básicas de salud reproductiva y de prevención de enfermedades de transmisión sexual. De igual forma dispone que se garantice el suministro de preservativos y otros métodos anticonceptivos para el mantenimiento de relaciones sexuales, “con respeto de las elecciones personales de la población destinataria” y la protección de su intimidad (Artículo 311). Finalmente, el mismo artículo prevé que las normas reglamentarias deben establecer disposiciones que permitan la realización de visitas íntimas cuando ambas personas se encuentren privadas de la libertad.

En cuanto a las relaciones familiares y sociales el Proyecto de Ley Modelo establece en todo su articulado fórmulas inclusivas, dada la diversidad de expresiones de género, y que no son únicamente las mujeres las que pueden tener responsabilidades de cuidado de niñas, niños y

⁵⁶ IIDH “*Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*”, Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el desarrollo, San José, 2008.

⁵⁷ Se transcribe un fragmento de la sentencia: “la norma impugnada sí quebranta el principio de igualdad. Este Tribunal ha reconocido ampliamente que un principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de nuestro país es el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Pero ¿qué implica ese principio?, en palabras simples, implica dar un trato igual a iguales y desigual a desiguales, por lo que es constitucional reconocer diferencias entre personas o grupos de ellas, claro está, siempre y cuando, exista una diferenciación justificada de forma razonable y objetiva. Por lo tanto, la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicarse con el mundo exterior por medio de la visita íntima. Con base en las razones anteriormente expuestas, esta Sala estima que la frase “que sea de distinto sexo al suyo” del artículo 66 del Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario, resulta a todas luces contrario al artículo 33 de la Constitución Política, por cuanto limita el derecho de autodeterminación sexual de los privados de libertad homosexuales”.



otras personas. De igual modo, como ya se dijo, las personas LGBTI, en muchos casos no se encuentran relacionadas con su familia biológica y construyen vínculos afectivos a partir de otros espacios, tales como espacios cooperativos, civiles, vecinales y/o sociales.

Por esa razón el Proyecto de Ley Modelo procuró regular las visitas de forma tal que las personas privadas de libertad tengan derecho a recibir las no sólo de su familia sino también “de otras personas con quienes mantengan vínculos afectivos o sociales, en un contexto de intimidad y privacidad” (Artículo 307).

d. Necesidades médicas especiales

Los Principios de Yogyakarta establecen que las personas tienen derecho al nivel más alto posible de salud física y mental sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La salud sexual es un aspecto fundamental de este derecho.⁵⁸

En este sentido, es importante remarcar que la Organización Mundial de la Salud define la salud como “un estado de bienestar físico, mental y social” y no simplemente como “ausencia de enfermedad”.⁵⁹ Ello conduce al entendimiento de que la salud reproductiva también debe ser protegida e incluye a los procesos reproductivos y sus funciones en todos los niveles de la vida.

La salud reproductiva implica que las personas puedan sostener una vida sexual responsable, satisfactoria y segura, y que tengan la capacidad de procrear y la libertad de decidir cuándo, dónde y cuán a menudo lo harán.⁶⁰ En ello se halla implícito el derecho de acceder a métodos anticonceptivos adecuados y a servicios especializados de cuidado de salud.

En este aspecto, el Proyecto de Ley Modelo específicamente consagra que las personas trans tengan derecho a acceder a una atención médica especializada, de acuerdo con sus características físicas, biológicas, de identidad y/o expresión de género, que encauce adecuadamente sus necesidades en materia de salud reproductiva (Artículo 284).

En las cárceles de la región, el acceso de las personas LGBTI privadas de libertad a los servicios de la salud exhibe restricciones más severas que las que padece la mayoría de la población penal, en función de las peores condiciones que caracterizan su privación de libertad. Así, se ha señalado que es importante que, en el caso de las personas pertenecientes al colectivo LGBTI privadas de libertad, los órganos de monitoreo deban evaluar cuidadosamente si a las detenidas y detenidos LGBTI les es negado el acceso a cualquier servicio o actividad con base de su orientación sexual o identidad de género.⁶¹

La imposibilidad de vivir de acuerdo con su identidad de género puede afectar gravemente el bienestar psicológico de una persona y a ello se debe añadir la angustia originada por la privación de libertad, la exposición a situaciones de violencia, y las dificultades para resolver con autonomía las cuestiones de salud. Los riesgos incluyen la angustia, la exposición a la violencia

⁵⁸ Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, Principio 17.

⁵⁹ Organización Mundial de la Salud “Constitución”, Preámbulo: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.

⁶⁰ Organización Mundial de la Salud, “Temas de salud: Salud Reproductiva” Consultado en: https://www.who.int/topics/reproductive_health/es/

⁶¹ Reforma Penal Internacional y Asociación para la Prevención de la Tortura, “Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo”, op. cit., pág. 13.



física y abuso sexual, y la falta de medios para prevenir la transmisión del VIH y otras enfermedades de transmisión sexual. Las personas trans, así como sus parejas sexuales, pueden ser reacias a consultar con proveedores de salud o a revelarles su relación con una persona de identidad trans. En este caso, el no revelar su identidad o status puede comprometer la capacidad de prevenir y de proporcionar una atención óptima por parte del proveedor de salud.⁶²

El informe “Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina”, ya citado, señala que el acceso a la atención de la salud de las personas trans en prisión se ve afectado por el hecho de que los niveles de prestación de servicios de salud en las instituciones penales son, a menudo, insuficientes e inferiores al nivel disponible para las personas que viven en libertad. Sin dudas sus conclusiones son trasladables a la situación del colectivo travesti y trans en toda la región.

El informe pone especial énfasis en la relevancia que ostenta el tratamiento del virus VIH al considerar el acceso a la asistencia sanitaria de las personas del colectivo LGBTI y resalta la importancia de que los servicios sanitarios de los establecimientos penales cuenten con capacidad para proporcionar una respuesta de calidad, integrada con los sistemas de salud pública.⁶³

En ese aspecto se destaca el señalamiento relativo a la disponibilidad de los fármacos dentro de las cárceles, sin que resulte necesario que las personas sean trasladadas a institutos o clínicas especializadas para efectuar el tratamiento, por todas las consecuencias negativas que supone para las personas involucradas (interrupción de la rutina de actividades en el establecimiento, dificultades originadas en los recaudos para realizar el traslado fuera de la cárcel y riesgo de administración irregular del tratamiento como consecuencia, por ejemplo de problemas de logística).

Por otra parte, el acceso al apoyo psicológico debe estar disponible para personas transgénero en igualdad de condiciones con las demás personas detenidas. La oferta médica en las prisiones debe incluir asistencia para los problemas de salud mental originados por hechos de violencia sexual o violaciones.

En lo que concierne a la problemática por la que atraviesan las personas trans en relación con los procedimientos de modificación corporal y afirmación de género, es importante que se perciba la relevancia que tiene la atención de estos procedimientos para la salud de las personas entendida desde un enfoque integral alejado de estereotipos.

Las personas trans que se encuentran en el proceso de recepción de un tratamiento hormonal deben poder continuar con sus tratamientos tal como sucedería con cualquier otro tratamiento de salud. Del mismo modo, las personas a las que se le haya realizado intervenciones quirúrgicas de reasignación de sexo deben contar con una adecuada cobertura sanitaria salud que permita el seguimiento y el control del proceso pos operatorio. Asimismo, las personas que no hayan recibido tratamiento hormonal o modificaciones quirúrgicas y deseen hacerlo durante su encarcelamiento, deben contar con la posibilidad de acceder a estos procedimientos a través de los servicios de salud proporcionados por las cárceles. El informe del CELS ya citado, pone en

⁶² Organización Panamericana de la Salud “*Por la salud de las personas trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe*”, PAHO, 2012, pág. 63.

⁶³ Diversas investigaciones citadas en el Informe señalan que el 34% de las mujeres trans y travestis viven con VIH y que padecen problemas serios en el acceso a los tratamientos antirretrovirales. CELS, “*Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina*”, op. cit., pág. 19.



evidencia que, en Argentina, la totalidad de las personas trans y travestis detenidas entrevistadas señalaron que la detención significó la discontinuidad de los tratamientos hormonales que realizaban en libertad.⁶⁴

En el Proyecto de Ley Modelo se estipula específicamente que se debe procurar la continuidad de tratamientos médicos y farmacológicos en curso de forma inmediata, incluidos los tratamientos hormonales para adecuación del cuerpo a la identidad de género autopercibida (Artículo 290). De igual modo, el Proyecto de Ley estipula que los tratamientos específicos que se soliciten durante la privación de libertad, referidos a modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género, serán gestionados por el servicio médico del establecimiento, junto con atención médica, psicológica y asesoramiento especializado (Artículo 291).

Los tratamientos deben ser ofrecidos y proporcionados en prisión si están disponibles en la comunidad. Corresponde a la administración penitenciaria garantizar que el tratamiento no sea discontinuado como consecuencia de la privación de libertad o la liberación de la persona en cuestión.

En otro orden, es obligación de los Estados asegurar en los establecimientos penitenciarios, productos y servicios para la salud sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (Artículo 297). En este sentido, se debe garantizar el acceso gratuito a elementos propios de la gestión menstrual tales como toallas higiénicas, descartables y reutilizables, tampones, ropa interior absorbentes, copas menstruales y todo producto de contención que sea considerado apto para el proceso de menstruación.⁶⁵ También debe contemplarse la adecuada eliminación de los desechos.

El encarcelamiento no debe socavar la capacidad de una persona para vivir de acuerdo con su identidad de género. Esto puede implicar, para las personas trans, aspectos de la expresión de género, incluida la ropa, los peinados y el uso de maquillaje, que pueden entrar en conflicto con las normas penitenciarias basadas en el sexo biológico o género legal de una persona. Cuando éste sea el caso, las normas penitenciarias deben ser revisadas.⁶⁶

Estos estándares han sido recogidos por el Proyecto de Ley Modelo, en tanto se contempla que el suministro de artículos para satisfacer las necesidades de higiene debe atender a la identidad y/o expresión de género, orientación sexual y/o sexo biológico de las personas, debiendo estar estos artículos a disposición de quien los requiera, sin mediación alguna, debiendo garantizarse una adecuada eliminación de los desechos (Artículo 160).

Muchas veces las personas trans poseen necesidades biológicas de acuerdo con su genitalidad que deben ser atendidas en forma preventiva, pese a encontrarse alojadas en establecimientos acordes con su identidad de género. El Proyecto de Ley Modelo se ocupa en particular de esta cuestión, al consagrar que todas las personas privadas de libertad tendrán acceso a intervenciones de atención preventiva de la salud acordes con su sexo biológico, entre las que deberán incluirse pruebas de Papanicolau y exámenes para la detección temprana de cáncer de mama, de próstata y otros tipos y que “el acceso a estos exámenes se garantizará con particular atención y cuidado a las personas cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento” (Artículo 289).

⁶⁴ CELS, “Situación de los derechos humanos de las travestis y trans en la Argentina”, op. cit., pág. 10.

⁶⁵ El estándar está recogido en la Regla 5 de las Reglas de Bangkok.

⁶⁶ Organización Panamericana de la Salud “Por la salud de las personas trans. Elementos para el desarrollo de la atención integral de personas trans y sus comunidades en Latinoamérica y el Caribe”, PAHO, 2012, pág. 66.



También deben considerarse las especiales necesidades en relación con la higiene y vestimenta que posee este colectivo de personas, evitando que en aquellos casos en los que se suministre vestimenta esta pueda ser considerada humillante o degradante en atención a la identidad y/o expresión de género, orientación sexual y/o sexo biológico por cuanto la vestimenta es parte de la identidad de género que se pretende resguardar.

Así se estipula en el Proyecto de Ley, en tanto se establece que la ropa proporcionada en el establecimiento deberá tener en cuenta la identidad y/o expresión de género, orientación sexual y/o sexo biológico de las personas (Artículo 166).

El Proyecto de Ley también propone que los estereotipos de género queden exceptuados al momento de la asignación de trabajo (Artículos 232 y 234). También consagra el principio de no discriminación como criterio rector del acceso a la educación (Artículo 270).

Finalmente, en lo que concierne específicamente a la atención de la salud mental, la intervención desprovista de prejuicios y estereotipos debe evitar la formulación de diagnósticos sobre la base exclusiva de "la falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona" o la "elección o identidad sexual".⁶⁷

El Proyecto de Ley Modelo se ocupa específicamente de la salud mental de este colectivo. Como ya se mencionó, en lo atinente a la realización de tratamientos hormonales para adecuar su cuerpo a la identidad de género autopercebida y/o para posibilitar modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género, se prevé atención médica, psicológica y asesoramiento especializados (Artículo 291).

Pero además, el Proyecto de Ley Modelo contiene una disposición específica que manda a prestar especial atención a la prevención del suicidio y de las autolesiones con énfasis en que las mujeres y personas cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento, reciban atención especializada por profesionales capacitados en la atención y tratamiento de situaciones de especial angustia vinculadas con problemáticas específicas de género (Artículo 287).

e. Capacitación del personal

La posibilidad de que las intervenciones propuestas sucedan y sean exitosas dependen en una proporción importante de que el personal penitenciario intervenga con solvencia y profesionalismo, evitando desarrollar programas, actos administrativos y prácticas que recaigan en estereotipos de género.

Las Reglas de Bangkok han sido inspiradoras en relación con la consideración de la fundamental importancia de sensibilizar al personal de los establecimientos penitenciarios sobre los posibles momentos de especial angustia para las personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo, en este caso, las personas LGBTI, a los fines de que pueda reaccionar correctamente ante las situaciones que puedan desarrollarse y prestar el apoyo correspondiente.⁶⁸

De igual modo, las Reglas de Bangkok establecen el deber de elaborar y aplicar políticas y reglamentos claros sobre el comportamiento del personal, a fin de brindar el máximo de

⁶⁷ Artículo 3 de la Ley Nacional de Salud Mental Argentina, N° 26.657.

⁶⁸ Reglas de Bangkok, Regla 13: Se deberá sensibilizar al personal penitenciario sobre los posibles momentos de especial angustia para las mujeres, a fin de que pueda reaccionar correctamente ante su situación y prestarles el apoyo correspondiente.



protección a las personas contra todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual.⁶⁹ Se recuerda que la violencia motivada por razones de género tiene como víctimas tanto a las mujeres como a las personas del colectivo LGBTI, por lo tanto, las Reglas de Bangkok constituyen una herramienta fundamental para definir los estándares de protección especial que deberán tenerse en cuenta respecto de las personas vulnerables por razones de género, como lo son las personas LGBTI.

Para ello es imprescindible imponer a los Estados el deber de establecer programas permanentes de capacitación y sensibilización sobre los principios de igualdad y no discriminación de las personas LGBTI privadas de libertad, y sus necesidades específicas, dirigidos al personal penitenciario y a todos los funcionarios y funcionarias de los sectores público y privado involucrados en la custodia, atención y resguardo de las personas privadas de libertad.⁷⁰

La Asociación para la Prevención de la Tortura recientemente ha resaltado la importancia de que los Estados promuevan programas específicos de formación y capacitación diseñados para sensibilizar a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley y al personal de los centros de detención sobre las circunstancias específicas y las necesidades particulares de las mujeres y las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero privadas de libertad, y sobre normas como las Reglas de Bangkok.⁷¹

Es menester recordar que la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que, frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro [...].⁷²

Por tal motivo y en miras a la posición especial de garante que tienen los Estados respecto de las personas privadas de libertad, es imprescindible que las autoridades penitenciarias cuenten con la capacitación necesaria para abordar las problemáticas propias que pueden presentar las personas pertenecientes a grupos en situación especial de riesgo y de vulnerabilidad, como lo son las personas del colectivo LGBTI.

El Proyecto de Ley Modelo tiene a través de todo su articulado provisiones específicas que apuntan a la permanente capacitación del personal en materia de género. Mediante una disposición general se prevé que todos los establecimientos cuenten con personal penitenciario con específica formación y capacitación en materia de género a fin de que en el desempeño cotidiano de sus funciones y en todos los procedimientos en los que intervenga se atiendan las necesidades especiales de las mujeres y personas LGBTI (Artículo 324).

⁶⁹ Reglas de Bangkok, Regla 31: Se deberán elaborar y aplicar políticas y reglamentos claros sobre el comportamiento del personal penitenciario, a fin de brindar el máximo de protección a las reclusas contra todo tipo de violencia física o verbal motivada por razones de género, así como de abuso y acoso sexual.

⁷⁰ BISSUTTI, César *“Muertes anunciadas: (des) atención de la salud de personas travestis y trans en contextos de encierro”*, pág 14. Documento disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47570-muertes-anunciadas-des-atencion-salud-personas-travestis-y-trans-contextos-encierro>.

⁷¹ APT, *“Hacia la efectiva protección de las personas LGBTI privadas de libertad: Guía de Monitoreo”*, APT, 2019, p. 107.

⁷² Corte IDH, Caso *“Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay”*, Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Véase también: *“Caso Neira Alegría y otros vs. Perú”*, Sentencia del 19 de enero de 1995.



Luego a través de distintas normas contempla, en particular, exigencias de capacitación específica para el personal encargado de las requisas (Artículos 118, 183 y 184), de los exámenes médicos (Artículos 125 y 290), de la atención de la salud mental (Artículo 287), de los traslados (Artículo 179) y de la asignación de alojamiento (Artículo 138).

En cuanto a la adopción de medidas adecuadas para evitar y abordar posibles casos de violencia y abuso sexual. El Proyecto de Ley Modelo dispone que se deben elaborar y aplicar políticas, protocolos y reglamentos sobre el comportamiento del personal que permitan brindar el máximo de protección a las personas contra todo tipo de violencia motivada por razones de género, abuso y acoso sexual (Artículo 326).

f. Adecuado registro de la identidad y expresión de género

Como consecuencia del progresivo —aunque aún incompleto— reconocimiento legislativo del derecho a la identidad de género en los países de la región,⁷³ es necesario que las cárceles adecuen sus registros y sus prácticas administrativas reconociendo las identidades de este colectivo.

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se desprende del Principio 3 de los Principios de Yogyakarta, que estipula: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”.

Específicamente, el inciso “c” del principio 3 establece que los Estados: “Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias a fin de asegurar que existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona —incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí”.⁷⁴

⁷³ El primer Estado de la región que sancionó una ley de identidad de género fue Uruguay en 2009, a través de la Ley 18.620. Luego, en 2012, Argentina siguió los mismos pasos a través de la Ley 26.743. En 2015 Ecuador sancionó su Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles reconociendo el derecho al cambio de género. En el mismo año el presidente de la República de Colombia dictó el Decreto Reglamentario nro. 1227 que contempla la corrección del componente sexo de las personas. En 2016 Bolivia sancionó su propia Ley de identidad de género, la ley nro. 807. Costa Rica en el 2018 puso en vigencia la Directriz nro. 015-P emitida por su presidente la cual regula la adecuación de trámites y documentos al reconocimiento del Derecho a la Identidad Sexual y de Género. Por último, a fines del mismo año Chile promulgó la Ley 21.120 en este mismo orden de ideas.

⁷⁴ Además, establece que: “Los Estados: a) Garantizarán que a todas las personas se les confiera capacidad jurídica en asuntos civiles, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y la oportunidad de ejercer dicha capacidad, incluyendo los derechos, en igualdad de condiciones, a suscribir contratos y a administrar, poseer, adquirir (incluso a través de la herencia), controlar y disfrutar



Las cárceles deben respetar la identidad de género de la persona ingresante, aun cuando su género autopercebido sea distinto al asignado al momento de su nacimiento. En tales casos, una propuesta armónica con las legislaciones de la materia, pudiera ser que las administraciones penitenciarias utilicen sistemas que combinen las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento, número de documento y el nombre de pila con el que la persona se identifique.

El Proyecto de Ley Modelo estipula que deberá agregarse el nombre de pila con el que la persona se identifique en el legajo penitenciario individual (Artículo 117). Esta regla de trato también deberá respetarse para aquellos casos en los que las personas cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento, al momento en que el personal penitenciario deba dirigirsele, tanto en forma pública como en forma privada (Artículo 325).

g. Asistencia postpenitenciaria

La asistencia y el control post penitenciario también requieren de la actuación de personas idóneas y capacitadas específicamente en materia de género, a fin de atender las necesidades y problemáticas específicas de las personas del colectivo LGBTI.

La problemática que se plantea en el ámbito post penitenciario en general se intensifica cuando se trata de personas del colectivo LGBTI, en particular de personas trans. Las problemáticas de inserción laboral, de carencia de recursos, de dificultades en el acceso a la salud y a la educación, deben abordarse a través de una intervención asistencial adecuada, que tenga como finalidad la creación y promoción de espacios de orientación, apoyo y desarrollo personal.⁷⁵

El Proyecto de Ley Modelo asigna a la asistencia postpenitenciaria la finalidad de promover la integración plena a la vida social al recuperar la libertad a través de la creación y promoción de espacios de orientación, apoyo y desarrollo personal, laboral, cultural, educativo, social y de capacitación (Artículo 341).

Se establece que la preparación para el egreso en libertad debe ser planificada desde el inicio del cumplimiento de la pena y debe atender, en forma individualizada, las necesidades específicas que deban afrontar las personas al ser liberadas. En particular se procura contribuir a la atención de la salud, la situación habitacional, el cuidado de otras personas, la continuidad de las actividades formativas y tratamientos terapéuticos en desarrollo al momento de obtener la libertad, la inserción laboral, y se propiciarán soluciones para aquellas situaciones que supongan un obstáculo para el desarrollo personal y la integración social, conforme las posibilidades de la persona condenada y el entorno en el que se inserte (Artículo 342).

bienes de su propiedad, como también a disponer de estos; b) Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí; d) Garantizarán que tales procedimientos sean eficientes, justos y no discriminatorios y que respeten la dignidad y privacidad de la persona concernida; e) Asegurarán que los cambios a los documentos de identidad sean reconocidos en todos aquellos contextos en que las leyes o las políticas requieran la identificación o la desagregación por sexo de las personas; f) Empezarán programas focalizados cuyo fin sea brindar apoyo social a todas las personas que estén atravesando una transición o reasignación de género”.

⁷⁵ En ese sentido, recientemente, el Estado argentino, mediante el Decreto 721/2020, estableció un Cupo Laboral para personas trans, en el Sector Público Nacional, a través del cual los cargos de personal deberán ser ocupados en una proporción no inferior al uno por ciento (1%) de la totalidad de estos por personas travestis, transexuales y transgénero que reúnan las condiciones de idoneidad para el cargo.

En atención a la intensidad que estas problemáticas presentan en personas que integren los grupos en especial situación de vulnerabilidad enumerados en el capítulo XX del Proyecto de Ley Modelo (entre los que se incluyen las personas LGBTI), se establece en forma expresa que esta asistencia debe ser proporcionada atendiendo a las particularidades y obstáculos propios de esa especial condición (Artículo 342).

VI.2 Disposiciones del Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica que contienen los estándares propuestos para la consideración de la situación de personas LGBTI

Al igual que en el punto anterior, se reproducen en este apartado las citas textuales de las partes pertinentes en las que el Proyecto de Ley Modelo recepta los estándares descritos, con nota de la referencia del artículo para su consulta en el texto original:

Igualdad y no discriminación. En ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad en razón de (...) su identidad y/o expresión de género, orientación sexual, sexo biológico o cualquier otra condición social.⁷⁶

Reglas especiales para personas trans: Las personas privadas de libertad cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento, serán alojadas en establecimientos penitenciarios o secciones dentro de ellos, bajo el respeto irrestricto del género autopercebido y las reglas de trato previstas en el art. 325. El criterio de alojamiento deberá priorizar la seguridad de las personas y se adoptará previa evaluación de profesionales con capacitación especial en materia de género. La decisión deberá tener en cuenta las manifestaciones de la persona privada de libertad y el especial grado de vulnerabilidad que presente, para así abordar los riesgos y necesidades específicas en cada caso concreto.⁷⁷

Medidas en casos de violencia y abuso sexual: Se deberán elaborar y aplicar políticas, protocolos y reglamentos sobre el comportamiento del personal que permitan brindar el máximo de protección a las personas contra todo tipo de violencia motivada por razones de género, abuso y acoso sexual. Las personas que denuncien situaciones de abuso recibirán asesoramiento apropiado, atención de su salud física y mental y asistencia jurídica. Las denuncias serán puestas en conocimiento de la autoridad judicial y del ministerio público fiscal. Durante la investigación se respetará el principio de confidencialidad y toda medida de protección deberá atender particularmente el peligro de revictimización y prevenir represalias.⁷⁸

Medidas urgentes en caso de abuso: Si en el examen médico se constataren señales de abuso sexual u otras formas de violencia cometidas antes del ingreso al establecimiento penitenciario o mientras se desarrollaba el procedimiento, la persona ingresante deberá ser informada de su derecho a denunciarlos y a contar con asistencia técnica adecuada e inmediata a tal efecto. El principio de confidencialidad debe ser respetado durante este proceso. La persona involucrada deberá recibir de inmediato apoyo psicológico y médico especializados, elija o no realizar la denuncia.⁷⁹

⁷⁶ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 5.

⁷⁷ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 138.

⁷⁸ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 326.

⁷⁹ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 126.



Requisas de ingresantes: (...) En todos los casos la requisas deberá llevarse a cabo por personal del mismo sexo biológico de la persona sujeta a examen. Cuando el género de la persona ingresante no coincida con el asignado a su nacimiento, deberá dispensarse un trato acorde al género autopercebido respetando el nombre de pila con el que la persona se identifique. Todo establecimiento contará con personal masculino y femenino, capacitado en materia de identidad de género para los procedimientos de requisas de ingreso.⁸⁰

Requisas e inspecciones: (...) Cuando el género de la persona a requisar sea distinto al asignado al momento de su nacimiento, deberá dispensarse un trato acorde al género autopercebido. Todo establecimiento contará con personal masculino y femenino, capacitado en materia de identidad de género para los procedimientos generales de requisas.⁸¹

Requisas sin ropa: Las requisas de personas sin su vestimenta, solo se efectuarán cuando a partir de otro método de exploración se detecten posibles objetos o sustancias prohibidas y la persona revisada se niegue a mostrarlos. Serán practicadas bajo condiciones sanitarias adecuadas, en privado y por personal calificado del mismo sexo biológico que la persona registrada. Cuando el género de la persona a requisar sea distinto al asignado al momento de su nacimiento, deberá dispensarse un trato acorde al género autopercebido y la requisas se realizará por personal capacitado en materia relativa a la identidad de género.⁸²

Visitas íntimas: Las personas privadas de libertad tienen derecho a mantener visitas íntimas, bajo los recaudos de admisión y demás exigencias que disponga la reglamentación, respetando el principio de igualdad y no discriminación (...). Se garantizará el suministro de preservativos y otros métodos anticonceptivos para el mantenimiento de relaciones sexuales, con respeto de las elecciones personales de la población destinataria y garantizando la protección de su intimidad. No podrá condicionarse la autorización de la visita íntima de las personas con capacidad de gestar al uso obligatorio de métodos anticonceptivos (...).⁸³

Atención preventiva especializada: Todas las personas privadas de libertad tendrán acceso a intervenciones de atención preventiva de la salud acordes con su sexo biológico, entre las que deberán incluirse pruebas de Papanicolau y exámenes para la detección temprana de cáncer de mama, de próstata y otros tipos. El acceso a estos exámenes se garantizará con particular atención y cuidado a las personas cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento.⁸⁴

Continuidad de tratamientos: En aquellos casos en los que las personas privadas de libertad ingresen al establecimiento penitenciario con tratamientos médicos y/o farmacológicos en curso prescritos con anterioridad, se procurará su continuidad de forma inmediata, incluso cuando se trate de tratamientos hormonales implementados para adecuar el cuerpo a la identidad de género autopercebida. La continuidad de estos tratamientos será supervisada por personal médico debidamente capacitado.⁸⁵

Tratamientos específicos para personas trans: Las personas privadas de libertad que soliciten la realización de tratamientos hormonales para adecuar su cuerpo a la identidad de género autopercebida y/o para posibilitar modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género, recibirán atención médica, psicológica y asesoramiento especializados. En estos casos,

⁸⁰ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 118.

⁸¹ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 183.

⁸² Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 184.

⁸³ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 311.

⁸⁴ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 289.

⁸⁵ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 290.



el servicio médico procederá a gestionar lo necesario para la realización de las intervenciones y/o tratamientos en el sistema de salud pública o privada, según corresponda.⁸⁶

Servicios de salud: Las mujeres y personas trans tendrán derecho a acceder a una atención médica especializada, de acuerdo con sus características físicas, biológicas, de identidad y/o expresión de género, que encauce adecuadamente sus necesidades en materia de salud reproductiva.⁸⁷

Salud mental: El servicio de atención sanitaria deberá asegurar la protección de la salud mental de las personas privadas de libertad, garantizando el acceso a los programas de tratamiento individual (...) en caso de considerárselos necesarios (...). Las adicciones deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Deberá prestarse especial atención a la prevención del suicidio y de las autolesiones. Las mujeres y personas cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento, recibirán atención especializada por profesionales capacitados en la atención y tratamiento de situaciones de especial angustia vinculadas con problemáticas específicas de género.⁸⁸

Cuidado de la salud de mujeres y personas LGBTI: Las mujeres y personas LGBTI tendrán derecho al acceso a productos y servicios para la salud que respondan a sus necesidades y tengan en cuenta sus singularidades, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad y expresión de género.⁸⁹

Higiene personal: Se deberá tener en cuenta especialmente el suministro de artículos para satisfacer las necesidades de higiene propias, sin discriminación y atendiendo a la identidad y/o expresión de género, orientación sexual y/o sexo biológico de las personas.⁹⁰

Vestimenta: La ropa proporcionada no será degradante ni humillante. Deberá ser adecuada a (...) la identidad y/o expresión de género, orientación sexual y/o sexo biológico de las personas.⁹¹

Examen médico de personas trans: El examen médico de personas cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento se practicará con el debido respeto de su privacidad, intimidad y dignidad, por profesionales especialmente capacitados. En la medida de lo posible, el personal médico deberá ser del género de elección de la persona ingresante.⁹²

Capacitación del personal: Todos los establecimientos contarán con personal penitenciario con específica formación y capacitación en materia de género. En especial se capacitará al personal encargado de la admisión, requisa, servicio médico, custodia y traslados a fin de que en el desempeño cotidiano de sus funciones y en todos los procedimientos en los que intervenga se atiendan las necesidades especiales de las mujeres y personas LGBTI.⁹³

Trato: Toda intervención del personal penitenciario deberá ser efectuada con respeto a la identidad de género autopercebida de las personas que ingresan a un establecimiento penitenciario, observando estrictamente sus derechos tanto en materia de identificación como de cualquier otro rasgo externo que la exprese. Cuando el personal del establecimiento deba

⁸⁶ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 291.

⁸⁷ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 284.

⁸⁸ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 287.

⁸⁹ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 297.

⁹⁰ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 160.

⁹¹ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 166.

⁹² Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 125.

⁹³ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 324.

dirigirse, en forma pública o privada, a personas cuyo género sea distinto al asignado al momento de su nacimiento, deberá utilizar únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada.⁹⁴

No discriminación en el diseño de actividades: Es un derecho de toda persona privada de libertad el acceso a actividades culturales, recreativas y de esparcimiento. La administración penitenciaria deberá organizar programas de recreación adecuados a las características de cada fase del sistema progresivo contemplado en la presente ley. El diseño y planificación de las actividades evitará el empleo de todo estereotipo basado en el sexo biológico de las personas privadas de libertad, su orientación sexual o su identidad o expresión de género.⁹⁵

Contenido del legajo penitenciario individual: Al iniciarse el procedimiento de ingreso se consignarán en el legajo penitenciario individual, como mínimo, los siguientes datos: a) Información precisa que permita determinar la identidad de la persona que ingresa y su documentación personal. En los casos de personas que se autoperciban con un género distinto al asignado al momento de su nacimiento se deberá utilizar un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento, debiéndose agregar el nombre de pila con el que la persona se identifique (...).⁹⁶

Obligatoriedad de labores de mantenimiento: El trabajo solo será obligatorio para la persona privada de libertad en lo que concierne a las labores generales de mantenimiento, higiene y conservación del establecimiento, que sean originadas por el uso normal de las instalaciones. Tal actividad no deberá afectar la dignidad de la persona privada de libertad, deberá ser adecuada a su capacidad física e intelectual y deberá estar exenta de estereotipos por razones de género.⁹⁷

Principios en el Trabajo: El trabajo se registrará por los siguientes principios: a) ...; b) ...; c) ...; d) ...; e) ...; f) ...; g) Se planificará, desarrollará y asignará evitando todo estereotipo laboral por razones de género.⁹⁸

Características y planificación del egreso: La preparación para el egreso en libertad deberá ser planificada desde el inicio del cumplimiento de la pena y atenderá, en forma individualizada, las necesidades específicas que deban afrontar las personas al ser liberadas. En particular se dispondrán medidas para contribuir a la atención de la salud, la situación habitacional, el cuidado de otras personas, la continuidad de las actividades formativas y tratamientos terapéuticos en desarrollo al momento de obtener la libertad, la inserción laboral, y se propiciarán soluciones para aquellas situaciones que supongan un obstáculo para el desarrollo personal y la integración social, conforme las posibilidades de la persona condenada y el entorno en el que se inserte. La asistencia de las personas que integren los grupos en especial situación de vulnerabilidad enumerados en el capítulo XX, deberá ser proporcionada atendiendo a las particularidades y obstáculos propios de su especial condición.⁹⁹

⁹⁴ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 325.

⁹⁵ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 314.

⁹⁶ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 117.

⁹⁷ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 232.

⁹⁸ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 234.

⁹⁹ Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica. Art. 342.

VII. Niñas y niños que viven en centros de detención con sus madres

Las niñas y niños cuyos progenitores —o uno de ellos— son privados de libertad, se ven obligados a enfrentar dos alternativas que afectan sus derechos: la separación de su madre o padre o de ambos, e incluso el riesgo de su institucionalización, o su ingreso a la prisión. Tanto una como la otra los exponen a que una gran cantidad de sus derechos se vean conculcados: el interés superior del niño, la protección de la familia, el principio de intrascendencia de la pena, al igual que derechos como son la salud, la alimentación, la educación y el libre desarrollo.

Corresponde partir de la premisa de que la prisión es un ambiente inadecuado para el normal desarrollo de las niñas y niños.¹⁰⁰ Se ven expuestos a condiciones de salubridad, hacinamiento y violencia estructural incompatibles con el normal desenvolvimiento de una persona durante la niñez.¹⁰¹ Entre los perjuicios relevados, se advierte que son sometidos a los mismos mecanismos de control que sus madres (requisas personales y de pabellón, traslados, encierro, etc.); sufren, en consecuencia, las malas condiciones de la infraestructura carcelaria y no cuentan con un espacio específico para actividades infantiles, tanto en lo que hace a las educativas como a las recreativas.

Asimismo, se han advertido daños psíquicos en las niñas y niños que permanecieron en prisión, dado que el ambiente duro y punitivo de las prisiones puede dañar permanentemente su bienestar psicológico y mental.¹⁰² A ello se suman las dificultades existentes para que otros familiares o amigos los retiren y puedan salir del penal. Esto determina que muchos de ellos no conozcan una realidad distinta de la carcelaria.¹⁰³ Por otra parte, los servicios de salud en prisión no suelen estar adaptados a las necesidades de atención médica pediátrica de las niñas y los niños, ni la provisión de alimentos a sus necesidades nutricionales.

No existen normas universalmente acordadas para determinar qué circunstancias justifican que una niña o un niño viva en prisión. Esto ha dado lugar a una gran variedad de soluciones establecidas en los diferentes países, fundamentalmente basadas en la edad de la niña o niño. De este modo, el alojamiento de niñas y niños en prisión, además de conllevar las amenazas propias de la cárcel, acarrea otra en forma latente y permanente: el momento en que la niña o niño alcanzará la edad límite y deberá egresar de la prisión desvinculándose de su madre.¹⁰⁴

Lo cierto es que, paradójicamente, las prisiones no son un lugar seguro para los bebés, las niñas y niños pequeños, pero a la vez no es recomendable separarlos de sus madres.¹⁰⁵ Así, lo cierto

¹⁰⁰ La Regla N°64 de las Reglas de Bangkok afirma que: “Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo”.

¹⁰¹ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación *“Mujeres en prisión. Los alcances del castigo”* op. cit., pág. 178.

¹⁰² UNODC, *“Manual sobre mujeres y encarcelamiento”*, series de manuales de justicia penal, 2da edición, en línea con las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), ONU, Viena, 2014, pág. 20.

¹⁰³ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación *“Mujeres en prisión. Los alcances del castigo”* op. cit., pág. 185.

¹⁰⁴ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación *“Mujeres en prisión. Los alcances del castigo”* op. cit., pág. 186.

¹⁰⁵ Asamblea General de Naciones Unidas, informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, *“Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres”*, Resolución A/68/340, 21 de agosto de 2013, párr. 56.



es que frente a los perjuicios que acarrea el alojamiento de niñas y niños en prisión, la separación de su madre o padre durante los primeros años de vida es igual o más desventajosa.

Sin dudas, la situación de privación de la libertad de uno de los referentes adultos del hogar representa para las niñas y los niños una experiencia adversa en los procesos de crianza y socialización.¹⁰⁶ Las hijas e hijos, a menudo traumatizados e incapaces de comprender las razones de la separación, probablemente sufrirán agudos problemas emocionales y de desarrollo, además de quedar en riesgo de recibir atención inadecuada en instituciones estatales o con cuidadores alternativos con recursos deficitarios.¹⁰⁷ A ello se suma que el encarcelamiento de una madre o padre incrementa las posibilidades de encontrarse en una situación de pobreza e inseguridad alimentaria, tener menor acceso a cobertura de salud, poseer mayores dificultades durante la etapa escolar, aumentar la exposición a estilos de disciplinamiento negativos y restringir sus oportunidades de socialización.¹⁰⁸

Por lo tanto, resulta fundamental establecer estándares a fin de homogeneizar soluciones respecto del colectivo de niñas y niños hijos de personas privadas de libertad, en tanto son sujetos plenos de derechos, pero particularmente vulnerables. Por un lado, es necesario definir pautas para priorizar el interés superior del niño y evitar su exposición a situaciones de desvinculación de sus progenitores, desamparo, pobreza e institucionalización. Pero a la vez, es igualmente necesario establecer estándares para que, en caso de que la solución sea el ingreso de la niña o niño a la prisión, se garanticen sus derechos y se minimice lo más posible el impacto de la cárcel en su desarrollo y vida.

En tal dirección, debe establecerse como punto de partida que el alojamiento de niñas y niños en prisiones solo puede ser admitido como excepción (resultando para tal fin pertinente el empleo de institutos como la prisión domiciliaria como solución a la separación de hijas e hijos de sus referentes adultos) y que, en todo caso, el criterio rector para la toma de decisiones debe ser el interés superior del niño.

VII.1. Aspectos de abordaje particular incluidos en la solicitud de Opinión Consultiva respecto de las niñas y niños que viven en centros de detención con sus madres

a. Primacía del interés superior del niño como regla general

El capítulo VI sobre “Alternativas al encierro por razones humanitarias” del Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica, prevé en los artículos 101 a 104 la posibilidad de que las personas privadas de libertad sean incorporadas a la modalidad de prisión domiciliaria para el cuidado de hijas o hijos de hasta cinco (5) años.¹⁰⁹ Asimismo, la persona condenada que

¹⁰⁶ CADONI, L., RIVAL, J.M., y TUÑÓN, I. “*Infancias y encarcelamiento. Condiciones de vida de niñas, niños y adolescentes cuyos padres o familiares están privados de la libertad en la Argentina*”, Documento de trabajo, 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Educa, 2019, pág. 4-5. Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8159/1/infancias-encarcelamiento-condiciones-vida.pdf>.

¹⁰⁷ UNODC, “*Manual sobre mujeres y encarcelamiento*”, op. cit., pág. 20.

¹⁰⁸ CADONI, L., RIVAL, J.M., y TUÑÓN, I. “*Infancias y encarcelamiento...*”, op. cit. págs. 5 y 29.

¹⁰⁹ Entre los países que prevén la prisión domiciliaria por cuidado de hijas e hijos se cuenta a Argentina, que a través de la reforma de la Ley 26.472, estableció dicho régimen para “la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo” (art. 32 inciso “f” de la Ley 24.660 y art.

haya sido incorporada al régimen de prisión domiciliaria durante el embarazo podrá, luego del parto, continuar detenida bajo dicho régimen (Artículo 101).

En todos los casos, la decisión debe ser adoptada con consideración del interés superior del niño. En efecto, debe haber siempre intervención previa del órgano especializado en materia de niñez y la autoridad judicial puede hacer lugar a la prisión domiciliaria sólo si se establece que la medida contribuirá a satisfacer el interés superior de las niñas y/o niños involucrados.

Siguiendo este criterio, la Ley Modelo establece que la prisión domiciliaria también podrá proceder, exclusivamente en aras de privilegiar dicho interés, aunque exista otro/a progenitor/a o integrante de la familia que se encargue en el medio libre del cuidado personal de las niñas y/o niños (Artículo 101). Asimismo, sin perjuicio del límite etario establecido, se admite la incorporación a la prisión domiciliaria para el cuidado de hijas o hijos mayores de cinco (5) años, si las circunstancias particulares del caso lo hicieran necesario (Artículo 102). En esta misma línea, el régimen puede ser prorrogado por razones vinculadas exclusivamente con el interés superior de las niñas o los niños por el lapso que demanden las circunstancias del caso, teniendo como límite máximo el momento en que las niñas y/o niños alcancen la mayoría de edad (Artículo 104),¹¹⁰ En igual sentido, cuando las niñas y/o niños cumplan cinco (5) años de edad y no se verificase la necesidad de prorrogar la medida, ésta se dejará sin efecto y se dispondrá la continuidad del cumplimiento de la pena en un establecimiento penitenciario (Artículo 104, último párrafo).

La actualización permanente de la vigencia del interés superior del niño debe concretarse mediante exámenes periódicos que debe realizar el órgano especializado en materia de niñez, a fin de determinar si las circunstancias que dieron lugar a la inclusión en el régimen de prisión domiciliaria para el cuidado de hijas o hijos se mantienen. En este sentido, el órgano

10 inc. “f” del Código Penal). Brasil, por su parte, la contempla para la “mujer con hijo menor o discapacitado” (art. 117 inc. iii de la Lei de Execução Penal). Costa Rica prevé dicha modalidad cuando la “mujer condenada sea madre jefa de hogar de hijo o hija menor de edad hasta de doce años, o que el hijo o familiar sufra algún tipo de discapacidad o enfermedad grave debidamente probada. También puede ordenarse la sustitución siempre que el niño o niña haya estado bajo su cuidado y se acredite que no existe otra persona que pueda ocuparse del cuidado. En ausencia de ella, el padre que haya asumido esta responsabilidad tendrá el mismo beneficio” (art. 486 bis inc. 1 del Código Procesal Penal). En el caso de Italia, este régimen está contemplado para casos de madres de hijos menores de 10 años o padres, si la madre falleció o es incapaz (art. 47-ter inc. 1, ap. “a” de la ley n° 354/1975, que regula el régimen penitenciario y la ejecución de las medidas privativas y limitativas de la libertad). La Ley de Ejecución Penal de Bolivia (2001) solo admite esta modalidad durante noventa días posteriores al alumbramiento (art. 197). Otros países directamente establecen la liberación o sustitución de la pena en caso de madres al cuidado de hijas o hijos. Tal es el caso de México, que prevé la sustitución sin hacer distinciones entre hombres y mujeres (art. 144 de la Ley de Ejecución Penal Mexicana). El Salvador admite la suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena de hasta seis meses, “...cuando su inmediato cumplimiento implique un daño de magnitud extraordinaria para el condenado o su familia o para las personas que de él dependan...” (art. 84 de la Ley Penitenciaria). El Reino Unido la admite al prever la situación genérica de circunstancias familiares trágicas (art. 12.6 de la *Prison Order Service* 6000). Por último, Francia contempla la suspensión de la pena de hasta cuatro años por motivos familiares, ya sea a un condenado que ejerza la patria potestad sobre un niño menor de diez años que resida habitualmente con ese progenitor, o a una mujer que esté embarazada de más de doce semanas (art. Artículo 720-1 *Code de Procédure Pénale*).

¹¹⁰Asimismo, el artículo 111 autoriza la continuidad de la prisión domiciliaria cuando la persona condenada se encontrare a un año o menos de cumplir el requisito temporal para la suspensión de la pena por libertad condicional, siempre que se hubieran observado las condiciones impuestas durante la prisión domiciliaria.

especializado deberá dar cuenta de su evaluación a la autoridad judicial a fin de considerar, con intervención de las partes, la pertinencia de mantener a la persona condenada en este régimen especial (Artículo 104).

Para la instrumentación de este régimen, la autoridad judicial debe disponer los recaudos necesarios para que no sean afectados los derechos de las niñas y/o niños involucrados y expedir las autorizaciones para los traslados que sean necesarios (Artículo 103). Asimismo, el área de trabajo social del establecimiento debe llevar adelante las gestiones para la asignación o continuidad de programas sociales u otras prestaciones de la seguridad social de las que pueda ser beneficiaria la persona progenitora y que contribuyan a su manutención y la de su hija o hijo durante el usufructo de la medida (Artículo 109). Esto, fundamentalmente, teniendo en consideración que la prisión domiciliaria no permite las salidas laborales, lo que lleva a prever esta asistencia social a los efectos de coadyuvar a la manutención del grupo familiar durante la medida.

El esquema propuesto encuentra fundamento en el derecho a la adopción de medidas de protección de las niñas y niños (Artículo 19 de la CADH), los principios del interés superior del niño y de autonomía progresiva (Artículos 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el derecho a la protección integral de la familia (Artículo 17.1 de la CADH) y el principio de no trascendencia penal (Artículo 5.3 CADH).

La Corte IDH ha interpretado el derecho del artículo 19 entendiendo que las medidas especiales de protección de niñas y niños deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto¹¹¹ y que estas corresponden ser adoptadas tanto por el Estado como por la familia, la comunidad y la sociedad a la que pertenece la niña o niño.¹¹²

Asimismo, lo ha interpretado a la luz del principio del interés superior del niño, afirmando que toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.¹¹³ En consecuencia, quien interprete y aplique el derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas de la persona menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.¹¹⁴

La Corte ha entendido que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar su desarrollo, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades,¹¹⁵ así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del

¹¹¹ Corte IDH “*Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 125.

¹¹² Corte IDH “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 62.

¹¹³ Corte IDH “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, op.cit., párr. 65.

¹¹⁴ Corte IDH “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, op.cit., párr.102; “*Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*”, op. cit. párr. 230; “*Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. párr. 199.

¹¹⁵ Corte IDH “*Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*”, op. cit. párr. 126.



Niño.¹¹⁶ Asimismo, reconoce el principio de autonomía progresiva de las niñas y niños,¹¹⁷ en tanto ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal.

En esta línea, en todas las alusiones que hace la Convención sobre los Derechos del Niño al interés superior (Artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) lo considera como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.¹¹⁸ Al mismo tiempo, dicho principio interpretativo debe servir para asegurar la mínima restricción de tales derechos.

En un mismo plano, el artículo 17.1 de la Convención establece el derecho a la protección de la familia, reconociendo a esta última como el elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual debe ser protegida por la sociedad y el Estado.¹¹⁹ En este sentido, la Corte ha entendido que entre las más severas injerencias que el Estado puede realizar en contra de la familia están aquellas acciones que resultan en su separación o fraccionamiento. Dicha situación recubre especial gravedad cuando en dicha separación se afectan derechos de niños, niñas y adolescentes.¹²⁰

Por último, todo lo expuesto ensambla con el principio de no trascendencia penal (Artículo 5.3 CADH) que prescribe que los efectos de la privación de la libertad no deben trascender de modo innecesario a la persona del condenado o condenada más allá de lo indispensable.¹²¹

b. Excepcionalidad del alojamiento de niñas y niños en prisiones

Como vimos, la regulación en materia de prisión domiciliaria por cuidados de hijas e hijos, al estar basada en el principio del interés superior del niño, es amplia y alcanza distintos supuestos y circunstancias, sin imponer un régimen restrictivo que se limite al factor etario de la persona menor de edad. Ello permite que la permanencia de niñas y niños en la prisión sea solamente de carácter excepcional: esto es, cuando en el caso concreto sea la alternativa que mejor garantice su interés superior o, mejor dicho, la que menos lesione sus derechos.

En una gran cantidad de países se admite el alojamiento de las niñas y niños con sus madres en prisión hasta cierta edad, la cual varía de país a país, pero normalmente es entre uno y seis años.¹²² A modo de ejemplo, a continuación, graficamos la regulación en algunos países de la región y de Europa:

¹¹⁶ Corte IDH “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, op.cit., párr. 56.

¹¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 17.

¹¹⁸ Corte IDH “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, op.cit., párr. 59.

¹¹⁹ Corte IDH “Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”, op. cit., párrs. 142 y 145.

¹²⁰ Corte IDH “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 165; y “Caso López Vs. Argentina” op. cit., párr. 99.

¹²¹ Corte IDH “Caso López Vs. Argentina”, op.cit, párr. 93; y “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú”, Sentencia del 17 de septiembre de 1997, párr. 58.

¹²² UNODC, “Manual sobre mujeres y encarcelamiento”, op. cit., pág. 20.

| País | Edad límite para alojamiento en prisión de niñas y niños | Madre y/o padre | Fuente |
|-------------|--|-----------------|--|
| Argentina | 4 años | Madre | Art. 195 Ley 24.660 (reforma 2009) |
| Bolivia | 6 años | Madre o padre | Art. 26 Ley 2298 (2001) |
| Brasil | 7 años | Madre | Art. 89 Lei Execucao Penal (reforma 2009) |
| El Salvador | 5 años | Madre | Art. 70 Ley penitenciaria |
| Guatemala | 4 años | Madre | Art. 26 Ley del Régimen Penitenciario |
| México | 3 años | Madre | Art. 36 Ley Nacional de Ejecución Penal |
| Perú | 3 años | Madre | Art. 103 Código de Ejecución Penal |
| Reino Unido | 18 meses | Madre | Prison Service Order: Women Prisoners, 2008, PSO 4800. |
| España | 3 años | Madre | Art. 38 Ley Orgánica Penitenciaria |

Fuente: INEJEP, 2020.

Desde la perspectiva de la excepcionalidad del alojamiento de niñas y niños en prisión, en función de que —valga la reiteración— la cárcel no es un lugar adecuado para su desarrollo y ejercicio de derechos, el Proyecto de Ley Modelo recepta esta posibilidad sólo cuando un organismo especializado en materia de niñez dictamine que, en el caso concreto, es la opción que mejor satisface sus derechos (Artículos 333 a 340). Así, cuando por alguna razón la madre o el padre no pudieran acceder a la prisión domiciliaria para ejercer su cuidado, podría admitirse la permanencia de las niñas y niños en la cárcel para evitar la ruptura del vínculo materno/paterno-filial.

Esta es la dirección establecida por la Regla N° 49 de las *Reglas de Bangkok* cuando afirma que toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en

el interés superior del niño. Asimismo, se determina que las niñas o los niños que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán tratados como personas privadas de libertad.

En efecto, el artículo 333 del Proyecto dispone que las personas privadas de libertad puedan permanecer junto a sus hijas o hijos de hasta cinco (5) años en el establecimiento penitenciario y que esta medida se admitirá excepcionalmente, como último recurso, frente a la imposibilidad, improcedencia o fracaso en la utilización de las medidas alternativas previstas en esta ley y se decidirá, en todos los casos, con criterios que otorguen prioridad al interés superior de las niñas y niños.

En igual sentido, el artículo 340 del Proyecto prevé que las hijas o hijos de personas privadas de libertad que hubieren nacido durante la detención¹²³ puedan permanecer en el establecimiento penitenciario durante las etapas postnatal y de lactancia, o hasta que hayan cumplido la edad de cinco (5) años, con carácter excepcional y de conformidad con los recaudos previstos.

Al consistir el alojamiento de niñas y niños en prisión en una medida de *ultima ratio*, en todo momento la persona progenitora puede adoptar decisiones dirigidas a promover su egreso del establecimiento y al otorgamiento de la guarda provisoria a algún integrante de la familia extendida o a delegar la responsabilidad parental en favor de algún familiar. No obstante, la procedencia de tales decisiones se analizará con intervención del órgano local especializado en los términos de la legislación específica aplicable (Artículo 339).

Respecto del momento en que la niña o el niño alcanza la edad límite para poder permanecer en la prisión, lo que conlleva su egreso, la norma establece que se analizará la situación, con intervención del organismo local especializado. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a las hijas o hijos de las personas privadas de libertad deben adoptarse y organizarse con antelación suficiente en función del caso y teniendo presente el interés superior de las niñas y niños con arreglo a la legislación pertinente.

En esta línea, reconociendo que dicho momento es de por sí dramático tanto para la persona condenada como para su hija o hijo, la norma establece que toda decisión de cesar la permanencia de las niñas o niños en un establecimiento penitenciario debe tomarse con delicadeza y únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado. Además, en el caso de personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera, se debe actuar en consulta y coordinación con las autoridades consulares (Artículo 339).¹²⁴

Por último, a fin de mitigar dicha separación, la administración penitenciaria debe otorgar las facilidades necesarias para que las hijas o hijos de las personas privadas de libertad que hayan egresado del establecimiento las visiten, compartan tiempo con ellas, y mantengan y estrechen sus vínculos (Artículo 339).

¹²³ En estos casos, queda prohibida toda alusión a esa circunstancia en el acta del registro civil correspondiente (Artículo 340).

¹²⁴ Esta disposición sigue la línea de la Regla Nº 52 de las Reglas de Bangkok: “1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptaran en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente. 2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares. 3. En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público”.

c. Intervención obligatoria de un organismo especializado de niñez

A su vez, del análisis comparado realizado, se ha advertido que no solo los países han establecido soluciones muy diferentes para la problemática de las hijas e hijos de personas privadas de libertad, sino que además no hay estándares homogéneos respecto de quién decide o admite su ingreso a una prisión.¹²⁵ No existe un procedimiento a seguir, no hay acuerdo respecto de la autoridad que debe tomar la decisión, y no se coloca a la niña o niño como centro en el proceso de toma de decisiones o de determinación de su mejor interés superior, conforme su nivel de madurez y según el principio de autonomía progresiva. Asimismo, se ha relevado que en la mayoría de los casos es la madre quien decide o adopta un rol activo en la decisión acerca de quien cuidará de sus hijos y se observa muy poca intervención institucional en dicho proceso.¹²⁶

Por esta razón, es que la única opción viable y respetuosa del interés superior del niño es que haya una intervención previa de un organismo especializado. En este sentido, la pauta que propone el Proyecto de Ley Modelo es que en ningún caso se autorice el ingreso de niñas y niños para permanecer junto con la persona privada de libertad en un establecimiento penitenciario sin la intervención del organismo especializado de niñez y sin que se haya evaluado la pertinencia de la adopción de las medidas de protección que autorice la legislación aplicable (Artículo 334).

d. Normalidad y equiparación máxima posible a la vida en libertad

El artículo 336 del Proyecto de Ley Modelo establece como primera pauta rectora que las niñas y niños que permanezcan en establecimientos penitenciarios son titulares de las mismas garantías y derechos de la infancia que existan en la comunidad.

Particularmente, tienen derecho a la educación inicial, en condiciones que garanticen su desarrollo integral. También tienen derecho a participar de actividades recreativas y lúdicas que se diseñarán evitando todo estereotipo de género. Asimismo, deben disponerse las medidas necesarias para garantizar los términos y condiciones bajo las cuales las hijas o hijos de las personas privadas de libertad puedan salir del establecimiento penitenciario para realizar visitas a otros familiares, actividades de esparcimiento u otras que deban realizarse fuera de aquél.

Esta serie de disposiciones busca minimizar el impacto de la realidad carcelaria en el colectivo de niñas y niños alojados en prisión, procurando la vigencia del principio de normalidad mediante la adopción de medidas de acción positivas por parte del Estado para equiparar, en cuanto se pueda, la vida de las niñas y niños dentro de la cárcel a la que deberían tener en su ámbito comunitario.

El principio de normalidad, en el caso de este particular colectivo de sujetos, reviste especial importancia por cuanto se trata de personas que permanecen en la cárcel sin motivos vinculados con el cumplimiento de condenas o de medidas cautelares. Por ello, el estándar no puede ser simplemente que los espacios penitenciarios donde se alojan sean humanizados; se exige que

¹²⁵ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación “*Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*” op. cit., pág. 158.

¹²⁶ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación “*Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*” op. cit., pág. 161.

sean minimizadas las diferencias que puedan existir entre el entorno penitenciario y la vida en libertad.

1) Estándares de alojamiento

En primer lugar, debe procurarse que el entorno previsto para la crianza sea el mismo que el de las niñas y niños que no se encuentran en establecimientos penitenciarios.¹²⁷ Consecuente con ello, las personas privadas de libertad que permanezcan junto con sus hijas o hijos deben ser alojadas en establecimientos especiales o secciones separadas del resto de la población, en las que se atienda a sus necesidades y las de sus hijas o hijos. A su vez, se deben habilitar servicios y se adoptarán disposiciones para su cuidado, otorgándosele a las personas privadas de libertad el máximo tiempo posible para compartir y participar de actividades con sus hijas o hijos¹²⁸. Durante la noche, las niñas o niños permanecerán alojados junto con la persona privada de libertad a cargo (Artículo 337).

Por último, en los establecimientos o secciones especiales donde sean alojadas niñas y niños se organizará una guardería a cargo de personal calificado (Artículo 337)¹²⁹ y funcionará un lactario en el que se garanticen adecuadas condiciones de higiene (Artículo 340).¹³⁰

2) Estándares en materia de salud y alimentación

Como se ha relevado en varios informes, las mismas condiciones desfavorables que sufren las personas condenadas dentro de las prisiones, en lo que hace a derechos como la salud, la alimentación y la higiene, son sufridas por las niñas y niños que permanecen junto a ellas.¹³¹

Por esta razón y siguiendo la manda del principio de normalidad, el Proyecto -además de las normas establecidas en forma general para toda la población penitenciaria en cuanto a estándares de salud, higiene y alimentación- establece pautas específicas para niñas y niños.

Con respecto a la atención médica, en el caso de personas que den a luz durante su detención el artículo 288 del Proyecto de Ley Modelo estipula que, si las hijas o hijos requieren de atención y no se cuenta con las instalaciones o con personal médico, la atención deberá ser proporcionada sin demora en instituciones del sistema de salud público o privado, según corresponda o resulte conveniente.

Asimismo, siguiendo la Regla Nº9 de las *Reglas de Bangkok*,¹³² el Proyecto prevé atención médica especializada pediátrica para las niñas y niños que permanezcan en establecimientos

¹²⁷ Regla 51.2 de las Reglas de Bangkok: “En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios”.

¹²⁸ Regla Nº50 de las Reglas de Bangkok: “Se brindará a las reclusas cuyos hijos se encuentren con ellas el máximo de posibilidades de dedicar su tiempo a ellos”.

¹²⁹ En este sentido, remarcamos la importancia de que el personal penitenciario que trabaje en sectores donde se alojen niñas y niños sean capacitados a tal efecto. La Regla 33.3 de las “Reglas de Bangkok” establece que “Cuando se permita que los niños permanezcan en la cárcel con sus madres, se sensibilizará también al personal penitenciario sobre las necesidades de desarrollo del niño y se le impartirán nociones básicas sobre la atención de la salud del niño a fin de que pueda reaccionar correctamente en caso de necesidad y de emergencia”.

¹³⁰ Regla 48.2 (“Reglas de Bangkok”): “No se impedirá que las reclusas amamanten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello”.

¹³¹ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación “*Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*” op. cit., pág. 82.

¹³² Regla 9: “Si la reclusa está acompañada por un niño, se deberá someter también a este a un reconocimiento médico, que realizará de preferencia un pediatra, a fin de determinar sus necesidades

penitenciarios, que deberán disponer de servicios permanentes de atención de salud y su desarrollo debe ser supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad.¹³³ En caso de padecer alguna discapacidad, deberá garantizarse el acceso a terapias de estimulación temprana (Artículo 338).

En cuanto a la alimentación, el Proyecto de Ley Modelo establece genéricamente que las personas privadas de libertad tienen derecho a recibir una alimentación que responda en cantidad de kilocalorías, calidad de micronutrientes y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada, armónica y suficiente. Asimismo, el suministro de alimentos debe tomar en consideración las convicciones culturales y religiosas de las personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos (Artículo 161).¹³⁴ En cuanto al acceso a agua potable, el artículo 163 dispone que se debe asegurar en forma permanente el suministro de agua potable a todas las personas privadas de libertad en condiciones, acceso y temperatura adecuadas.

3) Estándares en materia de educación y recreación

El principio de normalidad también debe alcanzar la educación de las niñas y niños, así como su derecho a recreación, juego e integración comunitaria. Por esta razón el estándar no puede limitarse a que en cada establecimiento en que se permita el alojamiento de niñas y niños funcione una guardería o jardín maternal.

Además de recibir educación a través de guarderías o jardines de infantes (Artículo 272) las niñas y niños tienen derecho a la educación inicial, en condiciones que garanticen su desarrollo integral. También tienen derecho a participar de actividades recreativas y lúdicas que se deben diseñar evitando todo estereotipo de género (Artículo 336).

4) Estándares de integración comunitaria y derecho a la vida familiar

Sin perjuicio de las actividades organizadas dentro del establecimiento, deberán serles garantizadas otras actividades educativas y recreativas fuera de las unidades penitenciarias, a fin de que mantengan su interacción con el ámbito libre. De esta manera, las actividades educativas deben ser dirigidas y desarrollarse prioritariamente con el propósito de integrar a las niñas y niños en sus relaciones con la comunidad (Artículo 272).

Sumado a ello, debe garantizarse a la niña o niño que permanece en prisión el contacto con otros familiares y vínculos del afuera, como puede ser su otro progenitor, hermanas y/o hermanos, abuelas y abuelos, entre otros. Este criterio encuentra fundamento en que el ingreso de niñas o niños al penal junto a su referente muchas veces implica una pérdida total de contacto con el otro progenitor por las imposibilidades o dificultades para salir o incluso, porque muchas veces el establecimiento penitenciario se encuentra ubicado lejos del hogar.¹³⁵

médicas y el tratamiento, si procede. Se brindará atención médica adecuada, y como mínimo equivalente a la que se presta en la comunidad”.

¹³³ Asimismo, la Regla 51.1 de las Reglas de Bangkok dispone: “Los niños que vivan con sus madres en la cárcel dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad”.

¹³⁴ La Regla 48.1 de las Reglas de Bangkok estipula que “Se suministrará gratuitamente a [...] los bebés, los niños [...] alimentación suficiente y puntual [...]”

¹³⁵ Asamblea General de Naciones Unidas, informe de la Relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, “*Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres*”, op. cit., párr. 76.



En esta línea, como principio general, se establece que el alojamiento de las personas privadas de libertad será dispuesto en todos los casos con especial consideración de la conveniencia de ubicarlas en establecimientos cercanos a su familia y a su comunidad (Artículo 167). Y en particular, se propicia la adopción de las medidas necesarias para garantizar los términos y condiciones bajo las cuales las hijas o hijos de las personas privadas de libertad puedan salir del establecimiento penitenciario para realizar visitas a otros familiares, actividades de esparcimiento u otras que deban realizarse fuera de aquel (Artículo 336).

e. Mecanismos de ingreso, seguridad, sanciones y traslados

Resulta fundamental reconocer que los mecanismos propios de la prisión, a los cuales se ven sujetas las personas condenadas privadas de libertad, indefectiblemente alcanzan a las hijas e hijos que ingresan con ellas. Y debido a que dichas prácticas conllevan intrínsecamente violencia y ejercicio de poder punitivo, resulta menester establecer límites para que no afecten los derechos de las niñas y niños que permanecen en prisión.

1) Estándares relativos al ingreso a la prisión. Enfoque preventivo y planificación institucional

En lo que concierne al momento de ingreso a la prisión, las previsiones especiales que se destinen a proteger los derechos de niñas y/o niños no se considerarán discriminatorias (Artículo 115). Para esa situación se propicia la verificación de información relevante. Se debe registrar el número de hijas o hijos de las personas ingresantes y toda información relativa a la identidad de las niñas y de los niños con miras a destinarla a cumplir en todo momento con el deber de priorizar su interés superior. A toda la información recabada se le debe otorgar carácter confidencial.

Además, durante todo el proceso de ingreso, las niñas y los niños no deben ser tratados como personas privadas de libertad (Artículo 335).

Estas disposiciones siguen el criterio expuesto en la Regla N° 2.1 de las *Reglas de Bangkok* en cuanto a que se debe prestar atención adecuada a los procedimientos de ingreso de las mujeres y los niños, particularmente vulnerables en ese momento.

En lo que hace al examen médico que se realiza al momento del ingreso, también debe ser practicado a las niñas y los niños que ingresaren junto a la persona privada de libertad. Este reconocimiento tiene como propósito determinar necesidades médicas y tratamientos desde el primer momento del ingreso a la prisión. Como se estableció en relación con el estándar de salud, el examen deberá ser realizado por una médica o médico especializado en pediatría. En igual sentido se procederá en los casos en los que la niña o niño ingresen al establecimiento penitenciario con posterioridad al ingreso de la persona adulta a cargo (Artículo 127).

2) Estándares relativos a requisas a niñas y niños (cuando resulte justificado y necesario)

En relación con las requisas que se efectúen a una niña o niño, tanto al momento del ingreso como en cualquier oportunidad, se debe proceder con absoluto resguardo de su intimidad y

dignidad. A tal fin se podrá hacer uso de medios tecnológicos, pero no se deben utilizar equipos de inspección por rayos “X” (Artículo 119 y 186).¹³⁶

En ningún caso se debe requisar a niñas y/o niños sin la presencia de la persona referente adulta con la que hayan ingresado. En estos casos se debe requerir siempre la presencia inmediata de una médica o médico, preferentemente pediatra, y en ningún caso se hará desvestir a las niñas y/o niños. El personal que intervenga debe solicitar a la persona referente adulta que haga entrega de las prendas de vestir, como así también de los elementos que lleven consigo para su registro. Si se tratase de bebés que usen pañal se solicitará su remoción, a cargo de la persona adulta referente e inmediatamente se le proveerá de otro de similares características al que se retira (Artículo 119).

Finalmente, se establece que el personal interviniente, a excepción de quienes sean profesionales de la salud, no deben tener contacto físico con las niñas y/o niños. Asimismo, en ningún caso la requisa personal de las personas adultas se debe efectuar en presencia de las niñas y/o niños que ingresen con ellas, quienes quedarán bajo el cuidado de personal del área de educación o de la guardería del establecimiento (Artículo 119).

3) Estándares en relación con el régimen disciplinario y las labores de mantenimiento

No solo las niñas y niños bajo ningún concepto deben estar sometidos a algún tipo de régimen disciplinario, sino que debe ser prohibida la aplicación de una medida de aislamiento a personas privadas de libertad embarazadas o alojadas con sus hijas o hijos (Artículo 198 inciso “k”).¹³⁷ Esto, indirectamente, se traduce en un derecho y una protección en favor de la niña o niño.

En otro orden, respecto a la obligatoriedad de desempeñar labores de mantenimiento (Artículo 232), se hace la salvedad de que en los criterios de asignación de tareas obligatorias de mantenimiento se debe considerar, en particular, la situación de las personas embarazadas y con hijas o hijos en el establecimiento.

4) Estándares sobre traslados

Finalmente, con respecto a los traslados que pueden sufrir las personas privadas de libertad, debe prohibirse cualquier traslado involuntario de personas privadas de libertad embarazadas o de aquellas a las que se haya autorizado a permanecer junto a sus hijas o hijos en el establecimiento penitenciario. Cuando se haya aprobado una petición de traslado de la persona privada de libertad, o razones de salud o de otra índole hagan necesario el traslado temporario de estas personas, se adoptarán medidas y protocolos específicos que atiendan a su situación particular y la de las niñas y niños involucrados (Artículo 173).

VII.2 Disposiciones del Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica que contienen los estándares propuestos para la consideración de la situación de niñas y niños que viven en centros de detención con sus madres

¹³⁶ Al respecto señala la Regla N°21 de las Reglas de Bangkok: “Al inspeccionar a los niños que se hallen en prisión con sus madres y a los niños que visiten a las reclusas, el personal penitenciario deberá proceder de manera competente, profesional y respetuosa de su dignidad”.

¹³⁷ Regla N° 22 de las Reglas de Bangkok: “No se aplicarán las sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las mujeres embarazadas, ni a las mujeres con hijos o a las madres en periodo de lactancia”.



En la misma línea seguida hasta aquí, se reproducen las citas textuales de las partes pertinentes del Proyecto de Ley Modelo en las que se receptan los estándares descriptos, con nota de la referencia del artículo, en miras a la autosuficiencia de este documento:

Carácter excepcional de la permanencia de niñas y niños en prisión: Las personas privadas de libertad podrán permanecer junto a sus hijas o hijos de hasta cinco (5) años en el establecimiento penitenciario. Esta medida se admitirá excepcionalmente, como último recurso, frente a la imposibilidad, improcedencia o fracaso en la utilización de las medidas alternativas previstas en esta ley y se decidirá, en todos los casos, con criterios que otorguen prioridad al interés superior de las niñas y niños.¹³⁸

Intervención del organismo especializado: En ningún caso se autorizará el ingreso de niñas y niños para permanecer junto con la persona privada de libertad en un establecimiento penitenciario sin la intervención del organismo especializado de niñez y sin que se haya evaluado la pertinencia de la adopción de las medidas de protección que autorice la legislación aplicable.¹³⁹

Registro al momento del ingreso: Al momento del ingreso se deberá consignar el número de hijas o hijos de las personas ingresantes y su información personal. Se dará carácter confidencial a toda información relativa a la identidad de las niñas y de los niños y al utilizarla se cumplirá el requisito de tener presente su interés superior. Las niñas y los niños no serán tratadas como personas privadas de libertad.¹⁴⁰

Derechos de las niñas y los niños en prisión: Las niñas y niños que permanezcan en establecimientos penitenciarios son titulares de las mismas garantías y derechos de la infancia que existan en la comunidad. Particularmente, tienen derecho a la educación inicial, en condiciones que garanticen su desarrollo integral. También tienen derecho a participar de actividades recreativas y lúdicas que se diseñarán evitando todo estereotipo de género. Se dispondrán las medidas necesarias para garantizar los términos y condiciones bajo las cuales las hijas o hijos de las personas privadas de libertad podrán salir del establecimiento penitenciario para realizar visitas a otros familiares, actividades de esparcimiento u otras que deban realizarse fuera de aquél.¹⁴¹

Condiciones de alojamiento: Las personas privadas de libertad que permanezcan junto con sus hijas o hijos serán alojadas en establecimientos especiales o secciones separadas del resto de la población, en las que se atienda a sus necesidades y las de sus hijas o hijos. Se procurará que el entorno previsto para la crianza sea el mismo que el de las niñas y niños que no se encuentran en establecimientos penitenciarios. En los establecimientos o secciones especiales se organizará una guardería a cargo de personal calificado. Se habilitarán servicios y se adoptarán disposiciones para el cuidado de las niñas y niños, y se les otorgará a las personas privadas de libertad el máximo tiempo posible para compartir y participar de actividades con sus hijas o hijos. Durante la noche, las niñas o niños permanecerán alojadas junto con la persona privada de libertad a cargo.¹⁴²

¹³⁸ Cfr. ARTÍCULO 333, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹³⁹ Cfr. ARTÍCULO 334, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴⁰ Cfr. ARTÍCULO 335, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴¹ Cfr. ARTÍCULO 336, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴² Cfr. ARTÍCULO 337, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



Atención de la salud especializada: Las niñas y niños que permanezcan en establecimientos penitenciarios contarán con atención médica pediátrica. Dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad. En caso de padecer alguna discapacidad, deberá garantizarse el acceso a terapias de estimulación temprana.¹⁴³

Egreso de niñas y niños: En todo momento la persona privada de libertad que permanezca junto a su hija o hijo podrá adoptar decisiones dirigidas a promover su egreso del establecimiento y al otorgamiento de la guarda provisoria a algún integrante de la familia extendida o a delegar la responsabilidad parental en favor de algún familiar. La procedencia de tales decisiones se analizará con intervención del órgano local especializado en los términos de la legislación específica aplicable. Cuando las niñas o niños hayan alcanzado el límite de edad para permanecer en los establecimientos penitenciarios se analizará la situación, con intervención del organismo local especializado. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a las hijas o hijos de las personas privadas de libertad se adoptarán y organizarán con antelación suficiente en función del caso y teniendo presente el interés superior de las niñas y niños con arreglo a la legislación pertinente. Toda decisión de cesar la permanencia de las niñas o niños en un establecimiento penitenciario deberá adoptarse con delicadeza y únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado. En el caso de personas privadas de libertad de nacionalidad extranjera se deberá actuar en consulta y coordinación con las autoridades consulares. La administración penitenciaria otorgará las facilidades necesarias para que las hijas o hijos de las personas privadas de libertad que hayan egresado del establecimiento las visiten, compartan tiempo con ellas, y mantengan y estrechen sus vínculos.¹⁴⁴

Nacimiento durante la privación de libertad y lactancia. (...) Las hijas o hijos de personas privadas de libertad que hubieren nacido durante la detención podrán permanecer en el establecimiento penitenciario durante las etapas postnatal y de lactancia, o hasta que hayan cumplido la edad de cinco (5) años, con carácter excepcional (...) En cada establecimiento penitenciario en el que se autorice la permanencia de niñas o niños en etapa de lactancia, deberá funcionar un lactario en el que se garanticen adecuadas condiciones de higiene.¹⁴⁵

Educación de niñas y niños. Las niñas o niños que tengan autorización para permanecer en el establecimiento junto con una persona privada de libertad recibirán educación a través de guarderías o jardines de infantes, así como otras actividades educativas y recreativas dentro y fuera de las unidades penitenciarias. Dicha actividad educativa deberá ser dirigida y desarrollarse prioritariamente con el propósito de integrar a las niñas y niños en sus relaciones con la comunidad.¹⁴⁶

Examen médico de niñas y niños. Si la persona privada de libertad está acompañada por una niña o niño, también se les deberá practicar un reconocimiento a fin de determinar sus necesidades médicas y el tratamiento, en caso de que proceda. El examen deberá ser realizado por una médica o médico pediatra. En igual sentido se procederá en los casos en los que la niña

¹⁴³ Cfr. ARTÍCULO 338, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴⁴ Cfr. ARTÍCULO 339, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴⁵ Cfr. ARTÍCULO 340, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴⁶ Cfr. ARTÍCULO 272, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

o niño ingresen al establecimiento penitenciario con posterioridad al ingreso de la persona adulta a cargo.¹⁴⁷

Requisa de niñas y/o niños. Si la persona privada de libertad está acompañada por una niña o niño, se procederá a su requisa personal con absoluto resguardo de su intimidad y dignidad. A tal fin se podrá hacer uso de medios tecnológicos, pero no se utilizarán equipos de inspección por rayos X. En ningún caso se procederá a requisar a niñas y/o niños sin la presencia de la persona referente adulta con la que hayan ingresado. En estos casos se requerirá siempre la presencia inmediata de una médica o médico, preferentemente pediatra. En ningún caso se hará desvestir a las niñas y/o niños. El personal designado solicitará a la persona referente adulta que haga entrega de las prendas de vestir, como así también de los elementos que lleven consigo para su registro. Si se tratase de bebés que usen pañal se solicitará su remoción, a cargo de la persona adulta referente e inmediatamente se le proveerá de otro de similares características al que se retira. El personal interviniente, a excepción de profesionales de la salud, no tendrá contacto físico con las niñas y/o niños. En ningún caso la requisa personal de las personas adultas se efectuará en presencia de las niñas y/o niños que ingresen con ellas, quienes quedarán bajo el cuidado de personal del área de educación o de la guardería del establecimiento.¹⁴⁸

Principios en materia disciplinaria: El ejercicio del poder disciplinario tendrá lugar bajo los siguientes principios: (...) k) Está prohibida la aplicación de una medida de aislamiento a personas privadas de libertad embarazadas o alojadas con sus hijas o hijos.¹⁴⁹

Tareas de mantenimiento: En los criterios de asignación de tareas obligatorias de mantenimiento se deberá considerar, en particular, la situación de las personas (...) con hijas o hijos en el establecimiento.¹⁵⁰

Traslados: Queda prohibido cualquier traslado involuntario de personas privadas de libertad embarazadas o de aquellas a las que se haya autorizado a permanecer junto a sus hijas o hijos en el establecimiento penitenciario. Cuando se haya aprobado una petición de traslado de la persona privada de libertad, o razones de salud o de otra índole hagan necesario el traslado temporario de estas personas, se adoptarán medidas y protocolos específicos que atiendan a su situación particular y la de las niñas y niños involucrados.¹⁵¹

IV. Personas mayores privadas de la libertad en un establecimiento penitenciario

El punto de partida en esta materia lo proporciona la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores en cuanto establece que una “persona mayor” es aquella de 60 años o más.¹⁵² Sin embargo, progresivamente, las expectativas de vida han superado ampliamente esa edad.

¹⁴⁷ Cfr. ARTÍCULO 127, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴⁸ Cfr. ARTÍCULO 119, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁴⁹ Cfr. ARTÍCULO 198, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁵⁰ Cfr. ARTÍCULO 232, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁵¹ Cfr. ARTÍCULO 173, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁵² Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Art. 2.



Muchas legislaciones a nivel regional e internacional, establecen mecanismos de morigeración de la pena por razones de edad,¹⁵³ pero todas ellas las aplican a edades muy superiores a la establecida en la Convención. Por tal motivo, es importante promover sistemas reglas y criterios que proporcionen soluciones útiles a las diversas dificultades que atraviesan las personas adultas mayores privadas de libertad y en definitiva instrumenten de manera adecuada los mandatos convencionales.

Sin embargo, lo señalado no impide que se puedan considerar franjas etarias más bajas a los efectos de la inclusión en los criterios propuestos y, en el mismo sentido, niveles etarios a partir de los cuales se impongan mayores exigencias para justificar el encarcelamiento de una persona. Esto significa promover progresivamente, y con consideración de las circunstancias de cada caso, el empleo de alternativas al encierro a medida que se incrementa la edad de una persona imputada o condenada, hasta arribar a una franja en la que directamente se disponga que la regla sea la sustitución de la prisión por otra medida.

Tal criterio se sostiene sobre la base del reconocimiento de la mayor dificultad y los mayores riesgos que supone el encarcelamiento para la salud y la integridad psicofísica de las personas mayores, que las ubica en una situación de extrema vulnerabilidad. A ello se añade el padecimiento de enfermedades graves en el marco del cumplimiento de penas prolongadas en las que, incluso, se trata directamente de promover condiciones de muerte dignas.

El cuadro de situación descrito por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su solicitud de Opinión Consultiva en este aspecto permite establecer una premisa básica: es desaconsejable que una persona adulta mayor transite la última etapa de su vida en prisión. Sólo cuando ello resulta estrictamente necesario es que los Estados —específicamente sus instituciones penitenciarias— deberán observar ineludiblemente las reglas cuya adopción se promueve.

La problemática de las personas mayores privadas de libertad presenta vicisitudes que deben ser atendidas teniendo en consideración la relevancia y jerarquía de los instrumentos que tratan con especialidad y especificidad las particularidades que presenta este grupo vulnerable. Existe una variada gama de documentos en los que se consagra el derecho a la salud de todas las personas, y también, varios instrumentos que reconocen derecho y obligaciones enfocados específicamente en la situación de las personas mayores que presenta particularidades que exigen una consideración especial y que aparecen como ineludibles en el desarrollo del examen de la situación de las personas mayores en prisión. En este apartado —como en los anteriores— se elaborará el análisis y formularán las propuestas a partir de los estándares que surgen de los instrumentos internacionales y el derecho comparado, y las soluciones adoptadas en el Proyecto de Ley Modelo.

VIII.1 Aspectos de abordaje particular incluidos en la solicitud de Opinión Consultiva respecto de las personas mayores privadas de libertad

a. Derecho a la salud y a la integridad física de las personas mayores en prisión

En el ámbito regional pueden observarse múltiples deficiencias que vulneran sistemáticamente y agudizan las situaciones que padecen las personas mayores en prisión. Entre las consecuencias más relevantes se cuenta el incremento de las enfermedades relacionadas con la edad (pérdida

¹⁵³ Cfr. Argentina, Ley 24.660, art 32; Bolivia, Ley 2.298, arts. 93 y 196; Brasil, Lei de Execução Penal, art. 117; Costa Rica, Código Procesal Penal, art. 486 bis; Italia -art 41 ter de la ley n° 354/1975.



de la audición, de la visión, de la dentadura, del equilibrio; reducción de la masa muscular; dificultades para regular la temperatura corporal), la falta de atención médica permanente y especializada en función de la edad avanzada, la carencia de programas de salud que atiendan su condición física y psíquica particular y que prevengan y/o identifique enfermedades graves y crónicas propias de la edad, la limitada e insuficiente provisión de medicamentos.

A partir de ello, resulta indispensable resaltar algunos de los estándares ofrecidos por los instrumentos internacionales a los que nos referíamos de modo general y que consagran el derecho a la salud.

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

También el inciso IV del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial consagra el derecho a la salud pública, a la asistencia médica de toda persona, la seguridad social y los servicios sociales sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una disposición de alto impacto sobre el derecho a la salud. En virtud del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Parte reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

En el caso particular de las personas adultas mayores, es pertinente resaltar la previsión contenida en el artículo 19 de la Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que postula: "La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación...".

Para interpretar adecuadamente su contenido, y en definitiva el alcance del compromiso estatal, es adecuado invocar la Observación General 14, dictada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sostiene que en lo que se refiere al ejercicio del derecho a la salud de las personas mayores es central: "la importancia de un enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atenciones y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad."¹⁵⁴

Anteriormente el Comité había delineado similares menciones en la Observación General 6 en cuanto a que para hacer efectivo a las personas mayores el derecho al disfrute de un nivel satisfactorio de salud física y mental, acorde con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto, los Estados Partes deben preservar la salud de estas personas desde una visión integradora, que incluya la prevención, la rehabilitación, hasta la asistencia a los enfermos terminales ya que no puede abordarse la incidencia de las enfermedades cronicodegenerativas y los elevados costos de hospitalización, solamente mediante la medicina curativa. En este sentido recomendó que: "los Estados Partes deberían tener presente que mantener la salud hasta la vejez exige inversiones durante todo el ciclo vital de los ciudadanos, básicamente a través de la promoción de estilos de vida saludables (alimentación, ejercicio, eliminación del tabaco y del alcohol, etc.). La prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las

¹⁵⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", Observación General 14, E/C.12/2000/4, ONU, 11/08/2000, párr. 25.



necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, cumple un papel decisivo; y también la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores, con la consiguiente disminución de costos en las inversiones dedicadas a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales”.¹⁵⁵

Es así que el Comité interpretó el derecho a la salud, definido como el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, “como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”.¹⁵⁶

El Comité también ha brindado una definición sumamente relevante a los efectos de la problemática aquí tratada, en relación al derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud que se deduce del artículo 12, párrafo 2 inciso d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al señalar que: "La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad" (apartado d, párrafo 2 del artículo 12), tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental”.¹⁵⁷

En definitiva, se trata de las pautas fundamentales que los Estados deben tener en cuenta para hacer efectivo el derecho al disfrute de un nivel satisfactorio de salud física y mental de los adultos mayores. Principalmente se ha dicho que resulta cada vez más dificultoso hacer frente a la incidencia de las enfermedades crónico-degenerativas, puesto que la realidad muestra que se ha incrementado la expectativa de vida y consecuentemente ha crecido cuantitativamente la población de personas mayores, por tal motivo, se debe otorgar mayor relevancia a la prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, sin limitarse a abordar esas incidencias con la utilización de la medicina curativa.

El Comité sugirió a los Estados tener en cuenta el contenido de las Recomendaciones 1 a 17 del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento que proporcionan orientaciones sobre la política sanitaria dirigida a preservar la salud de estas personas y proporciona una visión integradora, que va desde la prevención y la rehabilitación, hasta la asistencia a los enfermos terminales.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*”, Observación General N° 6, 08/12/95, párrafos 34 y 35.

¹⁵⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, op. cit., párr. 11.

¹⁵⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*”, op.cit., párr. 17.

¹⁵⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*”, op.cit., párrafos 34 y 35.



El Plan de Acción, ofrece recomendaciones sumamente interesantes para que los Estados tengan en consideración a fin de subsanar las deficiencias observadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su solicitud de Opinión Consultiva.

Para ofrecer un parámetro útil que atienda a las cuestiones concretas allí indicadas (relacionadas con el “envejecimiento acelerado”) debe apuntarse la recomendación de prestar especial atención a “la prevención de los efectos desfavorables del envejecimiento prematuro del individuo, (la cual debe ser) emprendida desde el comienzo de la vida,(y) puede lograrse mediante: un esfuerzo de la educación especialmente concebido para conseguir, desde la juventud, una toma de conciencia de los cambios que se producirán a medida que avance la edad;... la organización adecuada de los horarios y las condiciones de trabajo; una distribución del tiempo y de las tareas entre diversos tipos de actividades de cada persona, a fin de que el interesado pueda ejercer varias actividades distintas, a medida que avance su edad, y conseguir el mejor equilibrio posible entre tiempo libre, tiempo de capacitación y tiempo de actividad; la adaptación constante del ser humano al trabajo y, más aún, del trabajo al ser humano y modificaciones de los tipos de actividad en función de los cambios que se producen en cada individuo como consecuencia de la edad, de los que se producen en las condiciones de la vida familiar, y de los relacionados con la evolución técnica y económica. A este respecto, el médico laboral y la educación permanente deben desempeñar una función esencial”.¹⁵⁹

Ahora bien, cuando la salud de la persona mayor se encuentre muy deteriorada y las medidas preventivas y curativas no surten efecto, los Estados deben contemplar todas aquellas circunstancias necesarias para que la persona adulta pueda atravesar los últimos momentos de su vida con dignidad. Se deben ofrecer y garantizar los cuidados paliativos correspondientes, los cuales han sido definidos como “la atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan”.¹⁶⁰

Por último, es importante remarcar que los Estados se encuentran obligados a garantizar a los adultos mayores la disponibilidad y el acceso irrestricto a todos aquellos medicamentos que sean esenciales para garantizar el acceso a la salud, incluyendo aquellos que resulten necesarios para los cuidados paliativos.¹⁶¹ A partir de los alcances expuestos, es que deben determinarse las obligaciones y deberes estatales en materia de atención médica, cuidados paliativos y atención psicológica para personas mayores privadas de libertad.

En primer lugar, se debe mencionar que resulta indispensable que los Estados cuenten con regulaciones que, de forma expresa y específica, jerarquicen el acceso a la salud de las personas adultas mayores, y promuevan que gocen de los mismos estándares sanitarios que los disponibles para la comunidad en general.

Se debe garantizar el acceso a los servicios atención médica especializada de forma permanente, atención odontológica apropiada, atención de la salud mental y el acceso irrestricto a los medicamentos que resulten necesarios para prevenir y tratar sus enfermedades. No se debe perder de vista la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra una persona adulta

¹⁵⁹ Asamblea Mundial Sobre el Envejecimiento “Plan de acción internacional de Viena sobre el Envejecimiento”, 26 julio a 6 de agosto de 1982, Párrafo 50.

¹⁶⁰ Convención interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Art. 2.

¹⁶¹ Convención interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Art 19, inc. “m”.

mayor que cumple una pena en un establecimiento penitenciario, por tal motivo, los Estados deben garantizar todas las medidas de acceso a la salud antes mencionadas de forma gratuita y sin ningún tipo de discriminación.

El Proyecto de Ley Modelo consagra expresamente el derecho de las personas privadas de libertad a gozar de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad, en particular, de acceso gratuito a los servicios de salud necesarios, sin discriminación los que deben incluir, entre otros, la atención médica de la salud mental, atención odontológica adecuada, la disponibilidad permanente de personal médico idóneo, el acceso a tratamientos y medicamentos apropiados y gratuitos, la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole (Artículo 278).

Luego, también es necesario identificar los momentos y las situaciones que las personas mayores transitan durante su permanencia en los establecimientos penitenciarios en los que los principios y conceptos rectores se deben materializar en prácticas y criterios específicos.

Es preciso dejar en claro que los Estados deben asumir el compromiso irrenunciable de garantizar el acceso a la atención médica a toda persona adulta privada de la libertad cada vez que ella así lo requiera. Por tal motivo, la totalidad de los establecimientos penitenciarios deben contar en sus instalaciones con un servicio de atención médica permanente que brinde un servicio sanitario integral y con vehículos idóneos para posibilitar en todo momento la realización de traslado de emergencia a otro centro médico, si las circunstancias así lo demandan.

Como ya se mencionó, el Proyecto de Ley Modelo prevé que todo establecimiento penitenciario deba contar con un servicio de atención sanitaria que funcione las veinticuatro (24) horas para proporcionar atención médica básica y atender emergencias clínicas y odontológicas y contar, como mínimo, con un vehículo para realizar traslados de urgencia (Artículo 282).

En este sentido, se debe garantizar a las personas adultas mayores privadas de libertad todos aquellos tratamientos reconocidos en el artículo 12 (inc. 2.C) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para que esta medida sea respetuosa de los alcances expuestos, debe cumplir con algunas pautas fundamentales: los tratamientos deben ser individualizados para cada paciente, atendiendo a sus circunstancias particulares de salud y también deben ser aplicados por personal idóneo, el cual los revisará con regularidad para evaluar su eficacia en el caso concreto. Este recaudo de especialización y la necesidad de que los cuidados de las personas privadas de libertad se basen en un plan prescrito individualmente, examinado con cada paciente, revisado periódicamente y aplicado por personal profesional calificado están contemplados en las disposiciones del Proyecto de Ley Modelo en el artículo 286. En estos tratamientos se debe incluir la atención adecuada de la salud psicológica y la adopción de todas las medidas preventivas que sean necesarias, acordes a su sexo biológico, edad y demás circunstancias particulares.

El derecho a la salud debe estar garantizado desde el momento en el cual la persona ingresa al establecimiento. En este contexto, los Estados deben adoptar los recaudos que sean necesarias para proteger especialmente los derechos de los grupos vulnerables. Para ello, al momento del ingreso, se debe efectuar un examen médico a los efectos de corroborar el estado de salud física y mental de quien ingresa a la cárcel, y en la medida de lo posible, establecer si demanda alguna atención especial, si debe continuar algún tratamiento iniciado con anterioridad o adoptar otras medidas que resulten necesarias.

Como ya se consignó respecto de otros grupos, el Proyecto de Ley Modelo prevé un examen médico de ingreso con el fin de constatar el estado de salud físico y mental de la persona



ingresante, y que tiene por objeto procurar, en especial, reconocer las necesidades de atención de la salud y adoptar todas las medidas necesarias para el tratamiento, incluyendo la continuidad de tratamientos médicos que se hubieran iniciado con anterioridad a la detención (Artículos 121 y 122) En este orden de ideas, si quien ingresa a un establecimiento lleva consigo fármacos o medicamentos debe ser una médica o médico quien decida el uso que debe hacerse de ellos. El Proyecto de Ley Modelo prevé expresamente esta circunstancia en su artículo 120.

Las situaciones descritas son sólo algunas de las múltiples que pueden poner en riesgo el derecho a la salud de las personas adultas mayores privadas de la libertad en un establecimiento penitenciario. Existen otras circunstancias que se viven cotidianamente en las prisiones, que los Estados deben prever a fin de diseñar mecanismos que posibiliten la instrumentación de ese derecho.

Un ejemplo claro lo constituyen los traslados a otros establecimientos, que pueden provocar un impacto sumamente perjudicial en la salud de una persona mayor si se lleva adelante de manera irreflexiva.

Para que la decisión no sea arbitraria, es preciso que se adopte con consideración plena de aspectos vitales de la situación de la persona involucrada, tales como padecimientos de enfermedades, tratamientos médicos en curso (en cuyo caso debe preverse “ex ante” el modo en que se continuará en caso de que el traslado tenga lugar); si las condiciones climáticas y ambientales del lugar de destino pueden llegar a provocar dificultades en la salud, entre otras.

El Proyecto Modelo promueve medidas específicas al respecto al exigir que todo traslado esté precedido de motivación e incluya la indicación sobre si la persona padece alguna enfermedad o se encuentra recibiendo algún tipo de tratamiento médico específico, y la consideración sobre el impacto que puedan tener las condiciones medio ambientales del destino, así como el modo en que se garantizará la continuidad de la asistencia médica especializada que el caso demande (Artículo 171). En caso de decidirse el traslado, el Proyecto de Ley Modelo prevé de manera expresa que las unidades de traslado deban contar con acondicionamiento adecuado para transportar personas de edad avanzada (Artículo 139).

Los criterios expuestos también poseen impacto en el régimen disciplinario. Son numerosos los ordenamientos que contemplan sanciones que implican la permanencia en la celda por periodos de tiempo relativamente prolongados. Por ello, cuando una persona mayor se encuentre cumpliendo una sanción, se le debe asegurar la atención médica y sanitaria frecuente.

El Proyecto de Ley Modelo establece que toda persona sancionada con permanencia continua en su celda debe ser examinada previamente y, luego, en forma diaria por una médica o médico, que debe dejar constancia de las novedades que pudieran presentarse e informar por escrito a la máxima autoridad del establecimiento, si la medida debe suspenderse o atenuarse por razones de salud (Artículo 202).

b. Enfermedades progresivas, terminales y muerte digna

El progresivo incremento de los niveles de vulnerabilidad que ostentan las personas adultas mayores privadas de libertad cuando se combina con deterioros relevantes o irreversibles del estado de salud, muchas veces deslegitima el mantenimiento del encarcelamiento.

Es ajustado a los principios hasta aquí enunciados el diseño de mecanismos que tengan especial consideración estas circunstancias y que colaboren con la protección integral de las personas. En los casos de enfermedades incurables en periodo terminal, el Estado cede el interés de

perseguir el fin resocializador y debe privilegiar el enfoque humanitario y la dignidad de una persona que esté cercana a la muerte.

El Proyecto de Ley Modelo del INEJEP incluye la sustitución del encierro carcelario en estos casos por una libertad condicional de excepción por razones humanitarias. En este sentido, se contempla que las personas que padezcan una enfermedad incurable en periodo terminal puedan solicitar la suspensión de la ejecución de la pena y ser incluidas en este régimen de liberación (Artículo 93).

En el mismo sentido, se debe atender especialmente a las personas adultas mayores que atraviesan enfermedades graves, que no puedan ser tratadas efectivamente en los establecimientos penitenciarios. En estos casos y siempre que la situación no demande la internación en un centro hospitalario, es necesario que las autoridades judiciales consideren la posibilidad de que esas personas continúen con el cumplimiento de la pena bajo la modalidad morigerada de prisión domiciliaria, con el fin de contribuir a la efectiva realización del tratamiento.

El Proyecto de Ley Modelo contempla expresamente ese supuesto al admitir que podrán ser incluidas en el régimen de prisión domiciliaria las personas condenadas que padezcan una enfermedad grave y la privación de la libertad en el establecimiento les impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario (Artículo 96). En estos casos se contempla en el mismo artículo que la autoridad judicial disponga las condiciones y el régimen para garantizar la realización del tratamiento y expedir las autorizaciones correspondientes para los traslados que sean necesarios desde el domicilio hacia los establecimientos de salud.

Finalmente, el Proyecto de Ley Modelo también admite la modalidad domiciliaria en franjas etarias en las que se presume que el encarcelamiento implica un trato indigno dada la especial situación de vulnerabilidad que genera la edad avanzada. Es así que se prevé que las personas condenadas mayores de ochenta (80) años sean incluidas sin mayores requisitos en el régimen de prisión domiciliaria. Se agrega que podrá también incluirse en este régimen a las personas condenadas a partir de los setenta (70) años cuando se acredite, en el caso concreto, que razones de salud o condiciones propias de su edad avanzada determinen que mantener la privación de libertad en el establecimiento penitenciario implique un trato cruel o indigno (Artículo 99).

c. Accesibilidad

Íntimamente relacionado con el derecho a la salud y a la integridad física se encuentra la problemática de la accesibilidad que sufren las personas adultas mayores en prisión. En este sentido, son evidentes las dificultades de las administraciones penitenciarias para organizar a las personas privadas de la libertad en el establecimiento, muchas veces condicionadas tanto por los recursos disponibles como por las estructuras edilicias de los establecimientos penitenciarios.

Todo ello dificulta el desplazamiento de las personas mayores tanto por las partes comunes como por los sectores destinados estrictamente al alojamiento. Entre las dificultades descritas se cuentan las dificultades para subir y bajar escaleras, acceder a las camas más altas, a las que se añaden las dificultades derivadas de la clasificación inadecuada y el hacinamiento propio de las cárceles de la región.

Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad establecen que: “Las personas privadas de libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos



a toda persona en los instrumentos nacionales e internacionales sobre derechos humanos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”.¹⁶²

Como resulta evidente, el derecho a la accesibilidad y a la movilidad no debe encontrar otro límite dentro de la prisión que el que proviene de las actividades y rutinas autorizadas. La Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, establece entre sus principios fundamentales la “igualdad y no discriminación” y “el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor”.¹⁶³ También establece como obligación para los Estados la de llevar a cabo todos los ajustes razonables que resulten necesarios para asegurar el pleno ejercicio de los derechos consagrados en el citado instrumento¹⁶⁴ y el deber de que los Estados partes adopten “de manera progresiva medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, (...) estas medidas incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso”.¹⁶⁵

Como se advierte, el mandato es categórico y dirigido a garantizar el efectivo goce de los derechos consagrados para todas las personas mayores, sin que sea permitido para ello discriminar a quienes se encuentren circunstancialmente cumpliendo una pena privativa de libertad. Por ello, los Estados deben tomar todas las medidas de organización, clasificación e infraestructura necesarias para garantizar que las personas mayores privadas de libertad tengan asegurado el derecho a la movilidad y la accesibilidad dentro de los establecimientos penitenciarios.

La actualidad de los establecimientos penitenciarios en la región impone encontrar herramientas que permitan otorgarle operatividad a la cláusula que impone a los Estados la obligación de efectuar los ajustes razonables necesarios para garantizar la circulación de las personas mayores en las cárceles.

Entre las herramientas disponibles para que los Estados puedan materializar sus deberes en torno al derecho a la movilidad y accesibilidad de las personas mayores privadas de libertad, resulta muy relevante la Observación General N° 2 (2014) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que aborda y analiza situaciones que son asimilables a las que aquí se consideran y que permiten analógicamente, recoger criterios y reglas aplicables a las situaciones del colectivo de las personas mayores en prisión.¹⁶⁶

En dicho documento, el Comité ha sostenido claramente que la accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad (o en forma análoga las personas adultas mayores con problemas de movilidad) puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad, ya que resulta esencial para que las personas disfruten de manera efectiva y en condiciones de igualdad de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

¹⁶² CIDH, “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, Ppio. VIII.

¹⁶³ Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 3

¹⁶⁴ Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 4 Inc. B

¹⁶⁵ Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, art. 26.

¹⁶⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 2, 11º periodo de sesiones, 22 de mayo de 2014.



El Comité ha sostenido que: “la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial garantiza a todas las personas el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público... (art. 5 f). Con ello se estableció un precedente en el marco jurídico internacional de derechos humanos, en virtud del cual el derecho de acceso puede considerarse un derecho *per se*”.¹⁶⁷

También indicó el Comité que: “las personas con discapacidad se enfrentan a barreras técnicas y ambientales —en la mayoría de los casos, del entorno construido por el hombre— como peldaños a la entrada de los edificios, la falta de ascensores en los edificios de varias plantas y la ausencia de información en formatos accesibles. El entorno construido siempre se relaciona con el desarrollo social y cultural y con las costumbres (...) Estas barreras artificiales a menudo se deben a la falta de información y de conocimientos técnicos, más que a una voluntad consciente de impedir a las personas con discapacidad el acceso a lugares o servicios destinados al uso público” (Párrafo 3).

Es indiscutible que las personas mayores ven agravada su situación tanto en relación con las demás personas que se hallan en prisión y que no presentan dificultades para desplazarse, como así también en relación con las personas que, en la misma condición, se encuentran en libertad.

Los Estados deben tomar las medidas necesarias para: “...contribuir a la creación de una cadena irrestricta de desplazamientos de la persona de un espacio a otro, y también dentro de un espacio en particular, sin barrera alguna” (Párrafo 15). Ello, sin perder de vista el derecho irrestricto de accesibilidad y movilidad, adaptándolo armónicamente a las limitaciones propias a la libertad ambulatoria características del contexto carcelario.

Para entender la importancia que reviste el derecho de accesibilidad, también el Comité ha resaltado que: “La denegación de acceso debe estar claramente definida como un acto de discriminación prohibido”¹⁶⁸ y también que: “el posible costo de la eliminación posterior de las barreras no puede aducirse como excusa para eludir la obligación de eliminar gradualmente los obstáculos a la accesibilidad”.¹⁶⁹

También el Comité ha sostenido que el artículo 9, párrafo 1, de la Convención “obliga a los Estados partes a identificar y eliminar los obstáculos y barreras a la accesibilidad, entre otras cosas de: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; (...) Las otras instalaciones exteriores e interiores a que se hace referencia más arriba deben incluir los organismos encargados de hacer cumplir la ley, los tribunales, las prisiones...”.¹⁷⁰

Por lo tanto, la obligación estatal respecto de eliminar toda barrera física que dificulte la movilidad y accesibilidad de las personas mayores se extiende a la situación en un establecimiento penitenciario e incluso allí es donde el deber adquiere mayor intensidad dada la completa e integral responsabilidad estatal sobre la organización y gestión de los espacios. La inactividad compromete la responsabilidad estatal, y la comisión de actos discriminatorios para con los adultos mayores e incluso el riesgo de que la ejecución del encierro pueda mutar en alguna forma de trato cruel inhumano y/o degradante.

¹⁶⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 2, op. cit., apart. 3.

¹⁶⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 2, op. cit, párr 29.

¹⁶⁹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 2, op. cit, párr 15.

¹⁷⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General N° 2, op. cit, párr 17.



En cuanto a las medidas concretas que deben tomar los Estados para asegurar el derecho de accesibilidad y movilidad de las personas mayores privadas de la libertad, en primer lugar, resulta relevante que los Estados cuenten con una norma expresa que contemple las condiciones mínimas que debe acreditar un establecimiento penitenciario para poder garantizar el derecho de accesibilidad de los adultos mayores en prisión. De modo que sea exigible que se instruya un “piso mínimo” de condiciones de habitabilidad de los establecimientos bajo el cual el alojamiento no sea aceptable.

Específicamente deben contemplarse recaudos tales como la necesidad de contar en las instalaciones con pasamanos, rampas de acceso, lugares aptos para el descanso en pasillos o instalaciones de gran longitud, así como los deberes de control y mantenimiento periódico de las instalaciones a los efectos de evitar su deterioro y prevenir el surgimiento de desperfectos, roturas, desniveles o cualquier otra eventualidad que pueda llegar a generar tropiezos o accidentes. El Proyecto de Ley Modelo contempla una previsión específica al respecto (Artículo 329).

Como en otros ejes temáticos, las normas que adopten los Estados deben tender a perseguir la correcta capacitación del personal para afrontar las diversas situaciones que pueden presentarse en la cotidianeidad de estos grupos especialmente vulnerables. También es necesario la administración, gestión y suministro de elementos que faciliten la circulación y movilidad de esta población. Es así que el Proyecto de Ley Modelo prevé en forma expresa que en todos los establecimientos que alojen personas con discapacidad deban implementarse programas de capacitación específica del personal, adoptarse medidas para facilitar su acceso a la justicia y evitarse que la situación de encierro constituya una forma de trato cruel, inhumano o degradante. En este sentido se consagra la obligación de la administración penitenciaria de realizar las modificaciones edilicias necesarias y la de garantizar la provisión de sillas de ruedas, bastones, andadores u otros aparatos ortopédicos que sean necesarios para sus desplazamientos cotidianos (Artículo 332).

Por otro lado, las problemáticas particulares de accesibilidad de las personas mayores hacen que la clasificación y los criterios de separación para el alojamiento adquieran notoria relevancia. Es necesario que los Estados presten especial atención a la edad, a las limitaciones físicas de las personas adultas mayores y demás características que pueda enfrentarlas una situación de vulnerabilidad desproporcionada con respecto a otras personas. El Proyecto de Ley Modelo incluye dentro de los criterios generales para determinar el alojamiento de las personas privadas de libertad tener en cuenta la edad, estado de salud físico y mental, así como cualquier otra característica específica que genere una necesidad de protección especial de la vida e integridad de las personas (Artículo 136). De la misma forma, se prevé que las personas privadas de libertad que presenten algún tipo de discapacidad deban ser adecuadamente evaluadas a fin de determinar el lugar de alojamiento que garantice mejor su seguridad personal y favorezca el acceso a las diversas áreas, considerando las barreras físicas que existan en el caso concreto (Artículo 139).

Por último, es necesario reforzar la idea de que los Estados se encuentran obligados a llevar a cabo todos aquellos ajustes razonables que resulten necesarios para garantizar condiciones de alojamiento que respeten los derechos y la dignidad de las personas mayores, adoptando todas aquellas medidas que resulten necesarias para favorecer la accesibilidad de las personas adultas mayores de forma segura a las diversas áreas del establecimiento en las cuales se desarrollan las actividades vinculadas con la ejecución de la pena privativa de la libertad. En particular, el Proyecto de Ley Modelo prevé que en cada establecimiento se deben disponer los ajustes adecuados para que los derechos y las condiciones de alojamiento de las personas con algún tipo de discapacidad sean garantizados en forma igualitaria. En concreto, se deben adoptar



medidas específicas para favorecer la accesibilidad de manera segura a las diversas áreas de alojamiento, espacios de uso común, servicios sanitarios y recreación (Artículo 158).

d. Contacto con el exterior y vínculos familiares

Con relación al contacto con el mundo exterior, en su solicitud la Comisión Interamericana remarcó, como inconvenientes principales, que las personas adultas mayores suelen encontrarse cumpliendo la pena privativa de libertad en establecimientos alejados del lugar de residencia de sus familiares (lo que representa un gran problema debido a que los familiares también suelen ser personas de avanzada edad con dificultades trasladarse y poder visitar a su familiar con frecuencia) y que las autoridades penitenciarias suelen imponerles restricciones de visitas. La Comisión sostuvo que estas situaciones generan consecuencias sumamente perjudiciales que se traducen en la pérdida de vínculos familiares, lo que a su vez aumenta el aislamiento al que ya son especialmente propensos, dificultando enormemente las posibilidades de reinserción social de esta población.

La relevancia que el vínculo familiar supone para una persona privada de libertad se incrementa drásticamente cuando se trata de la situación de personas adultas mayores. La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores la señala desde sus principios generales¹⁷¹ y remarca su identificación como un elemento fundamental en el diseño de un sistema integral de cuidados.¹⁷²

Por su parte, la Observación General 6 de 1995 dictada por el Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados deben efectuar todos los esfuerzos que sean necesarios para apoyar, proteger y fortalecer a los adultos mayores y sus relaciones familiares.¹⁷³

En los Principios de la Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad se sostiene que las personas mayores tienen que tener la posibilidad de disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad.¹⁷⁴ Asimismo, el Plan de Acción Internacional de Viena Sobre el Envejecimiento, exhorta a los gobiernos a promover políticas sociales que alienten el mantenimiento de la solidaridad familiar y la participación de todos los miembros de la familia.¹⁷⁵

En el ámbito penitenciario, el sostenimiento del vínculo tiene relevancia desde el momento mismo del ingreso, que constituye un momento crítico para cualquier persona que debe cumplir una pena o ejecutar en prisión una medida cautelar. Por tal motivo, es conveniente que las instituciones penitenciarias contemplen tanto en sus regulaciones como en sus prácticas criterios que apunten a recabar información de los vínculos más cercanos de la persona mayor

¹⁷¹ Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Art. 3 inc. J “La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria”. Inc. O “La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad...”.

¹⁷² Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Art. 12 inc. 3. Ap. lii “...Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas...”.

¹⁷³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “*Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores*”, op. cit., párrafo 31.

¹⁷⁴ ONU, “*Principios de la Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad*” adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991 - Resolución 46/91, ppio. 10.

¹⁷⁵ Asamblea Mundial Sobre el Envejecimiento “*Plan de acción internacional de Viena sobre el Envejecimiento*”, op. cit., recomendación 25.

privada de libertad y a que se le proporcione al ingresante la posibilidad de informar inmediatamente a su familia sobre su situación.

El Proyecto de Ley Modelo prevé una entrevista inicial al ingreso en la que se debe procurar obtener información sobre los familiares más cercanos de las personas privadas de libertad y datos para contacto en casos de emergencia (Artículo 129). De igual forma, se prevé que toda persona ingresante debe tener derecho a informar personal e inmediatamente a su familia, o a cualquier otra persona que haya designado como contacto, de su encarcelamiento, su ingreso al establecimiento y de cualquier enfermedad o lesión grave que padezca. El área de trabajo social del establecimiento debe garantizar los medios para que se ejerza tal derecho (Artículo 130).

Garantizar que las personas mayores tengan la posibilidad de comunicarse con sus familias y también con aquellas personas con las que mantenga vínculos afectivos y sociales, a los efectos de reducir el impacto que supone especialmente para este colectivo el ingreso a la cárcel, es otra necesidad que debe ser contemplada expresamente. Esta comunicación puede efectuarse telefónicamente o por correspondencia, pero cualquiera sea el formato debe garantizarse que pueda ser directa y sin la intervención de intermediarios. El Proyecto de Ley Modelo prevé de manera general este derecho (Artículo 303) y en particular lo remarca en relación con las personas mayores de edad por tratarse de un recurso clave para promover su bienestar físico, emocional y social (Artículo 329).

Es indudable la importancia que para las personas mayores —y para el proceso de reinserción— reviste la promoción y el mantenimiento de los vínculos familiares. Por ello es que se debe garantizar el derecho a las comunicaciones, a recibir visitas de sus familiares o de otras personas con las que mantengan vínculos afectivos o sociales incluso si se encontrasen cumpliendo una sanción contemplada en el régimen disciplinario, aunque implique el cumplimiento con permanencia en la celda o mediante alguna forma de aislamiento (Artículo 202).

En cuanto al derecho a mantener visitas íntimas, también debe ser garantizado a las personas mayores. El Proyecto de Ley Modelo pone énfasis en que este derecho debe ser reglamentados con respeto del principio de igualdad y no discriminación (Artículo 311).

En lo que concierne al señalamiento expreso efectuado por la Comisión en su solicitud de Opinión Consultiva, en materia de traslados, el Proyecto de Ley Modelo promueve el establecimiento de exigencias específicas. Este aspecto, que resulta crítico para cualquier persona detenida, posee mayor aún en la situación de las personas adultas mayores detenidas.

El Proyecto de Ley Modelo consagra de manera general la necesidad de ubicar a la persona en establecimientos cercanos geográficamente a su grupo familiar para facilitar la posibilidad de visitas frecuentes (Artículo 167), y que las decisiones de traslado atiendan y consideren especialmente las circunstancias particulares y familiares de la persona, la distancia del lugar donde reside su grupo familiar y un análisis, a través del área de trabajo social, del impacto físico y psicológico que el traslado tendría en el caso concreto respecto del contacto con su entorno (Artículo 171). A la vez, también incumbe la autoridad responsable, la obligación de poner en conocimiento del grupo familiar más cercano a la persona privada de libertad, y con la mayor celeridad que sea posible, la realización de cualquier traslado (Artículo 169).

La administración penitenciaria, a través de las áreas de trabajo social debe desempeñar un rol sumamente activo dirigido a preservar y fortalecer las relaciones familiares y sociales de las personas mayores privadas de libertad, con miras a preparar un ámbito de contención favorable para cuando suceda el egreso, más allá de que se puedan incentivar otras líneas de acción para favorecer el proceso de reinserción y atenuar los impactos nocivos del encarcelamiento (Artículo 299).



En esa línea también el Proyecto de Ley Modelo contempla la posibilidad de otorgar permisos de salida que contribuyan al afianzamiento o restablecimiento de vínculos familiares, afectivos y sociales o incluso que permitan resolver cuestiones humanitarias excepcionales como el fallecimiento, enfermedad o accidente grave de un/a cónyuge, o de la persona con la que mantiene una unión civil, o de un ascendiente, descendiente, hermanas, hermanos o personas allegada; como así también para contraer matrimonio o unión civil (Artículo 69). Estas situaciones, en el caso de los adultos mayores suelen tener un mayor impacto emocional y, por una cuestión cronológica, se presentan con mayor frecuencia.

e. Educación y reinserción social

En lo que concierne a la reinserción social de las personas mayores, la Comisión Interamericana ha observado en su solicitud que es prácticamente inexistente la oferta de programas vinculados al conocimiento de herramientas digitales y nuevas tecnologías, el acceso a la educación y el acceso a actividades deportivas y culturales que atiendan a las particularidades psicofísicas y a las adecuaciones diferenciales que exige el involucramiento de quienes cuentan con una edad cercana o superior a los sesenta años.

Teniendo en cuenta el propósito de promoción de la reinserción social como finalidad fundamental del cumplimiento de la pena privativa de la libertad establecido en el sistema regional,¹⁷⁶ el Proyecto de Ley Modelo propone que el cumplimiento de las penas privativas de libertad se oriente esencialmente a alcanzarla mediante el diseño y ejecución de actividades de promoción de la educación, de la formación laboral, de la salud, de la asistencia post penitenciaria reduciendo al mínimo las diferencias entre la vida en el establecimiento penitenciario y la vida en libertad (Artículo 2).

La educación representa un derecho al cual se debe otorgar especial atención con miras a la reinserción. Las personas mayores padecen grandes dificultades para acceder a ámbitos formativos que se acentúan en el ámbito penitenciario. La Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores establece en su artículo 20 que: “La persona mayor tiene derecho a la educación en igualdad de condiciones con otros sectores de la población y sin discriminación, en las modalidades definidas por cada uno de los Estados Parte, y a participar en los programas educativos existentes en todos los niveles”. Y para ello, consagra la obligación de “facilitar a la persona mayor el acceso a programas educativos y de formación adecuados que permitan el acceso, entre otros, a los distintos niveles del ciclo educativo, a programas de alfabetización y post alfabetización, formación técnica y profesional, y a la educación permanente continua, en especial a los grupos en situación de vulnerabilidad”.

El Proyecto de Ley Modelo prevé que el Estado tiene la responsabilidad indelegable de proveer prioritariamente una educación integral, permanente y de calidad para todas las personas privadas de libertad, garantizando la igualdad en el ejercicio de este derecho con la participación de las organizaciones no gubernamentales, de las familias u otras personas con las que tengan un vínculo fehacientemente acreditado, así como de brindar los instrumentos necesarios para ello (Artículo 266). En particular establece de manera expresa que los programas educativos deben diseñarse especialmente para favorecer las necesidades físicas, emocionales y sociales de personas mayores de edad (Artículo 329).

Todo ello, además, debe incluir en simultáneo una preparación y planificación para el egreso, diseñada desde el inicio del cumplimiento de la pena, y la atención, en forma individualizada, de

¹⁷⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 5.6 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art 10.3.

las necesidades específicas que deban afrontar las personas al ser liberadas. El Proyecto de Ley Modelo exige que se dispongan medidas para contribuir a la atención de la salud, la situación habitacional, el cuidado de otras personas, la continuidad de las actividades formativas y tratamientos terapéuticos en desarrollo al momento de obtener la libertad, la inserción laboral, y se propicien soluciones para aquellas situaciones que supongan un obstáculo para el desarrollo personal y la integración social, conforme las posibilidades de la persona condenada y el entorno en el que se inserte (Artículo 342).

La asistencia de las personas que integren los grupos en especial situación de vulnerabilidad enumerados en el capítulo XX del Proyecto de Ley Modelo, debe ser proporcionada atendiendo a las particularidades y obstáculos propios de su especial condición.

VIII.2 Disposiciones del Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica que contienen los estándares propuestos para la consideración de la situación de las personas mayores privadas de libertad

Como cierre del apartado, se continúa con la metodología de reproducir las citas textuales de las partes pertinentes en las que el Proyecto de Ley Modelo recepta los estándares descritos sobre la situación de las personas mayores privadas de libertad, con nota de la referencia del artículo para su confronte con el texto original:

Libertad condicional extraordinaria: Las personas que padezcan una enfermedad incurable en periodo terminal podrán solicitar la suspensión de la ejecución de la pena y ser incluidas en el régimen de libertad condicional sin observar los requisitos de procedencia enumerados en el artículo 49, a excepción del previsto en el inciso e).¹⁷⁷

Prisión domiciliaria por enfermedad grave: Podrán ser incluidas en el régimen de prisión domiciliaria las personas condenadas que padezcan una enfermedad grave y la privación de la libertad en el establecimiento les impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario.

La autoridad judicial dispondrá las condiciones y el régimen para garantizar la realización del tratamiento y expedirá las autorizaciones correspondientes para los traslados que sean necesarios desde el domicilio hacia los establecimientos de salud.¹⁷⁸

Prisión domiciliaria por razones de edad: Las personas condenadas mayores de ochenta (80) años serán incluidas en el régimen de prisión domiciliaria. Podrá también incluirse en este régimen a las personas condenadas a partir de los setenta (70) años cuando se acredite, en el caso concreto, que razones de salud o condiciones propias de su edad avanzada hagan que mantener la privación de libertad en el establecimiento penitenciario implique un trato cruel o indigno.¹⁷⁹

Alojamiento y medidas especiales: En la medida de lo posible, las personas mayores de sesenta (60) años serán alojadas en sectores separados del resto de la población y cercanos o de fácil acceso al servicio de atención sanitaria del establecimiento. La administración penitenciaria deberá arbitrar los medios para realizar los ajustes necesarios en su organización, servicios e infraestructura para que puedan contar con un nivel de vida adecuado a su edad avanzada. En

¹⁷⁷ Cfr. ARTÍCULO 93, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁷⁸ Cfr. ARTÍCULO 96, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁷⁹ Cfr. ARTÍCULO 99, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



particular, se atenderá al diseño de los programas educativos, laborales, la alimentación, vestuario, asistencia médica, las comunicaciones con familiares o personas con quienes posean un vínculo fehacientemente acreditado y el acceso a actividades deportivas, recreativas, religiosas y otras que les interesen o sean recomendadas para mejorar su estado físico, emocional y social. Se deberá prever la colocación de rampas de traslado, pasamanos, la instalación de bancos para el descanso en los intermedios de los pasillos, además de supervisar permanentemente que no existan bordes o salientes en las paredes y pisos para evitar accidentes. Las unidades de traslado deberán contar con acondicionamiento adecuado para transportar personas de edad avanzada.¹⁸⁰

Accesibilidad para personas con discapacidad, programas educativos y capacitación del personal: Los distintos programas educativos y laborales, los programas de tratamiento individual o específico y el diseño de los planes de actividades deberán adecuarse a las necesidades y posibilidades de las personas privadas de libertad con discapacidades. En todos los establecimientos que alojen personas con discapacidad deberán implementarse programas de capacitación específica del personal y se adoptarán medidas para facilitar su acceso a la justicia y evitar que la situación de encierro constituya una forma de trato cruel, inhumano o degradante. La administración penitenciaria deberá realizar las modificaciones edilicias necesarias y garantizará la provisión de sillas de ruedas, bastones, andadores u otros aparatos ortopédicos que sean necesarios para sus desplazamientos cotidianos.¹⁸¹

Criterios generales para determinar el lugar de alojamiento: Los criterios para el alojamiento de las personas privadas de libertad deberán tener en cuenta su (...) edad, estado de salud físico y mental, (...) así como cualquier otra característica específica que genere una necesidad de protección especial de su vida e integridad.¹⁸²

Alojamiento para personas con discapacidad: Las personas privadas de libertad que presenten algún tipo de discapacidad deberán ser adecuadamente evaluadas a fin de determinar el lugar de alojamiento que garantice mejor su seguridad personal y favorezca el acceso a las diversas áreas, considerando las barreras físicas que existan en el caso concreto.¹⁸³

Ajustes razonables: En cada establecimiento se deberán disponer los ajustes razonables para que los derechos y las condiciones de alojamiento de las personas con discapacidad sean garantizados en forma igualitaria. En particular, se deberán adoptar medidas específicas para favorecer la accesibilidad de manera segura a las diversas áreas de alojamiento, espacios de uso común, servicios sanitarios y recreación.¹⁸⁴

Principio general en materia de ubicación: El alojamiento de las personas privadas de libertad será dispuesto en todos los casos con especial consideración de la conveniencia de ubicarlas en establecimientos cercanos a su familia (...).¹⁸⁵

Motivación para disponer traslados: (...) La motivación del acto deberá incluir: a) La consideración de las circunstancias particulares y familiares de la persona, especialmente, la distancia del lugar donde reside su grupo familiar (...) y un análisis, a través del área de trabajo

¹⁸⁰ Cfr. ARTÍCULO 329, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸¹ Cfr. ARTÍCULO 332, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸² Cfr. ARTÍCULO 136, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸³ Cfr. ARTÍCULO 139, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸⁴ Cfr. ARTÍCULO 158, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸⁵ Cfr. ARTÍCULO 167, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



social, del impacto físico y psicológico que el traslado tendría en el caso concreto respecto del contacto con su entorno y la trascendencia de la medida a terceras personas.¹⁸⁶

Información sobre traslados: La autoridad penitenciaria deberá contar con un registro actualizado de los nombres y contacto de las personas allegadas o familiares a las que la persona privada de libertad designe para que le sean informadas las decisiones sobre su traslado.¹⁸⁷

Relaciones familiares y sociales: La administración penitenciaria, a través del área de trabajo social, deberá impulsar las líneas de acción necesarias para favorecer y estimular la continuidad y el desarrollo de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares u otras personas con quienes mantengan o desarrollen vínculos afectivos o sociales. El diseño de las estrategias de abordaje estará orientado, en todo momento, a fomentar y recomponer la interacción de las personas condenadas con el medio libre y minimizar los impactos negativos del encarcelamiento (...).¹⁸⁸

Permisos de salida extraordinarios: Las personas privadas de libertad podrán solicitar un permiso extraordinario de salida con acompañamiento y supervisión de la autoridad penitenciaria, con motivo de alguno de los siguientes supuestos: a) Fallecimiento, enfermedad o accidente graves de su cónyuge, persona unida civilmente, ascendiente, descendiente, hermanas, hermanos o persona allegada con vínculo suficientemente acreditado; b) Nacimiento de hija o hijo de la persona privada de libertad; c) Para contraer matrimonio o unión civil.¹⁸⁹

V. Personas indígenas privadas de la libertad

El principio III de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece que “cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”. La disposición recoge —y extiende específicamente a la materia carcelaria— un principio general que la Corte Interamericana ha sentado en relación con la protección especial que demandan los derechos de las personas pertenecientes a grupos indígenas.

En el “Caso de la comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, la CorteIDH expresó que: “En lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”.¹⁹⁰ El estándar fue reafirmado en el “Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay” en el que, además, se señaló que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”.¹⁹¹

Estos principios generales, que se relacionan con la protección especial de estos grupos vulnerables respecto de todos los derechos previstos en la Convención, son trasladables a la

¹⁸⁶ Cfr. ARTÍCULO 171, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸⁷ Cfr. ARTÍCULO 169, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸⁸ Cfr. ARTÍCULO 299, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁸⁹ Cfr. ARTÍCULO 69, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

¹⁹⁰ CorteIDH “Caso Yakye Axa Vs. Paraguay”, Sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 63.

¹⁹¹ CorteIDH “Caso Xákmok Kásek Vs. Paraguay”, Sentencia del 24 de agosto de 2010, párr. 271.

situación de privación de libertad y al conjunto de obligaciones que el Estado asume una vez que dispone el encarcelamiento de personas bajo su jurisdicción.

Quienes integran las comunidades indígenas, ven restringidos sus derechos a la libertad personal, libertad de circulación, derechos políticos, cuando se encuentran privadas de libertad al igual que los de las demás personas. Sin embargo, existen otros derechos cuyo ejercicio, si bien a priori no resulta necesariamente restringido, es alterado por la dinámica particular y específica en la que se desarrolla la privación de la libertad. Para que tales restricciones no deriven en una forma ilegítima de detención es necesario contar con regulaciones específicas que atiendan tales circunstancias.

El de las personas indígenas es un grupo que debe ser atendido especialmente en consideración a la condición de grupo vulnerabilizado que ya caracteriza a las comunidades en el medio libre, en el que suelen afrontar dificultades para conservar y transmitir culturas y tradiciones para su supervivencia y proyección en el tiempo.

El encarcelamiento contribuye a profundizar las discriminaciones, transformándose tal situación en la causa del deber de consideración especial hacia los integrantes de las comunidades que transitan por la prisión.

Específicamente en el caso de las personas indígenas privadas de la libertad, el enfoque de las normas, las políticas y las prácticas penitenciarias debe estar dirigido a garantizar el mantenimiento de los vínculos e integración social y evitar su aislamiento y desorientación en la cárcel como lógica consecuencia del principio de normalización penitenciaria contenido en las Reglas Mandela.¹⁹²

En este sentido, la obligación estatal es evitar que las restricciones que caracterizan a la privación de libertad excedan las legalmente permitidas. Para ello, en el caso de las comunidades indígenas es necesario tener en consideración las particularidades de cada comunidad. Se deben establecer medidas diferenciadas tendientes a resguardar específicamente los derechos de quienes las integran. El respeto y reconocimiento de la identidad cultural —entendida esta como parte esencial de la vida de cualquier integrante de una comunidad indígena— es imprescindible que también se verifique dentro de la cárcel.

La UNESCO ha definido a la cultura como el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias.¹⁹³ Las formas en las que se puede representar esta identidad cultural, comprende entre otras, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura, y la vestimenta.

El derecho a la identidad cultural consiste entonces, en el derecho de todo grupo étnico-cultural y de quienes lo integran a participar de una determinada cultura, a conservarla, (incluyendo las formas de expresarla) y a ser reconocido como diferente.

Identificadas todas aquellas acciones que reproducen la identidad cultural de una comunidad, es necesario promover las medidas a adoptar por parte de los Estados a fin de garantizar su máximo goce posible dentro del contexto carcelario.

¹⁹² Regla 5.1. El régimen penitenciario procurará reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano.

¹⁹³ UNESCO, “Declaración Universal sobre la diversidad cultural”, Preámbulo, 2001.

Por un lado, existen obligaciones genéricas derivadas los principios de igualdad y no discriminación.¹⁹⁴ La Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas establece el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia *identidad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral*,¹⁹⁵ que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas.¹⁹⁶ En este sentido, el Convenio 169 de la OIT dispone que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, contando dichos pueblos con el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias.¹⁹⁷

Por otra parte, los Estados están obligados a adoptar medidas especiales y específicamente dirigidas a proteger y promover la diversidad cultural. Tales medidas no pueden ser consideradas de carácter discriminatorio, a la luz del principio de igualdad y no discriminación contemplado en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en tanto tienen como exclusivo objetivo la protección de los derechos los pueblos indígenas.¹⁹⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, remarcó que *es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, [las de los pueblos indígenas] sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su Derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres*.¹⁹⁹

Para definir qué medidas deben adoptar los Estados es necesario tener presente que la identidad cultural de un pueblo se expresa a través de diferentes formas, lo que hace necesario que los Estados contemplen en concreto cada una de las formas a través de las cuales esta identidad se manifiesta a fin de garantizar el real goce de sus derechos.

En ese sentido, la clausura genérica contenida en el artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas,²⁰⁰ es el puntapié inicial del cual se desprende la obligación de los Estados de adoptar medidas concretas.

¹⁹⁴ [La] Carta democrática interamericana que establece en su artículo [...] “La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”.

¹⁹⁵ Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural.

¹⁹⁶ Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural.

¹⁹⁷ OIT, C169 “*Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*”, 1989, art. 8.1.

¹⁹⁸ Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Principio II. Igualdad y no discriminación. “... No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de ... los pueblos indígenas...”.

¹⁹⁹ Corte IDH, “*Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*” Sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172.

²⁰⁰ Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras. 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los

IX. 1. Aspectos de abordaje particular incluidos en la solicitud de Opinión Consultiva respecto de las personas indígenas privadas de la libertad

A continuación, se abordan las cuestiones involucradas directa o indirectamente por la solicitud de la Comisión Interamericana, y se destaca la necesidad de propiciar la adopción de una regulación específica que contribuya a paliar y neutralizar las condiciones desfavorecidas en las que se encuentra inmerso el colectivo que involucra a las personas indígenas.

a. Identidad cultural

La obligación de los Estados se concreta en el deber de tomar medidas —acciones concretas— que protejan y promuevan la identidad cultural de cada comunidad dentro del ámbito penitenciario. En este aspecto el Proyecto de Ley Modelo consagra la tutela en las instituciones de encierro, del derecho a profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar de religión según sus creencias, el derecho a participar de actividades religiosas y espirituales, ejercer sus prácticas tradicionales, poseer objetos y libros relacionados con su credo, así como el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales (Artículo 320).

Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que en los establecimientos penitenciarios se reconozcan la diversidad y pluralidad religiosa y espiritual (Artículo 321) a fin de que las y los integrantes de pueblos indígenas puedan ejercer libremente su propia espiritualidad y creencias y, en virtud de ello, puedan practicar, desarrollar, transmitir y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias, y puedan realizarlas tanto en público como en privado, individual y/o colectivamente.²⁰¹ Ello supone ofrecer y proporcionar herramientas concretas para su materialización. En ese sentido, el Proyecto de Ley Modelo propicia, por ejemplo, la existencia de espacios específicos destinados a que los miembros de cada comunidad puedan realizar celebraciones, reuniones y actos que contribuya a resolver las dificultades para realizar actividades culturales o de culto y mantener prácticas sociales relevantes para los integrantes de la comunidad (Artículo 322).

La vestimenta es otra de las formas de expresión de la identidad cultural de una comunidad. Es necesario que los Estados adopten las medidas necesarias para resguardar el derecho de las personas integrantes de pueblos indígenas a usar su propia indumentaria, sin desmedro de los criterios vigentes en los establecimientos (Artículo 164). Específicamente debe autorizarse tanto que la persona privada de libertad se provea su propia vestimenta o que sea la administración penitenciaria quien la proporcione, pero, en este caso, la que se suministre debe tener en consideración la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad (Artículo 166).

bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. 3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

²⁰¹ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo XVI. Espiritualidad indígena 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer libremente su propia espiritualidad y creencias y, en virtud de ello, a practicar, desarrollar, transmitir y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias, y a realizarlas tanto en público como en privado, individual y colectivamente.



En cuanto a la alimentación, cuando sea parte esencial de la identidad cultural de cada comunidad, será necesario que los Estados tomen medidas oportunas a fin de que las personas privadas de libertad tengan la posibilidad de llevar una dieta acorde a sus costumbres (Artículo 161).

Se puede concluir que, la obligación de los Estados no se agota con la sanción de normas genéricas de respeto y promoción de las diversidades, sino que es necesario que estos identifiquen las formas por las cuales se manifiesta la identidad cultural, y regulen la forma por la cual su goce se hará efectivo.

En un tema tan relevante como el empleo de la lengua de origen, la Corte Interamericana se pronunció en el sentido de considerar que constituye una obligación estatal la implementación de las medidas necesarias para que a los pueblos indígenas “se les permita hacer uso de su idioma materno en todas las instancias procesales y en los centros de detención”.²⁰²

El Proyecto de Ley Modelo, en ese sentido, promueve que la administración penitenciaria arbitre los medios para que cada establecimiento penitenciario cuente con la colaboración de intérpretes que hablen y entiendan la lengua madre de las personas privadas de libertad con el propósito de asegurar que todas las personas puedan comprender integralmente tanto los procesos en los que están involucradas, como sus derechos y obligaciones mientras permanezca privada de libertad (Artículo 330).

b. Salud y asistencia médica

Asumiendo que la discriminación, en lo que concierne al acceso a los servicios disponibles en la administración penitenciaria, consiste en la omisión de proporcionar una prestación equivalente a la que reciben la mayoría de las personas privadas de libertad (en aspectos tales como asistencia sanitaria, comunicación, esparcimiento, acceso a bienes culturales, educación o promoción de la reinserción), se puede señalar que hay mucho camino por recorrer en lo que concierne al resguardo y atención de la salud de las personas indígenas privadas de la libertad.

El derecho a la salud, consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos,²⁰³ no se encuentre circunscripto a la carencia de afecciones y/o enfermedades, sino que sus implicancias son mucho más extensas, vinculadas con el *disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*,²⁰⁴ lo que resulta en que los avances técnicos y científicos —que ocupan un gran lugar en la materialización de ese derecho— no sean el único medio para garantizar el objetivo.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud, ha establecido que el derecho a la salud será alcanzado cuando los Estados no solo establezcan los *mecanismos para garantizar acceso a un sistema de protección de la salud que ofrezca a todas las personas las mismas oportunidades de disfrutar del grado máximo de salud que se pueda alcanzar*, sino que también es necesario que se tomen todas aquellas medidas necesarias a fin de resguardar las libertades individuales que

²⁰² Corte IDH, “Caso López Alvares vs. Honduras”, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C No. 141, párr. 205.

²⁰³ A modo de enumeración no exhaustiva: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: El artículo XI que consagra el derecho de toda persona a la preservación de la salud y el bienestar; Carta de la Organización de los Estados Americanos: El artículo 33 contempla derecho a la salud; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Su artículo 10 contempla el derecho a la salud y el modo de garantizarlo.

²⁰⁴ Artículo 10, Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”.



permita que cada persona pueda controlar su salud y su cuerpo.²⁰⁵ De allí que no todas las personas logren el máximo disfrute posible de su salud por medio de la implementación de los mismos procesos médicos, tratamientos y/o atención sanitaria. Es decir que cada individuo va a considerar necesaria la implementación de medios particulares a fin de conseguir el disfrute íntegro de su salud.

En este sentido y teniendo en cuenta las necesidades particulares de los grupos minoritarios en cuanto a la atención y cuidado de salud, específicamente de quienes forman parte de pueblos indígenas, la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas consagra el derecho de estas comunidades a la utilización de sus propios sistemas y prácticas de salud así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales.²⁰⁶ Asimismo, que tal acceso pueda suceder tanto de forma colectiva como individual, lo que habilita que su utilización no se circunscriba al ámbito del pueblo originario.

En cuanto al acceso a los servicios disponibles en el ámbito de la administración penitenciaria, ya se señaló que la identidad cultural de una comunidad, en este caso una comunidad indígena, se puede manifestar de diversas formas, y que el Estado se encuentra obligado a garantizar el efectivo goce de la identidad cultural de todos los miembros de un pueblo indígena. En este sentido, las prácticas medicinales y la utilización de medicinas tradicionales forman parte de las costumbres y tradiciones de una comunidad indígena. La posibilidad de contar y acceder a modos y tratamientos y formas de abordaje que forman parte de la tradición de cada pueblo indígena no sólo no debe ser obstaculizada, sino que debe ser facilitado por las administraciones penitenciarias.

Para ello es necesario que se promuevan regulaciones específicas que enmarquen las prácticas en el ámbito carcelario a fin de garantizar el acceso al uso de prácticas medicinales y medicinas tradicionales a aquellas personas privadas de la libertad que forman parte de una comunidad indígena. Las normas deben propiciar políticas penitenciarias que permitan a todas las personas privadas de libertad, con especial énfasis de aquellas personas miembros de comunidades indígenas optar, siempre que las circunstancias del caso así lo permitan, por la utilización de las prácticas medicinales que cada individuo considere más efectiva para lograr el máximo disfrute de su salud. En este aspecto, el Proyecto de Ley Modelo del INEJEP autoriza que la atención médica particular mediante una regla específica que permite a la persona privada de libertad requerir, a su exclusivo cargo, contar con atención médica distinta a la ofrecida en el establecimiento penitenciario (Artículo 295).

c. Medidas especiales en relación con las actividades o programas desarrollados en el ámbito carcelario y las audiencias disciplinarias

Para atender adecuadamente la situación de las personas indígenas privadas de libertad en el ámbito carcelario es necesario que la administración penitenciaria cuente con herramientas

²⁰⁵ OMS, *Definición de salud*, ver en <https://www.who.int/es>.

²⁰⁶ Artículo XVIII. Salud. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho en forma colectiva e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales.

diferenciadas, enfocadas específicamente en salvar las dificultades y necesidades que puedan exhibir las personas encarceladas para expresar inquietudes y necesidades en ese contexto.

Es fundamental, en general, que las personas privadas de libertad, y específicamente las indígenas, cuenten con una adecuada comprensión de lo que sucede en la cárcel (las rutinas, las reglas que deben observarse, el sentido de las actividades que se desarrollan, los procedimientos para peticionar, reclamar, tener contacto con el exterior o acceder a servicios). Para ello resulta imprescindible atender específicamente a las cuestiones concernientes al lenguaje que se emplea para transmitir información o desarrollar las actividades.

La Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas²⁰⁷ contempla en su Artículo XIV el derecho de los pueblos indígenas a “preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura; y a designar y mantener sus propios nombres para sus comunidades, individuos y lugares” a la vez que establece el deber estatal de “...adoptar medidas adecuadas y eficaces para proteger el ejercicio de este derecho con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas”.

En línea con esta idea, en las “Reglas de Bangkok” de 2011 se establece específicamente que la autoridad debe reconocer que las mujeres indígenas privadas de libertad requieren de programas y servicios especiales para atender sus necesidades. Las reglas 55 y 56 establecen que las autoridades deben velar porque estos programas existan efectivamente y que las mujeres se encuentren seguras ante el riesgo que implica la vida en reclusión.²⁰⁸

La CIDH ya ha señalado que “los intérpretes garantizan la comunicación efectiva y la comprensión del procedimiento ante los tribunales” y que expertos en ciencias sociales, como antropólogos o psicólogos, a veces son necesarios para ilustrar sobre la cosmovisión de determinadas comunidades indígenas y sus creencias culturales particulares”.²⁰⁹ En el ámbito penitenciario tales indicaciones se vuelven imperativas para hacer posible que las personas indígenas puedan entender la organización carcelaria y el sentido de las actividades que en ella se desarrollan.

En definitiva, no hay dudas sobre la obligación estatal de actuar con debida diligencia y promover consistentemente tanto en el plano de legislativo como en el despliegue de las políticas públicas las herramientas que permitan tanto prevenir como responder adecuadamente a aquellas situaciones que pudieran constituir violaciones de los derechos humanos de las personas indígenas.

En consecuencia, con el mismo criterio, pero con otra perspectiva, es fundamental que quienes representan a la administración penitenciaria también comprendan y puedan atender las necesidades especiales que tienen quienes integran un grupo vulnerable y normalmente minoritario en una prisión, como el que constituye la población indígena.

Ese conocimiento es imprescindible, por ejemplo, para garantizar que las personas indígenas encarceladas puedan comprender adecuadamente las reglas y el contenido del proceso

²⁰⁷ AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

²⁰⁸ Con el mismo sentido la ley nacional de ejecución penal de México establece la educación bilingüe y acorde a su cultura (art. 83). Por su parte, la Constitución del Estado mexicano de Chiapas contempla que las personas indígenas sentenciadas cumplan sus condenas preferentemente en establecimientos próximos a sus comunidades para facilitar la conservación del vínculo su reintegración a estas (y el mantenimiento del contacto). La ley estatal además establece que se deben considerar condiciones económicas, sociales y culturales para hacer accesible la aplicación de beneficios preliberatorios y que establecimientos en los que cumplen las penas cuenten con programas especiales que respeten sus lenguas y costumbres y que contribuyan a su rehabilitación.

²⁰⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS “Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17. 17 abril 2017, Párr. 157.

disciplinario cuando se sustancia o para impedir la imposición de sanciones relativamente desmesuradas a partir de problemas de comprensión que pueden afectar tanto a las personas privadas de libertad como a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

También es relevante el conocimiento en el diseño de las ofertas institucionales para contemplar adecuadamente y específicamente, el plan de vida, las necesidades concretas y el impacto que provocan las decisiones institucionales en el ciclo vital de las personas indígenas privadas de libertad.

Por otra parte, es relevante monitorear el modo en el que se aplican las sanciones disciplinarias a fin de prevenir o atender el trato desigual que pudieran recibir las personas integrantes de comunidades indígenas. Para ello, también en este punto, el contacto y la apertura hacia organismos especializados del Estado y la sociedad civil debiera constituir una directriz de gestión relevante.

De igual forma debe prevenirse que la población indígena privada de libertad —u otros grupos vulnerabilizados— sean eventualmente objeto de sanciones desproporcionadamente severas como consecuencia de la aplicación de patrones de discriminación fundados en percepciones erróneas tales como la presunta rebeldía, desacato, resistencia o indiferencia que en realidad puede provenir de una inadecuada comprensión de las situaciones tanto por parte de las personas privadas de libertad como por parte de las y los agentes carcelarios.

El mandato del Convenio 169 de la OIT en ese sentido es categórico: “Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.²¹⁰

Se trata entonces de estipular previsiones normativas²¹¹ que propicien, establezcan y apuntalen las prácticas de la administración penitenciaria teniendo en cuenta el derecho, las costumbres y las tradiciones de las comunidades indígenas.

Sin embargo, la discriminación más frecuente y menos visible, es la que se refleja en diferentes prácticas, procedimientos y el acceso a servicios. En los diversos aspectos del régimen penitenciario, de manera cotidiana, es donde se aprecia también la necesidad de proteger, de manera efectiva los derechos de las personas indígenas.

En ese sentido, el Proyecto de Ley Modelo establece desde el momento en que se produce el ingreso de una persona indígena a un establecimiento, el deber de disponer previsiones especiales para resguardar adecuadamente los derechos de las personas que integren grupos vulnerables. El derecho a recibir desde un primer momento información oral y escrita sobre derechos y obligaciones (Artículo 115, inc. d) se complementa con el deber de adopción de medidas especiales recurriéndose a intérpretes competentes y folletería comprensible y previéndose específicamente en el caso de las personas indígenas, que el trato que reciba sea respetuoso de su dignidad, su idioma y/o su expresión lingüística, sus costumbres y sus tradiciones culturales (Artículo 133).

Un muy interesante pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia ha fijado de manera específica pautas para el diseño de programas dentro de las prisiones que constituyan un enfoque diferencial indígena materializado en el cumplimiento de la pena en un lugar de reclusión propio que establezca el resguardo indígena o, en su defecto, pabellones diferenciados dentro de las mismas cárceles ordinarias. Con apoyo en esa premisa concluyó el tribunal colombiano que no adecuar los fines de la pena y programas de tratamiento en estos casos:

²¹⁰ OIT, C169 “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, op.cit., artículo 12.

²¹¹ Tal como lo postula el art. 8 del Convenio N° 169 de la OIT.



“Puede traer una consecuencia nefasta e involutiva para los pueblos indígenas, toda vez que al no admitirse diferenciación carcelaria en los establecimientos de reclusión, eventualmente la cultura occidental mayoritaria absorbería a la cultura indígena minoritaria; aquella a través de un proceso de asimilación forzoso terminaría imponiendo un mismo sistema social, económico, cultural y jurídico al momento de ejecutar la pena, lo cual lamentablemente propiciaría que los miembros de comunidades indígenas se incorporen a un esquema de reclusión penal fundado en funciones —de protección, prevención especial, curación, tutela, rehabilitación y reinserción social—, que necesariamente no compaginan con las costumbres tradicionales y culturales de castigo que emplean los distintos pueblos indígenas”.²¹²

Para atender e impedir este sesgo, el Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo, al tratar específicamente la situación de las personas indígenas, propicia que las decisiones que se adopten para su clasificación, para la asignación de su lugar de alojamiento, para el diseño del plan de actividades y en relación con los diversos aspectos del régimen penitenciario, consideren la condición de modo que los fines generales de la ejecución de la pena se ensamblen con el respeto a la identidad cultural de las personas indígenas (Artículo 330). También, como ya fue señalado a lo largo de este documento, se pone en cabeza de la administración, en forma previa a la decisión de trasladar a una persona privada de libertad de un establecimiento a otro, el deber de acreditar que la decisión está en línea con el criterio de ubicar a las personas privadas de libertad en establecimientos cercanos a su familia, a su comunidad y quienes tienen a cargo su defensa judicial (Artículo 167).

El Proyecto de Ley Modelo también promueve que se considere especialmente la relevancia que tenga para la persona la pertenencia a su comunidad, procurándose que pueda conservar sus usos y costumbres, dentro de las limitaciones naturales que impone el régimen de disciplina y penitenciario obligatorio y cuidando que no padezca formas de asimilación forzada que menoscaben su cultura (Artículo 330).

En lo que concierne a la educación básica, que potencialmente puede verse afectada por razones de origen, ascendencia o idioma²¹³ destinada a la población indígena, el Proyecto de Ley Modelo establece que debe ser bilingüe y acorde con su cultura, para conservar y enriquecer sus lenguas, y que la instrucción debe ser proporcionada por docentes que las comprendan (Artículo 330).

También se establece el deber estatal de garantizar que cada establecimiento penitenciario cuente con la colaboración de intérpretes que hablen y entiendan la lengua madre de la persona privada de libertad con el propósito de asegurar que comprenda integralmente el proceso que se sigue en su contra, y sus obligaciones y derechos mientras dure la privación de libertad (Artículo 330).

Para el diseño del plan de actividades el Proyecto de Ley Modelo propicia que se recabe la cooperación de la persona privada de libertad, y que se consideren sus necesidades, preferencias y capacidades (Artículo 20). A la vez, los programas de tratamiento individuales deberán considerar, para su implementación, los componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, con miras a promover su reinserción social y prevenir la reincidencia (Artículo 26). Tales consideraciones también deben alcanzar la actividad enfocada en la preparación del egreso de la prisión, incluyendo el contacto y la articulación con los organismos que resulten competentes y especializados (Artículos 342 y 344).

²¹² Corte Constitucional de Colombia, “Caso Leonardo Gegary Tunugama”, Sentencia T-642/14 de 14 de septiembre de 2014.

²¹³ UNODC “Manual sobre reclusos con necesidades especiales”, op. cit., pág. 60

Las regulaciones sobre el respeto a la diversidad religiosa y espiritual también alcanzan a las personas indígenas. Para ello es imprescindible adecuar los espacios y la organización de las actividades para hacer posible la participación —voluntaria— en las actividades religiosas. Al respecto, el Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo contiene una norma que consagra el reconocimiento de la pluralidad religiosa e impone la habilitación en cada establecimiento de un espacio multiconfesional de culto y oración destinado a las celebraciones y reuniones de distintos credos y religiones, con características que permita su empleo como lugar de ceremonia y recogimiento para todas las religiones y creencias (Artículos 321 y 323).

d. Prevención de actos de violencia

Cuando se trata de la violencia en recintos carcelarios, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas y recaudos para prevenir que los hechos sucedan y modificar los criterios de actuación de las funcionarias y los funcionarios que pueden estar motorizados por prejuicios y prácticas toleradas o encubiertas durante mucho tiempo, asociadas a formas de discriminación basadas en la pertenencia a un pueblo indígena. En los casos que involucran a sus integrantes, cualquier intervención debe estar guiada por la consideración de los usos y costumbres de los que participa la persona involucrada y su cosmovisión cultural.

La clasificación es una actividad inicial de la administración —eventualmente revisable— muy relevante a los fines de mantener el orden, la seguridad, proteger y resguardar la vida e integridad física de las personas y favorecer las actividades y programas de tratamiento establecidos legal prevenir situaciones de violencia.

Junto con la definición de los fines que persigue la clasificación (Artículo 135), el Proyecto de Ley Modelo propicia criterios generales para la asignación de los lugares de alojamiento —identidad, orientación sexual, edad, estado de salud, antecedentes, índole del delito, etc.— que permiten ponderar y atender necesidades especiales de protección de la vida e integridad de las personas (Artículo 136). Entre los deberes que conciernen a la administración penitenciaria específicamente vinculados con la prevención de la violencia y la seguridad de las personas el Proyecto de Ley Modelo señala el de separación de las personas conforme las pautas de clasificación, el de contar con personal suficiente destinado a la seguridad y vigilancia y el de capacitación y formación continua y apropiada del personal (Artículo 180, incisos a; c y f).

El punto de partida de una propuesta que pueda tener incidencia en la prevención de actos de violencia respecto de las personas indígenas privadas de libertad es la promoción de la capacitación y compromiso integral de las y los agentes de la administración penitenciaria. A la necesaria capacitación y formación de los funcionarios debe añadirse específicamente para prevenir situaciones de violencia institucional la regulación del ejercicio de la potestad disciplinaria del empleo de armas y medios de sujeción.

El Convenio 169 de la OIT promueve la adopción de las medidas especiales que sean necesarias para “...salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”,²¹⁴ siempre que tales medidas no sean contrarias a los deseos de los pueblos interesados.²¹⁵

Para que ello sea posible —y se verifique en la práctica— es menester además normativizar y regular aquellas situaciones en las que más frecuentemente se comprueba la comisión de hechos de violencia.

²¹⁴ OIT, C169 “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, op.cit., Art. 4.1.

²¹⁵ OIT, C169 “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales”, op.cit., Art. 4.2.



De allí que resulte muy relevante resolver adecuadamente diversos procedimientos críticos a los que ya se hizo referencia más arriba (de ingreso, clasificación, ubicación, requisa, etc.) para minimizar las posibilidades que las situaciones violentas tengan lugar en perjuicio de personas indígenas privadas de libertad.

El Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo propicia en lo que concierne al ejercicio de la potestad disciplinaria su empleo como último recurso ante el fracaso de la aplicación de mecanismos alternativos, conciliatorios o de justicia restaurativa para resolver las diferencias entre las personas privadas de libertad y procurando evitaren la medida de lo posible la segregación de las personas alcanzadas por el procedimiento disciplinario de su alojamiento de en el régimen común (Artículo 193, inc. d).

En cuanto al personal en contacto con las personas privadas de la libertad, el Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo establece que no debe estar armado con armas de fuego o letales y que debe contar con un entrenamiento que le permita actuar razonable y eficazmente para superar situaciones de violencia (Artículo 195).

Todo ello bajo el criterio establecido como principio general de que el empleo de la fuerza quede reservado como último recurso, en la mínima medida necesaria y por el periodo de tiempo más corto que sea posible (Artículo 193).

IX. 2 Disposiciones del Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica que contienen los estándares propuestos para la consideración de la situación de las personas indígenas privadas de la libertad

Al igual que en los apartados precedentes, se reproducen en éste las citas textuales de las partes pertinentes en las que el Proyecto de Ley Modelo recepta los estándares descritos, con nota de la referencia del artículo para su confronte con el texto original:

Trato humano. Toda persona privada de libertad será tratada con humanidad e irrestricto respeto a su dignidad, a sus derechos y garantías fundamentales, y con apego a la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Los órganos estatales de control, vigilancia y asistencia que integran el sistema de ejecución penal se encuentran en posición de garante de los derechos de las personas privadas de libertad y, en el marco de su desempeño, deberán respetar y garantizar la vida e integridad personal de las personas condenadas, asegurando condiciones mínimas de detención que sean compatibles con su dignidad.

La ejecución de la pena privativa de libertad estará exenta de actos de tortura, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual y/o de género, castigos corporales, intervenciones forzadas o tratamientos coercitivos o cualquier tipo de amenazas o métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de las personas.²¹⁶

Igualdad y no discriminación. En ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad en razón de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, identidad y/o expresión de género, orientación sexual, sexo biológico o cualquier otra condición social.

²¹⁶ Cfr. ARTÍCULO 4, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



Queda prohibida, durante la ejecución de la pena, cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos reconocidos a las personas privadas de libertad.

No serán consideradas discriminatorias las medidas incluidas en la presente ley que se destinen a proteger las necesidades individuales de las personas privadas de libertad, en particular de los colectivos más vulnerables en el contexto penitenciario. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de derechos humanos, y estarán siempre sujetas al control de legalidad por parte de los órganos competentes.²¹⁷

Diseño del plan de actividades. La elaboración del plan de actividades estará a cargo de un equipo técnico interdisciplinario, con representación de cada una de las áreas del establecimiento. Para su elaboración se recabará la cooperación de la persona privada de libertad, a quien se le informarán con antelación las actividades disponibles a fin de diseñar un plan acorde con sus necesidades, preferencias y capacidades. La selección de las actividades deberá estar orientada a desarrollar las aptitudes de las personas privadas de libertad, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias.²¹⁸

Programas de tratamiento individual. Los programas de tratamiento individual estarán conformados por actividades terapéutico-asistenciales diseñadas para el abordaje de situaciones problemáticas determinadas por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuyo abordaje contribuya a la concreción de los derechos humanos en relación con la perspectiva de reinserción social de la persona y a la prevención de la reincidencia.²¹⁹

Procedimiento de ingreso. Principios generales. En el procedimiento de ingreso se deben observar los siguientes principios, de manera conjunta:

a) Igualdad y no discriminación. Toda intervención del personal penitenciario se realizará con resguardo de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, en condiciones de igualdad y respeto de su dignidad. No se considerarán discriminatorias las provisiones especiales que se destinen a proteger los derechos de personas embarazadas, personas con niñas y/o niños lactantes, jóvenes adultas y/o adultos, personas con signos o síntomas de padecimientos mentales, personas con problemáticas asociadas al abuso de alcohol y/o drogas, personas que no comprendan el idioma español, personas con discapacidades, personas del colectivo LGBTI, personas peticionantes de asilo y/o refugiadas.²²⁰

Información sobre derechos y obligaciones. Tras su ingreso, la persona privada de libertad será informada en forma oral y escrita, en una lengua comprensible para ella y mediante la entrega de un manual de ingreso, de sus derechos y obligaciones, de las disposiciones relativas a su régimen de detención y sobre los mecanismos para formular peticiones o reclamos. Las reglas vigentes dentro del establecimiento, incluso el régimen disciplinario, el de contacto con el exterior y el modo de acceso a la asistencia médica, jurídica y psicosocial, también serán informadas y estarán exhibidas permanentemente en lugares destacados de las zonas de uso común para su conocimiento.²²¹

²¹⁷ Cfr. ARTÍCULO 5, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²¹⁸ Cfr. ARTÍCULO 20, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²¹⁹ Cfr. ARTÍCULO 26, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²⁰ Cfr. ARTÍCULO 115, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²¹ Cfr. ARTÍCULO 132, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

Ajustes para situaciones especiales. A los fines de la correcta comprensión de sus derechos y deberes, deberán adoptarse medidas especiales en relación con las necesidades de las personas con discapacidades y aquellas pertenecientes a minorías lingüísticas. (...)

Las necesidades lingüísticas deberán ser cubiertas recurriendo a intérpretes competentes y proporcionando folletos informativos redactados en las diferentes lenguas habladas en la región en la que se halle ubicado el establecimiento. (...)

En el caso de que la persona privada de libertad forme parte de una comunidad indígena o pertenezca a un pueblo originario, se deberá garantizar que el trato que reciba sea respetuoso de su dignidad, su idioma y/o su expresión lingüística, sus costumbres y sus tradiciones culturales.²²²

Clasificación Finalidad. Las personas privadas de libertad serán alojadas en diferentes establecimientos penitenciarios o en distintas secciones dentro de un mismo establecimiento, de acuerdo con categorías diseñadas con el propósito de mantener el orden, la seguridad, proteger y resguardar la vida e integridad física de las personas y favorecer el normal desarrollo de los distintos planes de actividades y programas de tratamiento individual y/o específicos previstos en esta ley.²²³

Clasificación. Criterios generales. Los criterios para el alojamiento de las personas privadas de libertad deberán tener en cuenta su identidad y/o expresión de género, orientación sexual, sexo biológico, edad, estado de salud físico y mental, antecedentes penales, privaciones de la libertad anteriores, situación procesal, la índole del delito que motive la privación de libertad, los aspectos de su historia de vida que pudieren afectar su seguridad en el establecimiento, así como cualquier otra característica específica que genere una necesidad de protección especial de su vida e integridad.²²⁴

Alimentación. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda en cantidad de kilocalorías, calidad de micronutrientes y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada, armónica y suficiente. Asimismo, el suministro de alimentos deberá tomar en consideración las convicciones culturales y religiosas de las personas, así como las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos.²²⁵

Derecho a la vestimenta. La persona privada de libertad tiene derecho a llevar su propia ropa, respetando las reglamentaciones vigentes.²²⁶

Características de la vestimenta. La ropa proporcionada no será degradante ni humillante. Deberá ser adecuada a la identidad cultural y religiosa de las personas privadas de libertad, así como también tener en cuenta la identidad y/o expresión de género, orientación sexual y/o sexo biológico de las personas. Se mantendrá en buen estado y se reemplazará, sin costo, en caso de ser necesario.²²⁷

Traslados. Principio general. El alojamiento de las personas privadas de libertad será dispuesto en todos los casos con especial consideración de la conveniencia de ubicarlas en

²²² Cfr. ARTÍCULO 133, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²³ Cfr. ARTÍCULO 135, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²⁴ Cfr. ARTÍCULO 136, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²⁵ Cfr. ARTÍCULO 161, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²⁶ Cfr. ARTÍCULO 164, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²⁷ Cfr. ARTÍCULO 166, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

establecimientos cercanos a su familia, a su comunidad, a quienes ejercen su defensa técnica y a los órganos de control competentes.²²⁸

Traslados involuntarios. Cuando la administración penitenciaria decida que corresponde el traslado de la persona privada de libertad a un establecimiento alejado de su lugar de residencia habitual, deberá emitir un acto administrativo fundado con las razones que justifican la medida.

La motivación del acto deberá incluir:

a) La consideración de las circunstancias particulares y familiares de la persona, especialmente, la distancia del lugar donde reside su grupo familiar, si cuenta con hijas o hijos menores que la visiten y un análisis, a través del área de trabajo social, del impacto físico y psicológico que el traslado tendría en el caso concreto respecto del contacto con su entorno y la trascendencia de la medida a terceras personas; (...).²²⁹

Seguridad. Medidas. La autoridad penitenciaria adoptará medidas apropiadas y eficaces para garantizar la seguridad de las personas privadas de libertad, del personal penitenciario y de visitantes, así como para prevenir todo tipo de violencia dentro de los establecimientos.

Para tales fines se deberán implementar, entre otras, las siguientes medidas:

a) Separar adecuadamente a las personas privadas de libertad, de conformidad con las pautas orientadoras de clasificación establecidas en la presente ley y las que, en particular, determinen las reglamentaciones específicas para cada establecimiento penitenciario;

(...)

c) Garantizar la presencia de suficiente personal destinado a la seguridad y vigilancia, y establecer patrones de vigilancia continua al interior de los establecimientos;

(...)

f) Asegurar la capacitación y formación continua y apropiada del personal.²³⁰

Educación intercultural bilingüe. Las personas pertenecientes a comunidades indígenas o pueblos originarios recibirán educación bilingüe y acorde con su cultura, para conservar y enriquecer sus lenguas. La instrucción deberá ser proporcionada por educadoras y educadores que comprendan su lengua.²³¹

Información sobre el acceso a la educación intercultural bilingüe. El contenido de este capítulo será puesto en conocimiento de todas las personas privadas de libertad, en forma fehaciente, al momento de su ingreso a un establecimiento en la forma prevista en el artículo 132. Se constatará el nivel de instrucción que ostente cada una y se dejará constancia de ello en el legajo penitenciario individual y en los demás registros pertinentes. Desde ese momento, se asegurará el derecho de las personas privadas de libertad a acceder a la educación y se adoptarán las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar sus capacidades e instrucción.²³²

Relaciones familiares y sociales. La administración penitenciaria, a través del área de trabajo social, deberá impulsar las líneas de acción necesarias para favorecer y estimular la continuidad y el desarrollo de las relaciones entre las personas privadas de libertad y sus familiares u otras personas con quienes mantengan o desarrollen vínculos afectivos o sociales.

²²⁸ Cfr. ARTÍCULO 167, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²²⁹ Cfr. ARTÍCULO 171, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³⁰ Cfr. ARTÍCULO 180, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³¹ Cfr. ARTÍCULO 273, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³² Cfr. ARTÍCULO 275, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



El diseño de las estrategias de abordaje estará orientado, en todo momento, a fomentar y recomponer la interacción de las personas condenadas con el medio libre y minimizar los impactos negativos del encarcelamiento.²³³

Asistencia material. El área de trabajo social deberá llevar a cabo tareas de coordinación con organismos estatales, personas o entidades privadas abocadas a la protección y defensa de los derechos humanos y, especialmente, a la asistencia material de las personas condenadas y su entorno afectado por la privación de libertad.

También facilitará y coadyuvará a las gestiones y trámites que las personas privadas de libertad y sus familiares deban realizar para la obtención o continuidad de planes, programas sociales u otras prestaciones de la seguridad social.²³⁴

Derecho a la información. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a acceder a la información de uso público difundida por medios escritos, radiales, televisivos y digitales, en un idioma que comprendan. Deberá garantizarse la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación como herramientas para las prácticas educativas y de formación profesional, a fin de evitar la exclusión digital y favorecer la finalidad de reinserción social, de conformidad con los protocolos que se establezcan en virtud de lo previsto en el último párrafo del artículo 277.²³⁵

Actividades artísticas. La administración penitenciaria deberá llevar adelante acciones que favorezcan y permitan promover el desarrollo cultural y artístico de las personas privadas de libertad con base en el respeto a la pluralidad y diversidad de las tradiciones, lenguas y culturas existentes. En particular se diseñarán programas orientados a desarrollar actividades que expresen las distintas manifestaciones artísticas tales como artes visuales, plásticas, aplicadas, escénicas o de performance, musicales, literarias, gráficas y talleres artesanales.²³⁶

Libertad de conciencia y religión. La libertad de conciencia y de religión de las personas privadas de libertad deberán ser respetadas y garantizadas por la administración penitenciaria. Ello incluye el derecho a profesar, manifestar, practicar, conservar y cambiar de religión según sus creencias, el derecho a participar de actividades religiosas y espirituales, ejercer sus prácticas tradicionales, poseer objetos y libros relacionados con su credo, así como el derecho de recibir visitas de sus representantes religiosos o espirituales.²³⁷

Diversidad religiosa participación voluntaria. En los establecimientos penitenciarios se reconocerá la diversidad y pluralidad religiosa y espiritual, respetando los límites estrictamente necesarios para garantizar los derechos de los demás y para preservar la seguridad y disciplina interna. La participación de las personas privadas de libertad en las actividades religiosas será absolutamente voluntaria.²³⁸

Espacios de culto y oración. En cada establecimiento se habilitará un espacio multiconfesional de culto y oración, adecuado para celebraciones, reuniones y otros actos de los distintos credos y religiones. El espacio será diáfano y sin simbología religiosa específica, de modo que sirva como lugar de ceremonia y recogimiento para todas las religiones y creencias.²³⁹

²³³ Cfr. ARTÍCULO 299, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³⁴ Cfr. ARTÍCULO 300, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³⁵ Cfr. ARTÍCULO 305, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³⁶ Cfr. ARTÍCULO 318, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³⁷ Cfr. ARTÍCULO 320, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³⁸ Cfr. ARTÍCULO 321, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²³⁹ Cfr. ARTÍCULO 322, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.



Ajustes para la protección de la identidad cultural de personas pertenecientes a comunidades indígenas o pueblos originarios. Cuando la persona privada de libertad forme parte de una comunidad indígena o pertenezca a un pueblo originario, las decisiones que se adopten para su clasificación, asignación de su lugar de alojamiento, diseño del plan de actividades y sobre los diversos aspectos del régimen penitenciario deberán atender a dicha circunstancia, con el propósito de que los fines de la ejecución de la pena se conjuguen con el respeto a su identidad cultural.

Se ponderará especialmente la relevancia que tenga para la persona la pertenencia a su comunidad, procurándose que pueda conservar sus usos y costumbres, dentro de las limitaciones naturales que impone el régimen de disciplina y penitenciario obligatorio y cuidando que no padezca formas de asimilación forzada que menoscaben su cultura.

La educación básica que recibirá será bilingüe y acorde con su cultura, para conservar y enriquecer sus lenguas, y la instrucción deberá ser proporcionada por docentes que las comprendan.

La administración penitenciaria deberá arbitrar los medios para que cada establecimiento penitenciario cuente con la colaboración de intérpretes que hablen y entiendan la lengua madre de la persona privada de libertad con el propósito de asegurar que comprenda integralmente el proceso que se sigue en su contra, así como sus obligaciones y derechos mientras permanezca privada de libertad.²⁴⁰

Intervención Asistencial Finalidad. Desde el momento del ingreso a un establecimiento penitenciario, las actividades que se desarrollen en relación con las personas privadas de libertad deberán tener como fines últimos la promoción de su integración plena a la vida social al recuperar la libertad y contribuir a la reducción de la reincidencia en el delito.

La creación y promoción de espacios de orientación, apoyo y desarrollo personal, laboral, cultural, educativo, social y de capacitación, en general, constituyen propósitos esenciales de los organismos involucrados en la asistencia de las personas liberadas.²⁴¹

Preparación para el egreso. Características y planificación. La preparación para el egreso en libertad deberá ser planificada desde el inicio del cumplimiento de la pena y atenderá, en forma individualizada, las necesidades específicas que deban afrontar las personas al ser liberadas.

En particular se dispondrán medidas para contribuir a la atención de la salud, la situación habitacional, el cuidado de otras personas, la continuidad de las actividades formativas y tratamientos terapéuticos en desarrollo al momento de obtener la libertad, la inserción laboral, y se propiciarán soluciones para aquellas situaciones que supongan un obstáculo para el desarrollo personal y la integración social, conforme las posibilidades de la persona condenada y el entorno en el que se inserte.

La asistencia de las personas que integren los grupos en especial situación de vulnerabilidad enumerados en el capítulo XX, deberá ser proporcionada atendiendo a las particularidades y obstáculos propios de su especial condición.²⁴²

Documentación y asistencia inmediata a la liberación. La administración penitenciaria, en coordinación con los organismos o instituciones a los que incumba la asistencia post penitenciaria, gestionará la obtención de documentos de identidad y adoptará los recaudos para asegurar que quienes egresen en libertad cuenten con ellos, con los medios necesarios para

²⁴⁰ Cfr. ARTÍCULO 330, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁴¹ Cfr. ARTÍCULO 341, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁴² Cfr. ARTÍCULO 342, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

trasladarse hasta su domicilio y para cubrir sus necesidades básicas durante el periodo inmediatamente posterior a su puesta en libertad.²⁴³

Deber de coordinación y proximidad. Constituyen deberes insoslayables de los organismos de asistencia post penitenciaria, el abordaje de la problemática de la inclusión social de las personas liberadas desde la proximidad territorial y la coordinación y cooperación institucional entre los organismos competentes en la materia.

A los efectos señalados en el párrafo precedente incumbe tanto al Estado nacional como a los distritos provinciales, regionales o departamentales, designar el organismo estatal que deberá coordinar la gestión de la asistencia post penitenciaria a fin de promover:

- a) Que las agencias designadas cuenten con presupuesto, personal e infraestructura suficiente para poder ejecutar la misión encomendada;
- b) La creación de centros de atención y redes de apoyo post penitenciario que faciliten la reinserción social, procuren la vida digna de las personas liberadas y prevengan la reincidencia;
- c) La promoción de espacios —estatales o no estatales— de orientación, apoyo y desarrollo personal, laboral, cultural, educativo, social y de capacitación;
- d) La promoción en la sociedad de la aceptación de la persona liberada;
- e) Que se brinden en forma individualizada los servicios asistenciales de acuerdo con las posibilidades de la persona condenada y su entorno;
- f) Facilitar a las y los integrantes de los servicios y organismos no gubernamentales involucrados en la asistencia post penitenciaria la visita a los establecimientos carcelarios y la entrevista a las personas privadas de libertad con el propósito de contribuir a la planificación de la liberación y aplicación de programas de apoyo.²⁴⁴

VI. Colofón

A lo largo de esta presentación se han desarrollado e identificado una serie estándares de protección especial de grupos vulnerables que, creemos, puede constituir un aporte para la interpretación de normas interamericanas que la CIDH solicita a los fines de determinar las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad. Como ya se ha dicho, la importancia de la temática radica en que la discriminación dentro de las prisiones adquiere una dimensión más grave, porque se expresa en actos violentos y abusos en distintos órdenes que constituyen severas afectaciones a derechos fundamentales.

Lamentablemente, los tratos diferenciados tradicionalmente asumidos por las mayorías de los sistemas penitenciarios no van seguidos de un diseño regimental de adaptación, sino que se quedan en meras separaciones que impiden orientar correctamente la base legal para dotar de medios y de personal específicamente preparado para la tarea. Cuando estas medidas parciales no implican cambios regimentales sensibles a las necesidades de cada grupo, lo que inicialmente pudiera ser entendido como un derecho del grupo vulnerabilizado, termina convirtiéndose en una segregación encubierta con afectaciones intensas de derechos fundamentales.

²⁴³ Cfr. ARTÍCULO 343, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

²⁴⁴ Cfr. ARTÍCULO 344, Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica.

En la realización de nuestro Proyecto de Ley de Ejecución Penal Modelo para Latinoamérica (que se acompaña como anexo a esta presentación) hemos formulado propuestas normativas concretas para la materialización de condiciones regiminales que tengan en cuenta las necesidades básicas de los grupos identificados por la CIDH. Creemos que resulta imprescindible redoblar esfuerzos para que tales reconocimientos normativos se materialicen y, en este sentido, la Opinión Consultiva solicitada, sin dudas, constituye una invaluable oportunidad para fijar esas bases de diseño.

A la espera de que esta contribución pueda resultar de utilidad a la Honorable Corte Interamericana a esos fines, en nombre del Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (INEJEP) y de todo el equipo de investigación que trabajó en la elaboración del Proyecto de Ley Modelo, elevo estas observaciones escritas, aprovechando para saludar a las autoridades e integrantes de esa Honorable Corte con la más distinguida consideración.



Rubén Adrián Alderete Lobo

Director INEJEP- UP