



ESCRITO DE OBSERVACIONES RESPECTO A LA SOLICITUD DE OPINIÓN
CONSULTIVA ELEVADA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS SOBRE “ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS
PRIVADAS DE LA LIBERTAD”

INTERVENCIÓN DE
SEMILLERO DE LITIGIO ANTE SISTEMAS INTERNACIONALES DE
PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS –SELIDH–
SEMILLERO DERECHO PENITENCIARIO
SEMILLERO DISCUSIONES CONSTITUCIONALES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA

EN ASOCIO CON
CORPORACIÓN EVERYDAY HOUSE
COLECTIVO FEMINISTA BOLÍVAR EN FALDA



Semillero de
Derecho Penitenciario



LISTA DE ABREVIATURAS

Abreviatura	Significado
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
Carta OEA	Carta de la Organización de Estados Americanos
COMITÉ DESC	Comité Derechos Económicos Sociales Y Culturales ONU
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
HCOIDH	Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos
DADH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
CIJ	Corte Internacional de Justicia
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SELIDH	Semillero de litigio ante sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos (Universidad de Antioquia)

CONTENIDO

1.	IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES	5
2.	INTRODUCCIÓN	6
3.	CUESTIONES PRELIMINARES	8
3.1.	PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA ESTRUCTURALIDAD E INTERSECCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN	8
3.1.1.	Generalidades	8
3.1.2.	Discriminación estructural	12
3.1.3.	Discriminación interseccional	14
3.2.	CONTEXTO POLÍTICO Y SOCIAL: LA CÁRCEL COMO CENTRO PARA CRIMINALIZAR LA POBREZA	18
3.3.	LAS CONDICIONES ACTUALES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD SE REPORTAN COMO ACTOS DE TORTURA	26
3.3.1.	El Derecho a la Integridad Personal, su alcance y características	26
3.3.2.	Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	28
4.	GENERALIDADES SOBRE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD	34
4.1.	Alcance del concepto de privación de la libertad	35
4.2.	Pilares de la protección de las personas privadas de la libertad	36
4.3.	Estándares mínimos internacionales de protección de las personas privadas de libertad	40
4.4.	La posición de garante del estado frente a las personas privadas de libertad	43
4.5.	Síntesis de las obligaciones específicas en materia de privación de libertad	46
5.	ANÁLISIS DE LOS GRUPOS POBLACIONALES EN ESPECIAL SITUACIÓN DE RIESGO	49
5.1.	MUJERES EMBARAZADAS, POSPARTO Y LACTANTES	49
5.1.1.	Contexto de discriminación estructural	49
5.1.2.	Vulnerabilidad de las mujeres privadas de la libertad y estándares internacionales de protección	52
5.1.3.	Conclusiones sobre las preguntas formuladas	65
5.2.	NIÑAS Y NIÑOS QUE VIVEN CON SUS MADRES EN PRISIÓN	67
5.2.1.	Contexto de discriminación estructural y estándares de protección	67
5.2.2.	Vulnerabilidades particulares de las niñas y niños que viven con sus madres en prisión	69

5.2.3.	Conclusiones ante las preguntas formuladas	77
5.3.	PERSONAS LGBTI+	78
5.3.1.	Contexto de discriminación estructural	78
5.3.2.	Estándares en materia de protección de las personas LGBTI+	83
5.3.3.	Vulnerabilidad de las personas LGBTI+ en contextos de privación de libertad	85
5.3.4.	Conclusiones ante las preguntas formuladas	88
5.4.	PERSONAS MAYORES	91
5.4.1.	Contexto de discriminación estructural	91
5.4.2.	Estándares de protección de las personas mayores	93
5.4.3.	Vulnerabilidades de las personas mayores en contextos de privación de libertad	96
5.4.4.	Conclusiones ante las preguntas formuladas	97
5.5.	PERSONAS INDÍGENAS	98
5.5.1.	El contexto de discriminación estructural y la protección especial de las comunidades indígenas	99
5.5.2.	Vulnerabilidad de las personas indígenas privadas de la libertad	101
5.5.3.	Conclusiones ante las preguntas formuladas	117
5.5.4.	Recomendaciones generales	131
5.6.	PERSONAS HABITANTES DE CALLE	132
5.6.1.	Contexto de discriminación estructural	133
5.6.2.	Vulnerabilidad de las personas habitantes de calle y estándares de protección	136
5.6.3.	Conclusiones	145
6.	CONCLUSIONES RESPECTO A LAS PREGUNTAS GENERALES FORMULADAS POR LA CIDH	145

1. IDENTIFICACIÓN DE LOS INTERVINIENTES

El presente escrito en calidad de *amicus curiae* es fruto de las investigaciones realizadas de manera colectiva entre organizaciones académicas y organizaciones de la sociedad civil, puntualmente, entre el Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos –SELIDH–, el Semillero de Derecho Penitenciario y el Semillero de Discusiones Constitucionales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en asocio con la Corporación Everyday House y el Colectivo Feminista Bolívar en Falda. El trabajo fue coordinado por el docente Alejandro Gómez Restrepo y la investigadora Alejandra Zapata López del Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos –SELIDH– de la Universidad de Antioquia, quienes además ejercieron como compiladores y editores.

De esta manera Alejandro Gómez Restrepo, Alejandra Zapata López, Sebastián Alarcón Ruiz, Nathalie Zaray Martínez Jaimes, Nelcy Pantoja Quiscualtud, Adrián Zarate Condori, Leidy Garzón Montoya, Manuel Darío Cardona, Patricia Del Pilar González Callejas y Valentina Ortiz Aguirre integrantes del Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos –SELIDH– de la Universidad de Antioquia, Diana Sofía Zuluaga vivas y María José Palacio Osorio, integrantes del Semillero de Discusiones Constitucionales de la Universidad de Antioquia, Valentina Cardona Betancur, integrante del Semillero de Derecho Penitenciario de la Universidad de Antioquia, Pablo Andrey Rincón Rojas y Andrés Felipe Arismendi Holguín integrantes de la Corporación Everyday House, y Nathalia Rodríguez Cabrera y Sara Méndez Niebles integrantes del colectivo feminista Bolívar en Falda, se sirven presentar esta intervención (de conformidad con los artículos 28 y 73 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ante la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la solicitud de Opinión Consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativa al alcance de las obligaciones de los Estados, bajo el sistema interamericano, sobre las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad, con el fin de enfrentar la situación de desigualdad real de grupos en situación de especial riesgo. Particularmente, de mujeres embarazadas, en periodo de posparto y lactantes; personas LBGT; personas indígenas; personas mayores; y niños y niñas que viven con sus madres en prisión.

2. INTRODUCCIÓN

Este texto en calidad de *amicus curiae* tiene como finalidad presentar observaciones a las preguntas formuladas por la CIDH en la Solicitud de Opinión Consultiva presentada el 25 de noviembre de 2019 donde solicita la interpretación conjunta de varias normas interamericanas en relación con las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de libertad, con la finalidad de enfrentar la situación de desigualdad real de grupos en situación especial de riesgo. De esta manera se abordarán los elementos que son solicitados para su interpretación siguiendo la línea argumentativa de la solicitud presentada por la CIDH.

Resulta primordial señalar que la presente Opinión Consultiva tendrá un gran impacto regional, toda vez que dilucidará las obligaciones específicas que tienen los Estados respecto de grupos que han sido históricamente marginados y desprotegidos al momento de ser privados de la libertad, circunstancia que agrava su situación de vulneración. En este sentido, no solo delimitarán las obligaciones internacionales en materia de personas privadas de la libertad, en términos generales, lo cual fortalece los estándares en la materia, sino que también ahondará en la intersección de vulnerabilidades que experimentan estos grupos al ser privados de la libertad, lo cual, a la luz de principio de no discriminación, implica la necesidad de adoptar acciones específicas y diferenciadas en aras del respeto y la garantía de sus derechos humanos.

Por lo anterior, se propone a la HCOIDH abordar la presente Opinión Consultiva bajo el enfoque que otorga la interseccionalidad de una manera transversal, pues así se podrá tener una mayor profundidad en el análisis, siendo esta la primera consideración preliminar que aborda el escrito. Lo anterior, en tanto este lente permite identificar la privación de libertad como un factor de vulnerabilidad y discriminación que se intersecciona con las condiciones de vulnerabilidad y discriminación que padecen de manera global los grupos poblacionales de mujeres, niñas y niños que viven con sus madres en prisión, personas LGBTI+, personas mayores, personas indígenas y personas habitantes de calle. De allí que pueda comprenderse cómo la situación de vulneración de estos grupos sociales oprimidos es agravada al momento de ser privados de la libertad.

Lo anterior conduce a la identificación de dos elementos: el contexto de discriminación que experimentan estos grupos poblacionales y los efectos desproporcionados que padecen una vez son privados de la libertad. La primera se propone ser comprendida como discriminación estructural y la segunda como discriminación indirecta, las cuales se interseccionan. De esta forma, la presente intervención tomará como punto de partida la importancia del reconocimiento de la *discriminación estructural* en la que se encuentran estos grupos poblacionales y la *discriminación interseccional* que se origina al ser privados de la libertad.

Ahora bien, se toma como segunda premisa inicial entender cómo en el contexto latinoamericano se presenta un conjunto de elementos de vulneración en los sistemas penitenciarios y carcelarios que permiten afirmar el fenómeno de la criminalización de la pobreza como consecuencia de la adopción de un modelo de Estado securitario donde al buscarse únicamente la seguridad, las cárceles se constituyen en meros centros de administración de cuerpos, abandonándose todo ideal rehabilitador y trayendo como consecuencia la vulneración masiva de derechos humanos. Ante este escenario, es imprescindible que la HCOIDH reconozca ello y procure establecer mecanismos para su transformación para lo cual el fortalecimiento de las obligaciones específicas de los Estado en materia de privación de libertad con enfoque diferencial resulta trascendental.

Sumado a lo anterior, el texto presenta una tercera tesis consistente en entender la situación de vulneración masiva que experimentan estas poblaciones al interior de los centros de privación de libertad como un verdadero panorama de tortura. Ello al poderse advertir cómo cada uno de los elementos de esta figura jurídica se ven materializados, pues existen fuertes sufrimientos con alto grado de intensidad causados por el accionar estatal con la finalidad de castigar a las personas privadas de la libertad. El reconocimiento de este escenario de tortura implica para los Estados una mayor coercibilidad en la transformación de sus prácticas y centro de privación de libertad, toda vez que de esta manera se está en la órbita del *ius cogens*.

Las anteriores tres tesis, discriminación estructural e interseccional, criminalización de la pobreza y tortura serán establecidas como cuestiones preliminares que se solicita sean tenidas en cuenta de manera transversal. En adición, una vez establecidas las cuestiones preliminares, siguiendo la solicitud que presenta la CIDH, en el presente escrito se aborda de manera consecencial el análisis particular de la situación de discriminación estructural e

interseccional en la que se encuentran los grupos poblacionales de mujeres embarazadas, posparto y lactantes, las niñas y niños que viven con sus madres en prisión, las personas LGBTI+, las personas mayores, las personas indígenas y, como elemento novedoso, las personas habitantes de calle. Se propone la inclusión de este último grupo poblacional bajo la comprensión de su particular situación de vulnerabilidad que además es sumamente invisibilizado en la región, al punto que incluso la CIDH omite siquiera mencionarlo en la Solicitud elevada ante la COIDH y que se conecta directamente con el fenómeno de la criminalización de la pobreza. De esta forma, una vez comprendida la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra cada grupo poblacional se presentarán conclusiones relativas a cada una de las preguntas que formuló la CIDH respecto de cada grupo poblacional en cada apartado respectivo y al final del documento se plantearán, a modo de conclusiones generales, respuesta a las preguntas generales formuladas por la CIDH.

3. CUESTIONES PRELIMINARES

3.1. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN Y LA ESTRUCTURALIDAD E INTERSECCIONALIDAD DE LA DISCRIMINACIÓN

En el presente apartado se presentará la primera tesis transversal consistente en la comprensión de la interseccionalidad que se produce entre los factores de vulnerabilidad derivados del contexto de discriminación estructural en la que se encuentran los grupos poblacionales que son objeto de estudio de esta Opinión consultiva y las vulnerabilidades que padecen una vez son privados de la libertad. Para ello, primero, se abordarán generalidades del principio de no discriminación a partir del desarrollo que ha tenido en el ámbito de la jurisprudencia de la HCOIDH, segundo, se abordará el concepto de discriminación estructural y, tercero, se abordará el de discriminación interseccional.

3.1.1. Generalidades

El artículo 1.1 de la Convención Americana establece los deberes de *respeto* y *garantía* frente a todos los derechos protegidos por la misma. La obligación de *respeto* es de carácter *negativo* e implica para el Estado el “*abstenerse de inferir con el ejercicio de tales derechos*”¹. El deber de *garantía*, a su vez, es una obligación de carácter *positivo* e implica

¹ Ledesma, 2004. p.77.

que se deben adoptar las medidas necesarias para que sea razonable asegurar el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención e imposibilitar la injerencia de terceros².

La HCOIDH ha establecido que, para cumplir con la CADH, se debe direccionar todo el aparato estatal con el objetivo de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los DDHH, esto implica *prevenir* razonablemente las vulneraciones, *investigarlas* seriamente con los medios a su alcance para identificar a los responsables, *sancionarlos* aplicando penas y proporcionar el *restablecimiento* del derecho afectado y la *reparación* de los daños generados por tal afectación³. En este sentido, las obligaciones generales deben efectuarse, según lo expresa la literalidad del artículo 1.1, “sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁴

Según la HCOIDH en su *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno, por tanto, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas que ostenten la misma lógica. Además, la Corte señaló que este principio “impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos”.⁵

En este punto debe efectuarse una claridad: mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la CADH, el artículo 24 de dicho instrumento protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, el artículo 24 de la CADH prohíbe la discriminación de *jure* o de *facto*, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Por ello, si un Estado

² Ledesma, 2004. p.78.

³ Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Serie C No. 04. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 166 (29 de julio de 1988).

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1,1. 22 de noviembre de 1969.

⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Párrafo 100 (17 de septiembre de 2003).

discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la CADH.⁶

Ahora bien, el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 24 convencional, según la HCOIDH en el emblemático caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile* de 2012, se desprende de la “dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación”⁷ Además, debe tomarse de base que este principio hoy se reputa como norma de *ius cogens*⁸, tal y como ha sido afirmado por la Corte en múltiples sentencias, por ejemplo en el de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* de 2010.⁹

Sumado a lo anterior, en esta última sentencia la Corte indicó 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*”,¹⁰ lo cual implica “el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”¹¹. Además, en la sentencia *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* de 2014 refirió que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación

⁶ *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Serie C No. 239. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 82 (24 de febrero de 2012).

⁷ *Ibidem*. Párrafo 79.

⁸ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Párrafo 101 (17 de septiembre de 2003).

⁹ *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Serie C No. 214. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 269 (24 de agosto de 2010).

¹⁰ *Ibidem*. Párrafo 103.

¹¹ *Ibid.* Párrafos 104 y 271; *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Serie C No. 239. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 80 (24 de febrero de 2012); U.N. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Observación General #18 relativa al principio de No Discriminación*. CCPR. Párrafo 6 (10 de noviembre de 1989).

objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.”¹²

Asimismo, el Alto Tribunal en el caso *Furlan y familiares vs Argentina* de 2011 consideró que “el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones; una *concepción negativa* relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una *concepción positiva* relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados.”¹³

Ampliando esta noción, la HCOIDH en su Opinión Consultiva *OC-24/17 sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo* reiteró que los Estados “están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.¹⁴ Es precisamente en deriva de esta dimensión positiva del principio de no discriminación que se erige la necesidad de adoptar enfoque diferencial en el tratamiento de la privación de libertad de los grupos en situación especial de riesgo.

Asimismo, en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo 1.1 de la Convención que aluden a: *i)* rasgos permanentes de las personas de los cuales éstas no pueden prescindir sin perder su identidad, *ii)* grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados y *iii)* criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales, la Corte se encuentra ante un indicio de que el Estado ha obrado con arbitrariedad.”¹⁵ Además, “los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1

¹² Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Serie C No. 279. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 200 (29 de mayo de 2014).

¹³ *Furlan y familiares vs. Argentina*. Serie C No. 246. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 267 (31 de agosto de 2012).

¹⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24/17 sobre la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Párrafo 65 (24 de noviembre de 2017).

¹⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24/17 sobre la identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Párrafo 66 (24 de noviembre de 2017).

de la Convención Americana, no constituyen un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. De este modo, la Corte estima que la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas, pero que tengan una entidad asimilable”, como lo son la orientación sexual y la identidad de género¹⁶.

Finalmente, la discriminación se relaciona con toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tengan por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹⁷

3.1.2. Discriminación estructural

La Corte ha abordado este concepto específicamente en la sentencia *Hacienda Brasil Verde vs Brasil* de 2016 en la que hizo alusión a que 85 trabajadores sufrieron una discriminación estructural en razón de su pobreza contemplado en la cláusula “condición económica” (o posición económica) dentro del principio de no discriminación.¹⁸ Al respecto, el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado de esta sentencia efectuó un rastreo normativo internacional y una delimitación de este concepto. El magistrado citó al Comité DESC en su *Observación General #20*, el cual ha constatado que “la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está frecuentemente arraigada al comportamiento y a la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica (e histórica en algunos casos), puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos sociales y privilegios para otros”.¹⁹ Por ello, “resulta de vital importancia que los Estados consideren la existencia de estas

¹⁶ *Ibíd.* Párrafo 67.

¹⁷ *González Lluy y otros vs. Ecuador*. Serie No. 298. Inter-Am. C.O.H.R. Parágrafos 253 (1 de septiembre de 2015); *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Serie C No. 239. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 81 (24 de febrero de 2012); U.N. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Observación General #18 relativa al principio de No Discriminación*. CCPR. Párrafo 6 (10 de noviembre de 1989).

¹⁸ *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Serie C No. 318. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 44 (20 de octubre de 2016).

¹⁹ *Ibíd.* Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Párrafo 19.

situaciones sistémicas de discriminación; ya que no todas las violaciones de derechos humanos se presentan como hechos aislados, sino que en ocasiones éstas responden a contextos específicos e institucionales de negación de derechos humanos”²⁰.

Así, el magistrado identificó que la Corte ha declarado la existencia de contextos de discriminación que no se efectúan a partir de un ejercicio directo de esta sino de la existencia de una **discriminación indirecta**. Esto lo ha desarrollado poblacionalmente respecto a las mujeres, las poblaciones indígenas, las personas LGBTI+ y los migrantes, específicamente en los casos *Campo Algodonero vs México* de 2009, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* de 2010, *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, de 2012 y *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, de 2012. En estos casos, “la Corte IDH ha evaluado el impacto que tiene la discriminación indirecta en contextos de discriminación *de facto*. De esta forma, la discriminación indirecta (o resultado) se configura cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, pero el resultado de su contenido o aplicación constituyen un impacto desproporcionado en personas o grupos de personas en situación de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja; sin que exista una justificación objetiva y razonable, que se materializa con la existencia de factores estructurales y contextuales que deben ser analizados caso por caso”.²¹

Así las cosas, “el principio de igualdad entendido como prohibición de discriminación es una concepción limitada para algunas situaciones que se basan en discriminaciones indirectas que tienen su fundamento en circunstancias *de facto*; de esta manera resulta necesario entender la no discriminación a la luz de una situación de desventaja que presentan algunos grupos y por lo tanto los pueden someter a condiciones históricas de discriminación, que en ocasiones se encuentran avaladas por la sociedad. Los elementos estructurales y contextuales que se producen por la discriminación indirecta o de hecho, permiten determinar si a la luz del artículo 1.1 de la Convención Americana un grupo determinado de personas está frente a una situación de discriminación estructural”.²²

²⁰ *Ibíd.* Párrafo 56.

²¹ *Ibíd.* Párrafo 78.

²² *Ibíd.* Párrafo 79.

De esta forma, a partir en los casos estudiados, el profesor Ferrer Mac-Gregor concluyó que los elementos para abordar una discriminación como estructural son los siguientes: primero, un grupo o grupos de personas que tienen características inmutables o inmodificables por la propia voluntad de la persona o bien que están relacionados a factores históricos de prácticas discriminatorias; segundo, que estos grupos se hayan encontrado en una situación sistemática e histórica de exclusión, marginación o subordinación que les impiden acceder a condiciones básicas de desarrollo humano; tercero, que la situación de exclusión, marginación o subordinación se centra en una zona geográfica determinada o bien puede ser generalizada en todo el territorio de un Estado, la cual en algunos casos puede ser intergeneracional, y, cuarto, que las personas pertenecientes a estos grupos sean víctimas de discriminación indirecta o de discriminación *de facto*, por las actuaciones o por la aplicación de medidas o acciones estatales.²³

Tal y como se abordará en cada uno de los acápites respectivos, cada uno de los grupos poblaciones bajo estudio se encuentran en contextos de discriminación estructural en latinoamerica, en tanto cumplen con cada uno de estos elementos delimitados jurisprudencialmente.

3.1.3. Discriminación interseccional

Respecto a la discriminación interseccional debe tenerse presente que la génesis del concepto se encuentra en el pensamiento filosófico, jurídico y sociológico afrofeminista. Como tal, el enfoque interseccional nació en la tercera ola del movimiento feminista teniendo como objetivo principal resistir a la opresión y las ideas que la justifican²⁴. Surgió a partir de la experiencia de las mujeres afrodescendientes en quienes reposa la intersección de las condiciones de raza y sexo, e incluso usualmente de clase, por lo que se enfoca en buscar el desmantelamiento de todos los sistemas de opresión para alcanzar la igualdad material de derechos para las mujeres negras, partiendo del hecho de que, para las exponentes del movimiento, la lucha de las mujeres negras es una lucha amplia por la dignidad humana de todas las personas²⁵.

²³ *Ibíd.* Párrafo 80.

²⁴ Patricia Hill Collins. Rasgos distintivos del pensamiento feminista negro, *Feminismos Negros*, Una Antología. Página 313 (2012).

²⁵ *Ibíd.*

Kimberlé Crenshaw, jurista y activista dentro del feminismo negro, propuso en 1989 el enfoque interseccional como una herramienta que posibilita el estudio de la opresión y la discriminación desde una perspectiva institucional. Su planteamiento radica en estudiar cómo las diferentes categorías de discriminación (raza, clase, género, discapacidad, entre otras) inciden en la vida de una persona de manera simultánea, configurando una circunstancia de exclusión compleja y particular. La autora, al estudiar la jurisprudencia norteamericana identificó que la forma en la cual se regulaba la discriminación era limitada, pues su comprensión respecto a la misma estaba basada en una característica a la vez, es decir, únicamente en virtud del género, la raza o la nacionalidad (entre otras), por lo cual no se concebía la posibilidad de que la discriminación se desarrollara en virtud del entrecruce de dos o más de estos elementos al mismo tiempo²⁶.

Por esto, para Crenshaw los elementos esenciales del enfoque interseccional son tres: primero, las características de discriminación deben ser evaluadas de manera simultánea; segundo, los diferentes movimientos sociales deben trabajar articuladamente para evitar entrar en contradicción y facilitar el tratamiento institucional que se le da a la discriminación, y tercero, estos movimientos deben liderarse de abajo hacia arriba. Para entender esta última consideración, la autora norteamericana señala que los movimientos sociales se han caracterizado por identificar como sus sujetos políticos a las personas más privilegiadas dentro de los mismos, o sea, quienes se podrían encontrar en un situación de mayor privilegio de no ser por una característica específica de discriminación que recae sobre los mismos (tales como las mujeres blancas adineradas en el movimiento feminista o los hombres negros en el movimiento anti racista). Las demandas de estos últimos se convierten en las demandas de los movimientos, estructurándolos de arriba hacia abajo dejando por fuera las necesidades de quienes se encuentran en situaciones más vulnerables en la construcción de sus agendas²⁷, de allí la necesidad de invertirse esta lógica. Así, desde el enfoque interseccional, los más afectados (dado el entrecruce de varios factores de discriminación) deben ser escuchados y

²⁶ Kimberle Crenshaw. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum, 1989. At. 139.

²⁷ *Ibíd.*

atendidos de manera prioritaria. Esto, toda vez que permite crear herramientas de protección más amplias que cubran a una mayor parte de la población.

Así las cosas, el enfoque interseccional pone el énfasis en las diferentes condiciones sociales que pueden afectar a una persona de manera simultánea, configurando un tipo de discriminación particular que debe ser objeto de observación por parte, en este caso, de los Altos Tribunales y organismos de protección de derechos humanos.

Ahora bien, desde el ámbito del SIDH, el enfoque interseccional fue abordado por primera vez por la Corte Interamericana en la sentencia *González Lluy y otros vs Ecuador* de 2015 donde se afirmó expresamente que “la Corte nota que en el caso Talía confluyeron en forma *interseccional* múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona viviendo con VIH. La discriminación que vivió Talía no sólo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una *forma específica* de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente.”²⁸

La discriminación interseccional, tal y como lo expresa el juez Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado de dicha sentencia, no es análoga a la discriminación múltiple asociada al carácter compuesto en las causas de la discriminación, toda vez que “no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación”²⁹, es decir, “múltiples bases o factores interactuando para crear un riesgo o una carga de discriminación única o distinta”. Así, en el caso concreto de Talía, “la intersección de los factores en una discriminación con características específicas constituyó una discriminación múltiple que, a su vez, constituyó una discriminación interseccional. Sin embargo, no toda discriminación múltiple, necesariamente, está asociada a interseccionalidad”³⁰.

Para una situación de discriminación como “múltiple” es necesario que existan *varios factores* que motivan dicha discriminación, es decir, lo múltiple alude al carácter compuesto

²⁸ González Lluy y otros vs. Ecuador. Serie No. 298. Inter-Am. C.O.H.R. Párrafo 290 (1 de septiembre de 2015).

²⁹ *Ibidem*. Voto Concurrente juez Ferrer Mac-Gregor. Párrafo 10.

³⁰ *Ibidem*. Párrafo 11.

de las causas de discriminación. Un aspecto diferente lo constituye determinar la forma como, en algunos casos, *interactúan* esas causas entre sí, lo cual implica valorar si se proyectan en forma separada o en forma simultánea, circunstancia que permite hablar de interseccionalidad. Por esta razón, “la interseccionalidad de la discriminación no sólo describe una discriminación basada en diferentes motivos, sino que evoca un encuentro o concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación. Es decir, que en un mismo evento se produce una discriminación debido a la concurrencia de dos o más motivos prohibidos. Esa discriminación puede tener un efecto sinérgico, que supere la suma simple de varias formas de discriminación, o puede activar una forma específica de discriminación que sólo opera cuando se combinan varios motivos de discriminación”³¹.

Dado lo anterior, la interseccionalidad se compone de dos elementos: por un lado, los factores que motivan la práctica discriminatoria son analíticamente inseparables pues la experiencia de la discriminación no puede ser desagregada en diferentes bases. Por otro lado, “la interseccionalidad es asociada con una experiencia cualitativa diferente, creando consecuencias para esos afectados en formas que son diferentes por las consecuencias sufridas por aquellos que son sujetos de solo una forma de discriminación”³².

Así las cosas, la experiencia de la interseccionalidad se basa en un daño distinto y único, diferente a las discriminaciones valoradas por separado. “Ninguna de las discriminaciones valoradas en forma aislada explicaría la particularidad y especificidad del daño sufrido en la experiencia interseccional”.³³ En este sentido, la importancia de este enfoque radica en el hecho de que permite visibilizar las particularidades de la discriminación que sufren grupos que históricamente han sido discriminados por más de uno de los motivos prohibidos establecidos en varios tratados de derechos humanos.

Posterior a este caso hito de *González Lluy y otros vs. Ecuador*, esta Honorable Corte reiteró los elementos de la discriminación interseccionalidad y lo usó como marco interpretativo en el caso *V.R.P. y V.P.C. vs. Nicaragua* para analizar “la obligación que tiene un Estado cuando las investigaciones y proceso penal se dan en el marco de un caso de violación sexual

³¹ *Ibíd.* Párrafo 10.

³² *Ibíd.* Párrafo 11.

³³ *Ibíd.* Párrafo 12.

cometida en contra de una niña”, por ello se adoptó dicho enfoque para tener en cuenta la condición de género y edad de la niña que sufrió la violencia sexual analizada en dicho caso concreto. Asimismo, en el caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala* la Corte nuevamente utilizó el estándar de discriminación interseccional para analizar el caso concreto de mujeres embarazadas infectadas de VIH. Recientemente, la Corte nuevamente incorporó este estándar en el caso *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. Resulta relevante señalar que en este último caso la Corte utilizó tanto el análisis de la discriminación estructural como el de la discriminación interseccional para comprender las vulneraciones del caso concreto, lo cual deberá ser también aplicado en la presente OC-29 para comprender la discriminación estructural en la que se encuentran los grupos poblacionales estudiados y la discriminación interseccional que se experimenta una vez dichos grupos son privados de la libertad.

De esta forma, los grupos poblacionales en especial situación de riesgo, específicamente, las mujeres, las niñas y niños, las personas LGBTI+, las personas mayores, las personas indígenas y las personas habitantes de calle, se encuentran en condiciones de discriminación estructural, un tipo de discriminación indirecta *de facto*, que se intersecciona con la situación de discriminación indirecta que sufren estos grupos cuando son privados de la libertad, pues en razón a la falta de adopción de medidas específicas de protección la privación de libertad en ellos deriva circunstancias de vulneración específicas y diferenciadas que resultan desproporcionados.

3.2. CONTEXTO POLÍTICO Y SOCIAL: LA CÁRCEL COMO CENTRO PARA CRIMINALIZAR LA POBREZA

Dentro de la estructura social y cultural contemporánea, caracterizada por la globalización de la economía, los mercados y los medios de comunicación, surgen nuevos paradigmas políticos y hermenéuticos para preservar las estructuras propias del Estado-nación moderno, que debe adaptarse a estos cambios. Es así como conceptualizaciones tradicionales como soberanía, Estado y ciudadano, adquieren nuevas significantes e imaginarios³⁴ que determinan la utilidad de cada uno en un sistema macro de gobernanza³⁵. América Latina no

³⁴ María Teresa Uribe, Las palabras de la guerra, En Estudio Políticos No. 25, Julio-diciembre 2004, At. 11.

³⁵ Adriana Ruíz, Et al. Reintegración y resocialización en Colombia. Vulnerabilidad y prevención del delito. Colección Investigaciones en Derecho UPB. (2019)

es ajena a este fenómeno, y si bien, por sus características históricas particulares, esta transformación conceptual de categorías sociopolíticas de relacionamiento presenta especificidades diferenciadas, acoge con gran facilidad los mecanismos prácticos y las herramientas de control que surgen de este proceso.

Una de esas categorías que se resignifica de forma sustancial y genera nuevas formas de relacionamiento social es el Estado, es decir que un nuevo paradigma se construye a partir del Estado como poder soberano (categoría que también se resignifica, “perdiendo” ciertos atributos), esto es el Estado penal o securitario “que se ejerce a través de la difusión de prácticas penales disciplinarias y securitarias, mediante el etiquetamiento de ciertos individuos como peligrosos, mientras se les incapacita, punitivamente, bajo un discurso de seguridad”³⁶.

Este nuevo paradigma se caracteriza por el abandono de aquellos que caracterizaban el modelo Keynesiano, el Estado de bienestar y del Estado social y democrático de derecho, no obstante, este proceso no se refleja en un nivel formal o normativo, que perpetúa los discursos propios del Estado liberal moderno, sino que se materializa en el discurso de las clases dirigentes y los legisladores, así como en las prácticas relativas a la seguridad en su etapa de prevención y sanción³⁷. De esta manera, los mecanismos de seguridad, tanto en una etapa anterior como reactiva del delito, se estructuran a partir de características o lógicas, primero de cálculo o probabilidad, que por su aspecto “técnico”, reviste de lógica a los mismos y genera convencimiento dentro de los destinatarios, bien ciudadanos, bien sujetos del sistema penal. En segundo lugar, y reforzando la lógica del cálculo, estos mecanismos tienden a anular los fenómenos discursivamente, “una suerte de programación sutil e imperceptible de la población”³⁸, que se traduce en una lógica de medición de la percepción de seguridad, como categoría autónoma a los índices de seguridad, que se reducen a la medición de la comisión de delitos en términos estrictamente cuantitativos y porcentuales de reducción o aumento. Por último, estos mecanismos se presentan como necesarios, como una acción inevitable ante grupos de “desadaptados” y no como una imposición unilateral de un gobernante.

³⁶ Ibid., 144.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid., 146.

Siguiendo a Foucault, en la contemporaneidad se manifiestan dos tipos de sociedad, una disciplinaria, en la cual el individuo va “transitando” por una serie de instituciones sociales, al interior de las cuales se va moldeando su utilidad al conglomerado, hogar, escuela, fábrica y cárcel, como escenario arquetípico de disciplinamiento, frente a este paradigma social, se manifiesta uno nuevo, que se acompasa con el Estado securitario, la sociedad securitaria o de control³⁹, y que se caracteriza por la aprehensión en el *ethos* social de las lógicas de la seguridad como bien calculable y en las que el control es imperceptible, es decir que el individuo en la sociedad reclama por una mayor vigilancia y una medición de la seguridad en cifras cuantificables.

En este sentido el sistema económico-social y político, sobre la base de estos imaginarios, construye “parias urbanos” (en términos de Wacquant), de forma que cada individuo, es responsable de su desempeño en la sociedad. Cuyo control no se supe completamente con el régimen del encierro, y se desplaza, de forma que las herramientas de intervención sobre estas subjetividades “indeseadas” se transforma del disciplinamiento del encierro a la “programación” de las mismas mediante la vigilancia y el control en espacios abiertos, “*El control se superpone a la disciplina*”⁴⁰, de esta forma, el Estado securitario, que se materializa en el Estado penal se consolida como la forma más “sencilla” y “deseable” de atender estas demandas sociales de “endurecimiento”, “mano dura” y “tolerancia cero”.

Vemos entonces que al interior del Estado penal, coexisten los dispositivos del poder y las estrategias de las sociedades disciplinaria y securitaria, en esta línea, el riesgo se manifiesta como un cálculo probabilístico de situaciones específicas, cuya categorización permite identificar patrones de comportamiento en el delito, medición por zonas, índices, sectores poblacionales, puntos rojos o de tolerancia, que deben ser tenidos en cuenta a la hora de intervenir grupos poblacionales propensos a la comisión del mismo.

Esta lógica del riesgo se constituye entonces como inherente a la vida en comunidad, y pone de presente el “peligro social” como el principal, si no, único problema en un contexto de permanente amenaza. Ante esta problemática, se posicionan con fuerza discursos de miedo

³⁹ Deleuze, citado por Adriana Ruíz, Et al. Reintegración y resocialización en Colombia. Vulnerabilidad y prevención del delito. Colección Investigaciones en Derecho UPB. (2019)

⁴⁰ Lazzarato, citad por Adriana Ruíz, Et al. Reintegración y resocialización en Colombia. Vulnerabilidad y prevención del delito. Colección Investigaciones en Derecho UPB. 147. (2019)

y una lógica de control invisible sobre la cotidianidad, “sociedades líquidas” en términos de Bauman, cuya función se entiende como la oportuna detección y adecuada oposición, ya no al delito, si no al grupo o grupos poblacionales susceptibles a cometerlos, movilizándolo hacia ese fin los diferentes mecanismos de seguridad⁴¹, por lo cual es posible afirmar que la sociedad y el Estado, construyen a los “parias” y los clasifican como locos, delincuentes, enfermos o desviados.

No obstante, a diferencia de las sociedades de la modernidad, en las sociedades y Estados securitarios, estos mecanismos de seguridad se centran en el sujeto social, como parte de un grupo peligroso y no como individuo. Lo que traduce que sectores poblacionales con escaso o nulo ingreso económico, relegados a residir en zonas periféricas de los centros urbanos, pertenecientes a grupos étnicos históricamente discriminados o minorías sexuales, consumidores de sustancias psicoactivas, entre otros, sean vistos como un peligro latente, lo cual acentúa el modelo inequitativo de reparto de la riqueza, fortaleciendo una sociedad de clases⁴², normalizando así la existencia de segmentos sociales marginados o excluidos que deben ser objeto de control y vigilancia.

Se evidencia entonces la manifestación de un procedimiento concatenado, en el que el individuo social ve al otro como un riesgo para sí mismo y anhela, y de forma consecuente, avala, mecanismos securitarios expansivos de prevención y control hacia segmentos poblacionales marginados, y en últimas hacia la población en general. Bajo esta idea, la sociedad es vista como un conjunto de procesos, ya no de personas, que es necesario manejar (en el sentido de gerenciar), en sus componentes naturales, y ese manejo técnico se convierte en un capital político redituable. Y la persona detrás del individuo desviado, queda despojada de su dignidad, y se reduce a una vida sin valor, que se puede someter y anular, e incluso, de la cual se puede prescindir o nuda vida⁴³.

De esta forma se posibilita una respuesta institucional basada en la selectividad de los aparatos de control, particularmente en los procesos de criminalización, que dan cuenta de la

⁴¹ Foucault, citado por Adriana Ruíz, Et al. Reintegración y resocialización en Colombia. Vulnerabilidad y prevención del delito. Colección Investigaciones en Derecho UPB. (2019)

⁴² Beck, citado por Adriana Ruíz, Et al. Reintegración y resocialización en Colombia. Vulnerabilidad y prevención del delito. Colección Investigaciones en Derecho UPB. (2019)

⁴³ Adriana Ruíz, Et al. Reintegración y resocialización en Colombia. Vulnerabilidad y prevención del delito. Colección Investigaciones en Derecho UPB. 220. (2019)

manera como incide el Estado en la pobreza. Al respecto, Wacquant⁴⁴ plantea que el Estado, especialmente el neoliberal, influye en la marginalidad y la pobreza, mediante una serie de estrategias represivas que parten de un imaginario prejuicioso y representaciones falseadas de la inseguridad pública, las cuales se enfocan en atacar las incivildades, entendidas como determinaciones netamente individuales y subjetivas del desorden que atentan contra la “moral” o el “orden” públicos y que requiere de un aumento en el número de leyes, de condenas, con la consecuente estigmatización de determinados sectores poblacionales, manifestada en una constante vigilancia y acción policiaca que castiga de forma severa o “tolerancia cero”.

La primera de estas estrategias consiste en la socialización del desempleo y subempleo mediante políticas asistencialistas dirigidas a invisibilizar la diferencia de clases, se trata mayormente de proyectos de corte higienista, que pretenden “recuperar” o “embellecer” el paisaje urbano, poniendo bajo una manta lo amoral de una pobreza obscena, de una “pobreza extrema”. La segunda estriba en la medicalización de los pobres, de modo que, las poblaciones vulnerables de las urbes son consideradas y tratadas desde un imaginario como enfermos potenciales o activos, “susceptibles” al alcoholismo, drogadicción, depresión, enfermedades mentales, así como a enfermedades infecciosas, contagiosas o crónicas: SIDA, diabetes, virus, entre otras.

Finalmente, en la tercera vertiente del tratamiento contemporáneo a la pobreza se sitúa la penalización, definida como el proceso mediante el cual se “estandarizan” las conductas sociales, y se determinan las “adecuadas”, acompañado de promulgaciones legislativas que tipifican y criminalizan los hábitos de estos grupos poblacionales, económicamente desfavorecidos. En palabras del sociólogo francés,

“La penalización funciona como una técnica para la invisibilización de los problemas sociales que el Estado, como palanca burocrática de la voluntad colectiva, ya no puede o no quiere tratar desde sus causas, y la cárcel actúa como un contenedor judicial donde se arrojan los desechos humanos de la sociedad de mercado”⁴⁵

⁴⁴ Loïc Wacquant, Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, Ed. Gedisa (2010).

⁴⁵ Loïc Wacquant, Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, Ed. Gedisa, 203 (2010).

Si bien estas estrategias no son exclusivas del modelo de Estado neoliberal, sí toman una connotación diferente en un modelo que promueve la “responsabilidad individual” en la comisión de conductas “desviadas” y una sumisión al libre mercado, característica de lo que Hart y Negri describen como la “subsunción total de la sociedad bajo la lógica del capital”. En este sentido, en el contexto neoliberal, la desregulación del mercado laboral que despoja al ciudadano-trabajador de sus garantías y el concomitante encierro o aislamiento de los “parias urbanos”, como resultado de iniciativas políticas basadas en consensos contruidos, en torno a la inseguridad pública, hace del sistema penal un instrumento para contener la marginalidad, dirigido a perseguir y encerrar a quienes no tienen actividad económica lucrativa o cuya actividad es ilegal⁴⁶.

La nueva lógica securitaria se materializa, en consecuencia, en políticas de criminalización y marginación que funcionan bajo la lógica actuarial y tienen como fin la simple incapacitación punitiva. Como refiere De Giorgi⁴⁷, la nueva penología y el actuarialismo consiste en enjaular poblaciones enteras con una carga de riesgo que no se puede o no se pretende reducir, por lo tanto, la población a neutralizar mediante el encierro se justifica sobre la probabilidad de identificar a determinados sujetos como pertenecientes a clases peligrosas específicas que propenden a la desviación, constituyendo un riesgo al orden erigido.

Parte de este fenómeno atraviesa por una perspectiva moralista del tratamiento de la marginalidad, buscando convencer al ciudadano de clase media de que es susceptible en cualquier momento y lugar de ser víctima de los “desalmados”, en este punto es importante el manejo del lenguaje y de la información, para dar eco al mensaje de la inseguridad y anidararlo en el ethos colectivo y las conciencias individuales, mostrando que los delincuentes son perseguidos de forma implacable hasta ser asfixiados por una policía “honrada y todopoderosa” y es justamente esta interpretación maniquea y repetitiva de las sociedades contemporáneas donde se ubican a los “ciudadanos de bien” y a los “inescrupulosos” a los malos, contra los buenos (Estado, policía y ciudadanos delatores), reforzando prejuicios racistas y clasistas⁴⁸.

⁴⁶ Loïc Wacquant, Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, Ed. Gedisa (2010).

⁴⁷ Alessandro De Giorgi, El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud, Ed. Traficantes de sueños (2006).

⁴⁸ Loïc Wacquant, Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, Ed. Gedisa (2010).

La tendencia punitivista contra de la pobreza bajo la lógica securitaria, se fortalece desde los años ochenta y noventa para acompañar al aumento del trabajo desocializado

“ese vuelco de lo social hacia lo penal (...) traduce la puesta en vigencia de una política de criminalización de la miseria que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario y mal pago como obligación ciudadana, así como de la nueva configuración de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo que le es concomitante”⁴⁹

Se responsabiliza al “excesivo” asistencialismo estatal de fomentar la pobreza y la descomposición social, base de las violencias que aquejan a las urbes, por lo tanto, se da la espalda a las “políticas comunitarias”, lo que se resume en la “tolerancia cero”. Así, los organismos estatales implementan políticas penales ultra represivas, con participación alta del sector privado, legitimando la gestión policial y judicial contra la pobreza, “construyendo una nueva *doxa* punitiva”⁵⁰.

Lo anterior, como analiza Wacquant, trae una serie de consecuencias como la expansión vertical del sistema o la hiperinflación carcelaria; el incremento acelerado en la cantidad de personas en manos del poder judicial, identificando que “la autoridad del sistema penal se amplió considerablemente gracias a la proliferación de bancos de datos criminales y a la duplicación de los medios y puntos de control a distancia que éstos (sic) permiten”⁵¹; así mismo, el crecimiento desmesurado del sector penitenciario dentro de la administración pública, que implica el aumento del gasto en el sector penal con la consecuente disminución del presupuesto invertido en el sector social; el resurgimiento y prosperidad de la industria privada de la prisión; y finalmente, la *política de affirmative action carcelaria*, caracterizada por el ejercicio preferente de la política punitiva sobre las familias y los barrios desheredados, particularmente, sobre los enclaves negros de las ciudades en el caso estadounidense, lo cual “delata, ante todo, el carácter fundamentalmente discriminatorio de las prácticas policiales y

⁴⁹ Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, 1 ed. 2 reimp. 102 (2004).

⁵⁰ María Augusta Espín, *Reseña de " Las cárceles de la miseria"* de Flavia Freidenberg. *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 29, septiembre de 2007. At. 152.

⁵¹ Loïc Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Ed. Manantial, 1 ed. 2 reimp. 43 (2004).

judiciales llevadas adelante en el marco de la política de "ley y orden" de las dos últimas décadas"⁵².

El Estado, a partir de estereotipos fenotípicos y socioeconómicos, construye un mapeo de la inseguridad. Se inventan criminales y se constituyen territorios baldíos de la legalidad. "La invención de la inseguridad corresponde a la conexas invención de un mercado de la seguridad privada y pública, personal y colectiva"⁵³. Por lo tanto, resulta imperativo abrir el debate sobre el tratamiento institucional de la marginalidad en las sociedades y Estados securitarios, que propende por la criminalización de los grupos poblacionales más desfavorecidos.

Wacquant refiere que oponerse a la penalización de la precariedad requiere efectuar una triple batalla. En primer lugar, en el nivel discursivo, "es necesario someter la importación de seudoteorías elaboradas por comités de expertos en políticas públicas estadounidenses a un *control aduanero*"⁵⁴ que posea la forma de una crítica lógica y empírica rigurosa y frenar los desplazamientos semánticos que llevan a comprimir el espacio del debate y a hacer común el tratamiento policial y judicial de las tensiones relacionadas con el aumento de las desigualdades sociales.

De otra parte, en el campo de las políticas y posteriormente en el de las prácticas judiciales, es necesario oponerse a la reproducción de dispositivos que tienden a "ampliar" la red penal, y proponer una alternativa social, sanitaria o educativa, que dé cuenta cómo estas tratan el problema desde su raíz, contrario al acrecentamiento y agravio de los problemas que genera la vigilancia policial y el encarcelamiento.

Finalmente, teniendo en cuenta que el encarcelamiento, "además de afectar sobre todo a las capas sociales más desprovistas (desempleados, indígenas, extranjeros), es de por sí una formidable maquinaria para pauperizar"⁵⁵, resulta útil tener en cuenta las condiciones y los efectos devastadores de la detención, no solo en las personas privadas de la libertad, también en sus familias y contextos locales.

⁵² Ibid., 101.

⁵³ Bruno Lutz, Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social, Revista Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad, Vol XX, No. 57, Agosto de 2013. At. 177.

⁵⁴ Loïc Wacquant, La penalización de la pobreza y el surgimiento del neoliberalismo. Las dos caras de un gueto, Ed. Siglo XXI, 152 (2010).

⁵⁵ Ibid., 153.

3.3. LAS CONDICIONES ACTUALES DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD SE REPORTAN COMO ACTOS DE TORTURA

Los autores del presente texto sostienen que bajo las condiciones actuales descritas en el párrafo precedente puede observarse una masiva vulneración de derechos de las personas privadas de su libertad, especialmente de su integridad personal, de una forma tal que debe ser comprendida bajo el umbral de la figura jurídica de la tortura, más allá de nombrarlo como trato cruel, inhumano y degradante. Por ello, se procederá a revisar la conceptualización de estas figuras para concluir la necesidad de que la Corte adopte este lente teórico al momento de observar la privación de libertad.

3.3.1. El Derecho a la Integridad Personal, su alcance y características

El Derecho a la integridad personal está consagrado en diversos Instrumentos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), estos instrumentos reconocen que esta prerrogativa tiene una dimensión positiva (“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”⁵⁶), así como una negativa (“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”⁵⁷). La CADH, en particular, señala explícitamente que: “Toda persona privada de libertad será tratada con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

En su Observación General N° 20, sobre el alcance del artículo 7 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señaló que:

(...) la finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto (...) es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona. El Estado Parte tiene el deber de brindar a toda persona, mediante medidas legislativas y de otra índole, la protección necesaria contra los actos prohibidos por el artículo 7, sean infligidos por personas que actúen en el desempeño de sus funciones oficiales, al margen de dichas funciones o incluso a título privado.

⁵⁶ CADH art. 5. Pf. 1

⁵⁷ DUDH art. 5 y El PIDCP art 7.

La prohibición (...) se refiere no solamente a los actos que causan a la víctima dolor físico, sino también a los que causan sufrimiento moral. Es más, a juicio del Comité, la prohibición debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria. A este respecto, conviene subrayar que el artículo 7 protege, en particular, a los niños, a los alumnos y a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas⁵⁸.

En lo que respecta a la jurisprudencia internacional relativa al derecho a la integridad física, desde una perspectiva negativa, la misma se ha centrado en la prohibición de infligir tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes en relación con personas privadas de la libertad, debido a su situación de especial vulnerabilidad, ya que es principalmente en los centros de privación de la libertad donde se cometen este tipo de violaciones a derechos humanos, en este sentido, el Comité DDHH UN ha entendido que la prohibición enunciada en el art. 7 del PIDCP se complementa hermenéuticamente con las que emanan del párrafo 1 del artículo 10, según el cual “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”⁵⁹.

En la misma línea del Comité DDHH, la COIDH ha indicado que:

Toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos⁶⁰.

Desde esta perspectiva de derechos humanos se ha entendido que el derecho a no ser sometido a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes es uno de los derechos fundamentales de la persona humana, que forma parte del núcleo de la integridad personal y

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 2.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana), caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 87; caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995, párr. 60

está relacionado de forma directa con el concepto y la condición de dignidad humana⁶¹, por ello, de forma consecuyente, se encuentran consagrados dentro del núcleo duro de los DDHH, es decir aquellos sobre los cuales se prohíbe expresamente su suspensión en situaciones de emergencia⁶², de conformidad con lo dicho por el Comité DDHH⁶³, de igual manera, conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional, la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se consideran “crimen de lesa humanidad”⁶⁴ y “crimen de guerra” en conflictos armados de carácter no internacional⁶⁵.

3.3.2. Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Por contera a los mencionados instrumentos y estándares internacionales que reconocen el derecho a la integridad personal y lo llenan de alcance y significado, no existe una diferenciación clara entre actos que constituyen tortura y aquellos que se consideran tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁶⁶. Es así, que el Comité DDHH ha señalado que “las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado”⁶⁷.

De conformidad con el artículo 1 de la Convención contra la Tortura:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores

⁶¹ Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Volumen I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. Colombia. P136

⁶² PIDCP art. 4.1 y CADH el art 27.2

⁶³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 4.

⁶⁴ (art. 7.1.f)

⁶⁵ (art. 8.2.c) i

⁶⁶ Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Volumen I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. Colombia. P139.

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 4.

o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Debido a este vacío en los instrumentos internacionales, los Tribunales regionales de protección de DDHH y el Comité han señalado que la distinción de estas situaciones debe realizarse atendiendo a las características de cada caso, atendiendo al sufrimiento infligido subjetivamente de conformidad con las características de la víctima, en palabras de la COIDH:

La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta⁶⁸.

Al respecto, ha sido quizás la Corte Europea quien ha definido más estos términos al distinguir entre tres tipos de conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea:

- *Tortura: trato inhumano infligido intencionalmente, que causa un sufrimiento muy fuerte y cruel.*
- *Trato inhumano: la aplicación de un intenso sufrimiento físico y mental.*
- *Trato degradante: trato dirigido a crear en las víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, capaces de humillarlos, degradarlos, y, posiblemente, quebrantar su resistencia física y moral. indicó que las diferencias entre estos tres tipos de tratamiento son principalmente de grado⁶⁹.*

⁶⁸ Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, sentencia del 17 de septiembre de 1997, párr. 57

⁶⁹ Corte Europea, Ireland v. UK. Citado en Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Volumen I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. Colombia. P. 143.

Para este tribunal, la determinación de la gravedad es relativa y en todo caso depende de las circunstancias específicas, incluido el castigo en sí mismo, su método de ejecución, duración, así como sus efectos y, dependiendo el contexto y la situación, el sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, entre otros⁷⁰.

I) Tortura

De conformidad con el artículo 1.1 de la Convención contra la Tortura y el artículo 2 de la Convención Interamericana contra la Tortura, para que un acto sea considerado “tortura”, el mismo debe (i) realizarse de forma “intencional”, (ii) consistir en dolores, penas o sufrimientos físicos o mentales graves y (iii) que buscan disminuir la capacidad física o mental, aunque no causen dolor o angustia físicos, (iv) persiguiendo una finalidad⁷¹. De forma especial, la Convención Interamericana contra la Tortura señala que *“se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”*⁷².

Respecto a la legitimación por activa, si bien, a nivel Universal la Convención contra la Tortura indica que los actos deben ser realizados por “un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”, la Convención Interamericana contra la Tortura brinda un concepto más amplio indicando que incurren en esta violación a derechos los empleados o funcionarios públicos que en tal calidad “ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que pudiendo impedirlo, no lo hagan”⁷³ y “las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”⁷⁴. En este sentido es dado afirmar que un Estado puede ser declarado responsable internacionalmente cuando no

⁷⁰ Corte Europea, Ireland v. UK, judgement of 18 January 1978, Series A, No. 25.

⁷¹ Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Volumen I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. Colombia. P140

⁷² Convención Interamericana contra la Tortura art. 2

⁷³ Convención Interamericana contra la Tortura art. 3.a.

⁷⁴ Convención Interamericana contra la Tortura art. 3.b.

previene efectivamente la comisión de actos de tortura⁷⁵, no los investiga⁷⁶ u omite investigar y sancionar a los responsables⁷⁷.

En lo que respecta a la tortura psíquica y mora, la COIDH ha dicho que:

(...) la Corte Europea ha señalado recientemente que ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.

Merece destacarse que según las normas internacionales de protección, la tortura no solamente puede ser perpetrada mediante el ejercicio de la violencia física, sino también a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento físico, psíquico o moral agudo.

Tanto la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes como la Convención Interamericana sobre el mismo tema, se refieren a esa posibilidad. Por otra parte, al consagrar en términos positivos el derecho a la integridad personal, el último de esos dos instrumentos internacionales hace expresa referencia al respeto a la integridad psíquica y moral de la persona.

La jurisprudencia internacional ha ido desarrollando la noción de tortura psicológica. La Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que es suficiente el mero peligro de que vaya a cometerse alguna de las conductas prohibidas por el artículo 3 de la Convención Europea para que pueda considerarse infringida la mencionada disposición, aunque el riesgo de que se trata debe ser real e inmediato. En concordancia con ello, amenazar a alguien con torturarlo puede constituir, en determinadas circunstancias, por lo menos un “trato inhumano”. Ese mismo Tribunal ha estimado que debe tomarse en cuenta, a efectos de determinar si se ha violado el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no sólo

⁷⁵ Convención contra la Tortura art. 2.1.

⁷⁶ Convención contra la Tortura artículo 12.

⁷⁷ Convención contra la Tortura artículo art. 14.

el sufrimiento físico sino también la angustia moral. En el marco del examen de comunicaciones individuales, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha calificado la amenaza de hacer sufrir a una persona una grave lesión física como una “tortura psicológica”.

De lo anterior puede concluirse que se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura. Atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en que se produjeron los hechos, estima este Tribunal, sin lugar a duda razonable, que cuando menos parte de los actos de agresión examinados en esta causa pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas⁷⁸.

Coincidimos con este alto tribunal en la consideración de la especial vulnerabilidad a la que se ve expuesta la persona que es sometida a amenazas de tortura y la necesidad de prohibir todo acto tendiente a menoscabar la integridad psicológica, incluso con más fuerza que aquellos que causan un daño físico directo, pues los primeros son más susceptibles de suceder, por la falta de evidencia en el corto plazo de sus efectos sobre la víctima.

II) La violación sexual

Siguiendo esta línea, entendemos que la violencia sexual merece una especial mención en un contexto de establecimientos de privación de la libertad, y al igual que la CIDH⁷⁹ entendemos que la violación sexual constituye una forma de tortura, cuando en ella se constata la intencionalidad, la causación del daño excesivo a nivel físico y psicológico y es realizada por funcionarios públicos o con aquiescencia de los mismos.

En palabras de este organismo internacional:

La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aun quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de

⁷⁸ Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párrs. 99-104

⁷⁹ CIDH, Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México, Informe No. 53/01, caso 11.565, Informe Anual de la CIDH de 2000, OEA/ Ser./L/V/II.111, doc. 20, rev. del 16 abril de 2001.

*sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto*⁸⁰

Por lo anterior, entendemos que grupos históricamente discriminados como las mujeres y la comunidad LGBTI+ son quienes se ven expuestos en mayor medida a sufrir de violación sexual, por lo cual es menester de los Estados brindar una especial protección que de manera efectiva, garantice la integridad sexual al interior de los centros de privación de libertad, protección que debe contar con un enfoque de género, de conformidad con los estándares internacionales desarrollados en la materia.

III) Tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Es importante reiterar que no existe normativamente un estándar que permita diferenciar de manera clara la tortura de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No obstante, el Comité DDHH ha indicado que “las distinciones dependen de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado”⁸¹, a nivel regional, la COIDH, si bien no ha señalado de forma clara la diferencia, en su jurisprudencia sobre tratos crueles, inhumanos o degradantes, se ha centrado en aquellas: (i) referidas al tratamiento infligido a personas privadas de libertad y (ii) las que se dirigen a la desaparición forzada de personas⁸². Respecto a las primeras, la COIDH ha señalado que:

La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado que, aún en la ausencia de lesiones, los sufrimientos en el plano físico y moral, acompañados de turbaciones psíquicas durante los interrogatorios, pueden ser considerados como tratos inhumanos. El carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima (cf. Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January

⁸⁰ CIDH, Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe No. 5/96, caso 10.970, Informe Anual de la CIDH 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, doc. 7, rev. del 28 de febrero de 1996, pp. 199 y 200. Véase. CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 17 del 13 de octubre de 1998, Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas.

⁸¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 20, “La prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles”, párr. 4.

⁸² Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Volumen I. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Defensoría del Pueblo. Colombia. P. 150.

1978, Series A No. 25. párr. 167). Dicha situación es agravada por la vulnerabilidad de una persona ilegalmente detenida (cf. *Case Ribitsch v. Austria, Judgment of 4 December 1995, Series A no. 336, párr. 36*). Todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana (cf. *Ibíd., párr. 38*) en violación del artículo 5 de la Convención Americana. Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona⁸³.

Así mismo, la COIDH ha puesto especial atención en las medidas de aislamiento intramurales, en las que de manera prolongada se incomunica a la persona, en palabras del Alto Tribunal:

Desde sus primeras sentencias, esta Corte ha establecido que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano⁸⁴.

Por ello, consideramos que estas medidas dirigidas a aislar al individuo para así inocular a la persona, y que en términos prácticos son cárceles, dentro de las mismas cárceles, son medidas que constituyen actos de tortura que deben ser proscritos por los Estados. En este sentido, resulta fundamental que la HCOIDH interpreta la situación actual en la que se encuentran las personas privadas de la libertad en Latinoamérica bajo la figura jurídica de la tortura, lo que permitirá un reforzamiento de las obligaciones específicas de los Estados en la materia, bajo la coercibilidad que presenta la prohibición de la tortura como norma de *ius cogens*.

4. GENERALIDADES SOBRE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD

En este apartado se realizará una breve aproximación a los estándares internacionales en materia de privación de libertad bajo la siguiente estructura: primero, se abordan los pilares de protección internacional de las personas privadas de la libertad, segundo, se abordan las

⁸³ Corte Interamericana, caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57

⁸⁴ Corte Interamericana, caso Cantoral Benavides, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 83.

generalidades de los estándares en materia de su protección y, tercero, se enuncian las obligaciones específicas que deben ser adoptadas por los Estados en aras de su protección.

4.1. Alcance del concepto de privación de la libertad

Para realizar un abordaje en relación con las obligaciones estatales respecto de la población objeto de análisis en este apartado, se hace imprescindible establecer las precisiones conceptuales frente al alcance que posee el concepto de la privación de la libertad. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos subraya el alcance de este concepto en las disposiciones generales de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en el que señala que el concepto de “privación de libertad” abarca:

Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas⁸⁵.

En este sentido es preciso que la HCIDH considere una percepción amplia respecto de la privación de libertad dado que dicha condición puede efectuarse en distintos ámbitos; por lo tanto, las obligaciones de respeto y garantía a cargo de los Estados trascienden lo meramente penitenciario y carcelario. De lo anterior se deriva entonces que las obligaciones se extienden en su aplicabilidad a centros de detención o privación de la libertad tales como retenes

⁸⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 1/08 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

militares, instalaciones de la INTERPOL⁸⁶, centros clandestinos de detención, centros de migrantes etc.

4.2. Pilares de la protección de las personas privadas de la libertad

Existen diversos principios básicos que rigen la privación de libertad en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dentro de los cuales tiene especial relevancia: Trato humano, igualdad y no discriminación y debido proceso legal.

i) Trato Humano

La CIDH al referirse al principio de trato humano ha establecido el siguiente razonamiento:

*“Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con **irrestricto respeto a su dignidad inherente**, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.*

*En particular, y tomando en cuenta la **posición especial de garante** de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.”⁸⁷*

En este mismo sentido, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos Humanos en la Observación General N° 21 ha referido lo siguiente:

*“(…) una obligación positiva a favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad **no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o restricciones que no sean las que resulten de la privación de libertad; debe garantizarse el respeto de la***

⁸⁶ Véase por ejemplo: CIDH, Informe No. 64/99, Caso 11.778, Fondo, Ruth del Rosario Garcés Valladares, Ecuador, 13 de abril de 1999

⁸⁷ Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 131° período ordinario de sesiones.

dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”⁸⁸

Esta protección contra ataques a la integridad y la libertad personal debe ser comprendida en el marco de la institucionalización a la que se somete a la persona privada de la libertad, la cual es la que conduce a la posición de garante que tiene el Estado frente a estas personas y de lo cual emanan las obligaciones específicas mencionadas. La CIDH expresa ello de la siguiente forma:

“(…) el Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce en una "institución total", como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos.

La obligación que dimana de esta posición de garante implica entonces que los agentes del Estado no sólo deben abstenerse de realizar actos que puedan infligir lesiones a la vida e integridad física del detenido, sino que deben procurar, por todos los medios a su alcance, mantener a la persona detenida en el goce de sus derechos fundamentales”⁸⁹

ii) Igualdad y No Discriminación

⁸⁸ Observación General No. 21, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad, 44º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992).

⁸⁹ Informe especial sobre la situación de los derechos humanos en la cárcel de Challapalca, departamento de Tacna, República del Perú, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.118, 9 octubre 2003.

Según los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas*, el principio de igualdad y no discriminación constituye uno de los pilares fundamentales de las obligaciones de respeto y garantía que deben observar todos los Estados de la región en la materia, pues no admiten ninguna limitación o suspensión por el hecho de encontrarse una persona privada de su libertad y bajo custodia penitenciaria. En este sentido, este principio no pretende desconocer la existencia de situaciones de desigualdad real dadas por la relación de sujeción entre las/los reclusos y las autoridades administrativas y penitenciarias, sino que por el contrario, exige una ponderación de los hechos sobre los cuales recae una solución jurídica adecuada para ajustar dicha situación de forma equitativa y razonable⁹⁰ con consideración de los factores diversos que entraña la privación de la libertad, incluyendo un trato diferenciado que responda a las necesidades puntuales de los grupos especialmente vulnerables.

Al respecto, la CIDH a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad ha establecido:

“Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad”.

Asimismo, ha sustentado la CIDH que el respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad no encuentra conflicto con los fines de la seguridad ciudadana, sino que por el contrario se traduce en un elemento fundamental para su realización⁹¹. Dicho postulado fue consagrado en su *s:Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*:

⁹⁰ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-023/03, 2003. p. 45.

⁹¹ CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011. p. 10.

“La situación que actualmente puede verificarse en la mayoría de los establecimientos carcelarios de la región, opera como un factor de reproducción permanente de la situación de violencia que enfrentan las sociedades del hemisferio. A juicio de la Comisión, las políticas públicas sobre seguridad ciudadana que implementen los Estados de la región deben contemplar, de manera prioritaria, acciones de prevención de la violencia y el delito en las tres dimensiones clásicamente reconocidas: (1) prevención primaria, referida a aquellas medidas dirigidas a toda la población, que tienen que ver con los programas de salud pública, educación, empleo, y formación para el respeto a los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; (2) prevención secundaria, que incorpora medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito, procurando, mediante programas focalizados disminuir los factores de riesgo y generar oportunidades sociales; y (3) prevención terciaria: relacionadas con acciones individualizadas dirigidas a personas ya involucradas en conductas delictivas, que se encuentran cumpliendo una sanción penal, o que han culminado de cumplirla recientemente. En estos casos adquieren especial relevancia los programas destinados a las personas que cumplen sanciones penales privados de libertad⁹²”

iii) Debido proceso legal

Ahora bien, el debido proceso legal entendido en su acepción más amplia contiene varios elementos que lo integran, como aquel conjunto de garantías mínimas reconocidas y que deben ser respetadas dentro de cualquier proceso judicial, en palabras de la HCOIDH:

“es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia», a lo cual contribuyen «el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal». En este sentido, dichos actos «sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» y son «condiciones que deben cumplirse para asegurar la

⁹² 9 CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc.57, adoptado el 31 de diciembre de 2009, (en adelante “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”), párr. 155.

adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”⁹³

Por su parte, es necesario aclarar que el debido proceso legal está compuesto por diversas garantías, entendiéndolo de la siguiente manera:

“El debido proceso es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del derecho procesal. Se trata de una institución integrada a la Constitución y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela clara de sus derechos. Es un derecho fundamental que se integra generalmente a las partes dogmáticas de las Constituciones escritas reconocido como un derecho de primera generación en cuanto hace parte del grupo de derechos denominados como individuales, civiles y políticos, considerados como los derechos fundamentales por excelencia”⁹⁴

Precisamente, esta garantía es vulnerada generalmente por los operadores de justicia, teniendo como consecuencia directa un escenario de responsabilidad internacional recurrente en la región. Esta situación reviste de gravedad cuando se trata de personas privadas de libertad, toda vez que, las personas que conforman esta colectividad se encuentran en un estado de alta vulnerabilidad debido al contexto que las rodea, en el que una asistencia técnica adecuada y oportuna se constituye en un elemento fundamental para acceder a la justicia en condiciones de igualdad, asegurando una decisión motivada en derecho y con plena observancia de las garantías procesales del/a recluso.

4.3. Estándares mínimos internacionales de protección de las personas privadas de libertad

En este sentido, habiendo identificado los principios rectores del tratamiento de personas privadas de libertad y la discrepancia existente entre la realidad que describe la teoría con la

⁹³ Corte IDH. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117 citado por Elizabeth Salmon & Cristina Blanco, El Derecho al Debido Proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), p. 24, 2012.

⁹⁴ Martín Agudelo Ramírez, El Debido Proceso, Revista Opinión Jurídica, At. 89.

que acontece en la realidad práctica, acudimos a los contenidos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha desarrollado sobre este punto para proponer los estándares generales que deben ser aplicados en cuanto a este grupo de personas refiere; partimos del primer argumento, las obligaciones contenidas en los Arts. 1.1 y 2 de la CADH, específicamente la obligación de respeto de los derechos humanos y la de adecuar la normativa interna conforme a lo establecido por dicho instrumento normativo. Es así que, se proponen dos estándares mínimos internacionales para enfrentar el problema que atraviesan las personas privadas de la libertad, que, de ser aplicados, motivarían un auténtico cambio para su vida:

i) Dignidad humana

El presente tiene fundamento en la Relatoría de los Derechos de las Personas Privadas de Libertad dependiente de la CIDH, plasmados en los principios I, II y IV de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*⁹⁵, en los Arts. 1 al 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹⁶, en el Art. XVII de la Declaración Americana de Derechos Humanos⁹⁷, en los Arts. 2, 3, 5, 6, 7, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁸, en los Arts. 5 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹⁹ en los Arts. 1 y 3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)¹⁰⁰.

Sobre el mismo punto, la jurisprudencia de la COIDH se ha pronunciado en el caso Neira Alegría y otros vs. Perú, arguyendo que:

⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (2008), Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

⁹⁶ Organización de Naciones Unidas (1948), La Declaración Universal de Derechos Humanos, Recuperado de: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1948), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

⁹⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1966), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

⁹⁹ Organización de los Estados Americanos (1969), Convención Americana sobre Derechos Humanos, Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

¹⁰⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2015), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), Recuperado de: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

“En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos”¹⁰¹

En un criterio similar, el mismo tribunal se ha pronunciado en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú bajo los siguientes términos:

“En lo que se refiere a personas privadas de la libertad, el propio artículo 5.2 de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, que no es susceptible de suspensión en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes”¹⁰²

Con similares criterios, la Corte IDH se ha manifestado acerca de la dignidad en diversos casos como: Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago, Caso Bulacio Vs. Argentina, Caso "Instituto de Reeducción del Menor" Vs. Paraguay, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Caso De la Cruz Flores Vs. Perú, Caso López Álvarez Vs. Honduras, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador, Caso Fleury y otros Vs. Haití.

De todos los casos mencionados, existen ciertos factores comunes que resaltan, específicamente dos aspectos: el primero de ellos, el reconocimiento expreso de la posición de garante que recae en cabeza del Estado respecto del respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad y el segundo aspecto, referido al trato humano hacia las personas que conforman este colectivo de la sociedad, dado su contexto de alta vulnerabilidad.

ii) Finalidades de la pena

¹⁰¹ Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú, Fondo, Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C No. 20, párr. 60.

¹⁰² Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 274.

Ahora bien, este punto surge como consecuencia del anterior y se constituye a la vez como un estándar mínimo internacional puesto que la imposición de una detención a una persona, no responde a criterios de arbitrariedad, sino que ésta debe regirse bajo los principios de legalidad y seguridad jurídica, que respondan al ilícito cometido. De modo que la pena se impone como una medida legítima y a la vez, limitada en cuanto a su duración, pretendiendo separar por un tiempo a aquel infractor, y posibilitando las condiciones para su reinserción; este punto de conexión es clave respecto a la dignidad humana, pues únicamente si se respeta a la persona y es tratada como un fin en sí mismo y no como un medio para alcanzar otro fin, es posible hablar de resocialización.

De esta forma, la jurisprudencia de esta Corte IDH responde a este punto, toda vez que la pena tiene como finalidad la de “*conciliar al infractor consigo mismo y con la sociedad, y ayudarlo a alcanzar de nuevo la plena posesión de su dignidad*”¹⁰³ aclarando que, una persona en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia pierde su dignidad como elemento inherente a sí misma, sino que al momento de ser ingresada a un recinto penitenciario, su situación se torna por completo diferente, puesto que las condiciones en las que debe vivir distan mucho de aquellos presupuestos que describen la teoría.

En síntesis, la labor del Estado garante de los derechos humanos de las personas dentro de los recintos penitenciarios, no se agota cuando esta ve restablecida su libertad, sino que esta obligación es amplia y abarca el momento en el cual la persona pueda reintegrarse nuevamente a la sociedad como una persona que pueda aportar a su desarrollo y su crecimiento mismo, considerando que los Derechos Humanos, en palabras de Luigi Ferrajoli, se constituyen como *los derechos del más débil*, en este caso, los ex reclusos que se ven enfrentado a una sociedad reticente a recibirlos, debiendo los Estados encaminar el aparato público hacia la proyección de planes y políticas públicas que permitan la protección de todos los derechos humanos de esta población.

4.4. La posición de garante del estado frente a las personas privadas de libertad

Una vez realizadas las presiones y contextualización previas se hace pertinente en este punto ahondar en los fundamentos propios de los cuales se deriva la responsabilidad de los Estados

¹⁰³ Iván Meini, La Pena: función y presupuestos, Revista de la Facultad de Derecho, Derecho PUCP, 2013, At. 141, p. 145.

frente a la población objeto de este apartado. Las obligaciones de los Estado frente a las personas que se encuentren bajo su custodia, en el marco de SIDH derivan directamente del Artículo 1.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, la HCIDH ha establecido que, de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre¹⁰⁴. Lo anterior resulta aplicable a las personas privadas de libertad, las cuales mientras dure el periodo de su detención o prisión están sujetas al control efectivo del Estado.

La privación de la libertad implica una dependencia del sujeto a las decisiones adoptadas en el establecimiento, ejerciendo el ente estatal el control del sujeto bajo su custodia. De esta relación se deriva la constitución del Estado como un sujeto garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar¹⁰⁵. A esto se ha referido en varios pronunciamientos la HCIDH al afirmar que el Estado ejerce una jurisdicción directa sobre los individuos¹⁰⁶ y de la cual se predica la posición de garante. Lo anterior genera por tanto que se configure esta situación especial en cuando al respeto y garantía de los derechos humanos de quienes se encuentran en privación de su libertad, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Corte I.D.H., Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 98; Corte I.D.H., Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111; Corte I.D.H., Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243

¹⁰⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 31 diciembre 2011.

¹⁰⁶ Corte idh, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1º de septiembre de 2010, serie C Nº 217, párrafo 95; Corte idh, Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Sentencia del 19 de enero de 1995, serie C Nº 20, párrafo 60; Corte idh, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 11 de marzo de 2005, serie C Nº 123, párrafo 97; Corte idh, Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C Nº 114, párrafo 129; Corte idh, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C Nº 112, párrafo 152.

¹⁰⁷ Corte idh, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1º de septiembre de 2010, serie C Nº 217, párrafo 95; Corte idh, Caso Neira Alegría y otros vs. Perú

Aunado a lo anterior, la CIDH en su informe sobre los derechos de las personas privadas de la libertad en las Américas, ha señalado que respecto de estas personas el análisis en materia de DDHH debe basarse en el principio fundamental según el cual:

el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad, y que como tal, asume deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas; en particular, de los derechos a la vida y a la integridad personal, cuya realización es condición indispensable para el logro de los fines esenciales de la pena privativa de libertad: la reforma y la readaptación social de los condenados. Así, el ejercicio del poder de custodia lleva consigo la responsabilidad especial de asegurar que la privación de la libertad sirva a su propósito y que no conduzca a la violación de otros derechos básicos (CIDH, 2008).

Así las cosas, tanto la CIDH como la HCIDH han hecho referencia a la prisión como una “institución total”. Particularmente la CIDH estableció en su Informe de Fondo No. 41/99 del caso de los Menores Detenidos que:

El Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce en una "institución total", como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección. Todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos.

En consecuencia, el Estado tiene una posición de garante especial que incluye la protección de los detenidos frente a situaciones que puedan poner en riesgo su vida e integridad personal. En este sentido, la posición de garante se refleja en dos dimensiones frente a las obligaciones del Estado: una obligación hacer y de no hacer. Es entonces, a partir de la posición de garante que asume el Estado el factor a partir del cual derivan para el mismo la obligación de respetar

y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, deber que no se limita a lo que acontezca al interior de las instituciones mencionadas, sino que se mantiene en circunstancias tales como el traslado de reclusos de un establecimiento a otro; su conducción a diligencias judiciales; o cuando son llevados a centros hospitalarios externos¹⁰⁸.

De la jurisprudencia de la HCIDH es posible establecer ciertas obligaciones atribuibles a los Estado en virtud de su condición de garantes. Entre ellas el hecho de asegurar que las personas privadas de la libertad se encuentren detenidas en condiciones compatibles con la dignidad humana, así como también proteger a los reclusos de ataques de terceros¹⁰⁹.

4.5. Síntesis de las obligaciones específicas en materia de privación de libertad

En materia de obligaciones internacionales respecto de las personas privadas de la libertad (PPL), el SUDH ha consagrado que los Estados deben proteger los derechos a la vida y a la integridad personal, evitando siempre los tratos inhumanos, crueles o degradantes y los actos de tortura. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo la orientación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha delimitado obligaciones generales y específicas para los Estados frente a este grupo poblacional. Entre otras, se destacan la prohibición del hacinamiento y el deber de garantizar atención en salud a estas personas. Ambos sistemas expresan que los Estados tienen el deber internacional de garantizar a las PPL condiciones de reclusión compatibles con la dignidad humana.

Los derechos de las PPL, como los de cualquier ser humano, se encuentran consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP, 1966), entre otros instrumentos internacionales. Cobran especial relevancia los derechos a la vida y a la integridad (artículo 3 de la DUDH), así como la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 5 DUDH y 7 del PIDCyP). En especial, el artículo 10 del Pacto contempla que todas las PPL deben ser tratadas humanamente y con el respeto debido

¹⁰⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 31 diciembre 2011.

¹⁰⁹ Corte idh, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, op. cit., párrafo 159; Corte idh, Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de junio de 2005, serie C N° 126, párrafo 118; Corte idh, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, sentencia del 11 de marzo de 2005, op. cit., párrafo 96; Corte idh, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2004, serie C N° 119, párrafo 102.

a su dignidad. Asimismo, el Pacto establece la obligación, a cargo de los Estados, de separar a las personas condenadas de aquellas que se encuentran privadas de su libertad preventivamente.

Asimismo, en desarrollo de los postulados de la CADH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado algunas obligaciones específicas que deben adoptar los Estados en virtud de relación e interacción de especial sujeción en la que se encuentran las PPL. El Tribunal Interamericano, en la sentencia del caso *Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay*, indicó que esta relación de sujeción se produce por el control sobre las personas que ejercen las autoridades penitenciarias y se caracteriza por “La particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”¹¹⁰.

Lo anterior produce que el Estado se encuentre en una **posición de garante** respecto de los derechos de esta población. Según la Corte, de dicha posición de garante se genera la obligación especial de diseñar y aplicar una política penitenciaria de prevención de situaciones críticas que puedan afectar gravemente sus derechos; así como la obligación de adoptar las medidas de seguridad necesarias para la protección de estos¹¹¹. Dentro de estas obligaciones de seguridad se encuentran: “Salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos, brindándoles, entre otras cosas, la asistencia médica requerida, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención”¹¹². Esto se traduce en mantener los establecimientos de reclusión en condiciones acordes a la dignidad humana.

Para lo anterior, la Corte ha estimado que los Estados deben separar los reclusos de diferentes categorías según la razón de su detención y el trato que deba aplicárseles, especialmente, deben separarse los reclusos de los detenidos de forma preventiva. También, deben mantener los establecimientos de forma tal que se garanticen condiciones sanitarias y de higiene óptimas. Asimismo, tales establecimientos no deben encontrarse en sobrepoblación y

¹¹⁰ Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay. COIDH. Párrafo 152 (2 de septiembre de 2004).

¹¹¹ Pacheco Teruel y otros vs Honduras. COIDH. (27 de abril de 2004).

¹¹² Díaz Peña vs Venezuela. COIDH. Párrafo 135. (26 de junio de 2012).

hacinamiento. Igualmente, deben proporcionarle a toda persona recluida «atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario»¹¹³.

Además de lo anterior, la Corte Interamericana, en la Resolución del 13 de febrero de 2013, se pronunció respecto al Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) de Venezuela, expresando que: “Las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, incluyen la adopción de las medidas que puedan favorecer al mantenimiento de un clima de respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad entre sí, evitar la presencia de armas dentro de los establecimientos en poder de los internos, reducir el hacinamiento, procurar las condiciones de detención mínimas compatibles con su dignidad, y proveer personal capacitado y en número suficiente para asegurar el adecuado y efectivo control, custodia y vigilancia del centro penitenciario. Además, dadas las características de los centros de detención, el Estado debe proteger a los reclusos de la violencia que, en la ausencia de control estatal, pueda ocurrir entre los privados de libertad”.

De lo expresado en este apartado se concluye que los Estados tienen dos tipos de obligaciones frente a la población privada de la libertad. Por un lado, se encuentran las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos de toda su población, y de expedir medidas legislativas y de otro carácter que conlleven a la materialización de estos. Por otra parte, en virtud de la posición de garante, los Estados tienen las obligaciones específicas de expedir una política penitenciaria y adoptar medidas operativas que sean acordes a la dignidad humana. Las medidas de seguridad que ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos están encaminadas a evitar el hacinamiento y a proteger la salud y salubridad de los reclusos. Estas medidas de seguridad tienen como objetivo principal garantizar el derecho a la vida y la integridad personal de los penados, quienes, en virtud de la situación de especial sujeción en la que se encuentran, son más proclives a sufrir vulneraciones a estos derechos.

¹¹³ Tibi vs Ecuador. COIDH. Párrafo 154. (7 de septiembre de 2004).

5. ANÁLISIS DE LOS GRUPOS POBLACIONALES EN ESPECIAL SITUACIÓN DE RIESGO

5.1. MUJERES EMBARAZADAS, POSPARTO Y LACTANTES

5.1.1. Contexto de discriminación estructural

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sido testigo como desde hace casi 40 años, se han proferido sentencias y resoluciones que discuten sobre el control, la violencia y la discriminación contra el cuerpo de la mujer¹¹⁴. La sociedad patriarcal aún imperante en el continente se manifiesta de manera permanente en vulneraciones a derechos humanos que constituyen un patrón sistemático¹¹⁵ e histórico¹¹⁶ que naturaliza y promueve la violencia que es ejercida contra la mujer.

Es en virtud de lo anterior, que el reconocimiento de la situación de particular afectación a los derechos de la mujer, tuvo que ser reconocida en la emblemática sentencia *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México* del año 2009, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la situación de discriminación estructural¹¹⁷ padecida por las mujeres, a partir de un contexto de patrones y estereotipos, que impedía el acceso adecuado a la administración de justicia y que toleraba la materialización de nuevos casos de violencia contra la mujer.

El importante reconocimiento de la situación de discriminación estructural que afecta a las mujeres en todos los países americanos ha venido siendo permanente reseñada por parte de los órganos del SIDH, a partir de informes¹¹⁸ y resoluciones que acompañan la constante

¹¹⁴ CIDH. Caso Baby Boy vs. Estados Unidos. Resolución No. 23/81 CASO 2141. Marzo 6 de 1981, Corte IDH. Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. Sentencia 24 de junio de 2020

¹¹⁵ CIDH. Anexo1. Estándares y recomendaciones: Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 noviembre 2019, párr. 3.

¹¹⁶ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Párr. 132-144.

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ CIDH. Anexo1. Estándares y recomendaciones: Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 noviembre 2019, párr.60. CIDH. Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación, OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60 noviembre 3 de 2011.

emisión de sentencias de la Corte IDH, en donde se constata la lamentable situación de violencia sufrida por la mujer¹¹⁹.

La violencia cuando es ejercida contra la mujer debido a su género es una expresión de discriminación y un atentado contra su derecho a la igualdad, ambos derechos consagrados en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹²⁰. De este modo, constituye para cada uno de los Estados un deber de respeto y garantía que se ve reforzada, por características especiales como el estado de embarazo¹²¹.

Ahora bien, respecto de las mujeres embarazadas, en posparto y lactancia en centros penitenciarios, existen actualmente amplios estudios desarrollados en el ámbito internacional que muestran como el encarcelamiento tiene implicancias diferentes respecto de hombres y mujeres por motivos de género¹²². Se ha señalado que las prisiones se construyeron teniendo en cuenta las vivencias y necesidades de los hombres, que prestan escasa o nula atención a las cuestiones específicas de las mujeres, y que la falta de un enfoque de género puede tener consecuencias graves para las presas¹²³. Así, una de las diferencias centrales de la privación de la libertad entre hombres y mujeres es el trato que reciben las mujeres que se encuentran en embarazo, en posparto y lactantes que requieren por su condición particular un trato diferenciado, no obstante someterse en variadas ocasiones a las mismas condiciones carcelarias.

La vida en la prisión para una mujer en estado de embarazo o posparto reviste una serie de complejidades, dadas las condiciones materiales de las cárceles o centros penitenciarios y el estado especialmente vulnerable de las madres gestantes, las cuales debido a su condición requieren de espacios que permitan el adecuado desarrollo del embarazo manteniendo las

¹¹⁹ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Párr. 333.; Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Párr. 132-134.; Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Párr. 110; Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Párr. 65-67.; Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Párr. 222-224.; Caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Párr. 169.; Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. párr. 211.

¹²⁰ Corte IDH. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Párr. 211

¹²¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xàkmok Kàsek Vs. Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. párr. 233

¹²² Defensoría General de la Nación. Punicción & Maternidad Acceso al arresto domiciliario. 15 (2015).

¹²³ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo, óp. cit., párrs. 33 y 54.

condiciones dignas de las mujeres y sus hijos, y en consecuencia asegurando el posparto y el parto en condiciones dignas. Sin embargo, existen una serie de graves condiciones materiales respecto del sistema penitenciario y carcelario especialmente presentes en el panorama latinoamericano que vulneran los derechos de las mujeres embarazadas privadas de la libertad.

Es de conocimiento de la Corte la problemática existente debido a las altas tasas de hacinamiento que presentan los establecimientos penitenciarios. Muestra de ello es el caso colombiano, país en el cual la Corte Constitucional, Tribunal de control constitucional a nivel nacional, sentó un precedente jurisprudencial importante en el sentido de ha declarado reiteradamente en su jurisprudencia el estado de cosas inconstitucional presente el sistema carcelario y penitenciario colombiano debido a la violación masiva y sistemática de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la población privada de la libertad (PPL)¹²⁴.

Las condiciones de hacinamiento, violencia y demás, son muestra de una ausencia de condiciones mínimas de habitabilidad. Informes como el de Mujeres y prisión en Colombia presentador por el CICR evidencia que las condiciones estructurales y ambientales de los centros de reclusión, especialmente de las celdas individuales, resultan inadecuadas para la permanencia de una mujer embarazada y de niños pequeños. Esto en tanto que los establecimientos no cumplen con los requerimientos fisiológicos propios de una mujer en avanzado estado de embarazo o para un recién nacido, es el caso de las necesidades de micción nocturna de una mujer en el octavo mes de gestación, el cambio de pañales en horas de la noche o la preparación de teteros con las limitaciones de espacio en que duermen madre e hijo. Panorama presente en varios países de la región y cuyas circunstancias has sido informadas y denunciadas por organizaciones de derechos humanos. A la luz de estas condiciones materiales existentes en los países de la región se requiere de la protección internacional que pueda incitar a la garantía de los derechos de esta población particular.

¹²⁴ En la sentencia T-153 de 1998, la Corte señaló: “Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.”

5.1.2. Vulnerabilidad de las mujeres privadas de la libertad y estándares internacionales de protección

i) Sobre la perspectiva de género

Inicialmente es de recordar que la perspectiva de género hace alusión al enfoque epistemológico basado en el género, a partir del análisis de las construcciones socio culturales asignadas a hombres y mujeres constituidos a partir de un sistema sexo-género que han degenerado en las mujeres una posición desfavorable en relación con los varones, lo anterior producto de un sistema patriarcal que perpetua la discriminación y la violencia de género. En este sentido la perspectiva de género resulta una herramienta valiosa que permite un análisis transversal de las leyes, instituciones y sistemas organizativos bajo el entendimiento de la existencia del desequilibrio presente entre los géneros y la opresión que afecta tanto a mujeres como a los que no se inscriben en un sistema homogeneizador y heteronormativo.

La perspectiva de género resulta entonces ser un parámetro importante, incorporándose en un lente bajo el cual es posible visibilizar las condiciones en las que se encuentran particularmente las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes que se encuentran privadas de la libertad. Dicha perspectiva constituye una herramienta que permite un análisis más amplio del principio de no discriminación desarrollado en apartados anteriores. Bajo esa perspectiva es posible identificar claramente un sesgo de vulnerabilidad interseccional presente en el tipo poblacional analizado en esta sección, en el sentido de confluir varias condiciones que hacen de las mismas mayormente vulnerables, para el caso en concreto confluyen las condiciones de ser mujeres, estar en estado de embarazo, posparto o lactantes, y encontrarse privadas de la libertad. En materia de DDHH, la condición de vulnerabilidad de las mujeres debido a su condición de privación de la libertad ha sido reconocido en el artículo 9 de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención De Belem Do Para".

Dicha perspectiva ya ha sido objeto de análisis por parte de la HCIDH en el caso del *Penal Miguel Castro Castro*, en el cual, la Corte tuvo en cuenta que las mujeres se vieron afectadas de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos

específicamente a ellas y otros las afectaron en mayor proporción que a los hombres¹²⁵. Particularmente, en este caso la Corte resaltó como hechos particularmente graves las condiciones extremas que tuvieron que vivir las mujeres, y especialmente las mujeres embarazadas, quienes tuvieron que arrastrarse sobre su vientre para evitar ser alcanzadas por las balas. En esa ocasión la Corte afirmó que las mujeres embarazadas padecieron un sufrimiento psicológico adicional y un miedo intenso por el peligro que corría la vida de sus hijos. A su vez, manifestó que presenciar ese trato hacia ellas generó mayor angustia entre los demás internos, por lo cual consideró agravada la violación del derecho a la integridad personal respecto de las mujeres que estaban embarazadas¹²⁶.

En esta consecución argumental existe para los Estados las obligaciones específicas debido a su estado privativo de la libertad resultado la posición de garante existente de conformidad con lo expuesto anteriormente, y adicionalmente le revisten obligaciones especiales en virtud de su condición especial al ser mujeres y encontrarse en estado de embarazo, posparto o lactantes. Lo anterior derivado del desarrollo del principio de no discriminación abordado en apartados anteriores de este mismo texto.

Partiendo del análisis previo, se tiene que de acuerdo con lo establecido los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, se erige especialmente el principio del trato humano, según el cual, toda persona privada de libertad será tratada humanamente, con respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹²⁷. Principios que claramente se hacen aplicables a las mujeres privadas de la libertad en estado de embarazo, posparto y lactantes. Aspecto fundamental que además ha sido desarrollado por la HCIDH la cual estableció a partir del *caso Neira Alegría y otros vs Perú*, que toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la

¹²⁵ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2006, op. cit., párrafo 223.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷

vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos¹²⁸.

i) Salud, higiene y alimentación

Para las mujeres embarazadas, lactantes y con hijos/as en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, el sistema universal contempla en las *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok)* que las mujeres deben recibir asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Además dichas reglas contemplan que se suministrará gratuitamente a las embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos; también no se impedirá que las reclusas amamenten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello, y en los programas de tratamiento se tendrán en cuenta las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión¹²⁹.

Referente a la higiene personal, las mencionadas reglas estipulan que los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en período de lactancia o menstruación¹³⁰. Así entonces, de conformidad con los estándares internacionales los Estados deben proporcionar los servicios de salud en condiciones adecuadas y seguras, de forma gratuita cuando fuere necesario, asegurando una nutrición adecuada durante el embarazo y

¹²⁸ Corte I.D.H., Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 60. Este criterio fundamental ha sido reiterado consistentemente por la Corte Interamericana, tanto en sus sentencias, como en sus resoluciones de medidas provisionales; a partir de su resolución de otorgamiento de las medidas provisionales de la Cárcel de Urso Branco, Brasil, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, Considerando 8.

¹²⁹ Organización de las Naciones Unidas. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), Resolución 65/229, Marzo 16 de 2011.

¹³⁰ Ídem.

la lactancia¹³¹. Para lo cual los Estados deben procurar el especial cuidado que requieren las mujeres en estado de embarazo, postparto o lactancia¹³².

Es de recordar que en materia del derecho a la salud que el Protocolo de San Salvador específicamente establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos contemplados, entre ellos particularmente del derecho a la salud. El Protocolo establece medidas para garantizar el derecho a la salud y que aplican desde luego a la salud materna, entre ellas: la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos; la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Según el Relator de las Naciones Unidas sobre el disfrute del más alto nivel posible de salud, para prevenir la mortalidad derivada de la maternidad y mejorar el acceso a la atención de la salud materna no basta simplemente con aumentar gradualmente las intervenciones técnicas o hacer que sean más asequibles¹³³. Entre las prácticas discriminatorias, los Estados deberían redoblar sus esfuerzos para eliminar los estereotipos de género que degeneren en la no

¹³¹ El artículo 12(2) de la CEDAW establece: Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Parte garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. Asimismo, el Comité de la CEDAW ha señalado expresamente la obligación de los Estados Parte de garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles. Véase Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*.

¹³² Naciones Unidas, UNICEF, *Progreso para la Infancia: Un Balance sobre la Mortalidad Materna*, número 7, 2008, pág. 6

¹³³ Naciones Unidas, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Informe del Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/61/338, 13 de septiembre de 2006, párr. 17

prestación del servicio tales como las restricciones al acceso a los servicios de atención médica por el hecho de carecer de la autorización del esposo, o compañero, padres o autoridades de salud, por su estado civil o por su condición de mujer¹³⁴. El deber de velar por el ejercicio de esos derechos a la salud impone a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, judicial, administrativo, presupuestario, económico y de otra índole en el mayor grado que lo permitan los recursos disponibles para que la mujer pueda disfrutar de sus derechos a la atención médica¹³⁵, a la alimentación requerida y las condiciones de sanidad que requieran las madres.

Por otra parte, es de recordarse que, en el sistema interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Protocolo de San Salvador consagran expresamente la obligación de los Estados de brindar adecuada protección a las mujeres en especial para conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto de conformidad con los artículos XI y 15 de los citados instrumentos. Particularmente, el Protocolo de San Salvador hace referencia a la satisfacción del derecho a la salud en un contexto de desarrollo de un sistema de salud, el cual debe garantizar el acceso al sistema de Atención Primaria de Salud (APS) y el desarrollo progresivo de un sistema con cobertura para toda la población del país. Además, el Protocolo insta a la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado, lo cual desde luego hace extensible este derecho a las mujeres privadas de la libertad las cuales se encuentran bajo jurisdicción estatal.

La prestación de servicios de salud materna es una de las medidas para garantizar el derecho a la integridad personal de las mujeres. De ahí la intrínseca relación que guarda el derecho a la integridad personal con el derecho a la salud. Muestra de ello, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador expresa que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Además, el artículo 3 del Protocolo de San Salvador establece que los Estados se comprometen a garantizar los derechos enunciados en dicho instrumento sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma,

¹³⁴ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*, párr. 14.

¹³⁵ Organización de las Naciones Unidas. Recomendación general 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esto último implicaría entonces la provisión de un servicio de salud sin discriminación alguna.

Al respecto, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* estableció en su artículo 12.2 la obligación de los Estados de garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos de ser necesario, así como la obligación de asegurar una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. Al respecto, afirmó el Comité para la Eliminación de la Discriminación (CEDAW) contra la Mujer que:

Muchas mujeres corren peligro de muerte o pueden quedar discapacitadas por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los servicios previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad. El Comité observa que es obligación de los Estados Parte garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad gratuitos y sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles¹³⁶.

Por su parte, la HCIDH ha considerado la salud como un bien público cuya protección está a cargo de los Estados¹³⁷. Por ello ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal¹³⁸, independientemente de si la entidad que presta tales servicios es de carácter público o privado¹³⁹. Lo anterior, debe a todas luces cumplirse para las mujeres en estado de embarazo, posparto o lactancia privadas de la libertad, dado que los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de

¹³⁶ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General 24, La Mujer y la Salud*, párr. 27.

¹³⁷ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89.

¹³⁸ Corte I.D.H., *Caso Albán Cornejo y otros. Vs. Ecuador*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, párr. 121.

¹³⁹ Corte I.D.H., *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 89.

detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales y no respeten la dignidad del ser humano¹⁴⁰.

Así las cosas, siguiendo los estándares internacionales sobre la protección de la salud materna y la propia jurisprudencia del sistema interamericano, la CIDH observa en su informe sobre *Acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de Derechos Humanos*, que el cumplimiento del deber de los Estados de garantizar el derecho a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el acceso a servicios de salud materna en condiciones de igualdad (artículo 5.1 de la Convención), implica la priorización de recursos para atender las necesidades particulares de las mujeres en cuanto al embarazo, parto y periodo posterior al parto, particularmente en la implementación de intervenciones claves que contribuyan a garantizar la salud materna, como la atención de las emergencias obstétricas¹⁴¹. Lo anterior implicaría entonces las condiciones mínimas que debe garantizar los Estados en relación con los servicios de salud materna aplicables a los periodos de parto y posparto.

Adicionalmente, la CIDH destaca en su informe que, para lograr la plena efectividad del derecho a la integridad personal, los Estados tienen la obligación jurídica de adoptar medidas deliberadas, concretas y encaminadas a la realización del derecho a la salud para todos¹⁴². Esto implica para los Estados la adopción de políticas efectivas para abordar la salud materna con especial atención a las necesidades específicas de los grupos de mujeres especialmente vulnerables, tal es el caso de las mujeres en estado de embarazo, posparto o lactancia privadas de la libertad.

ii) Sobre traslado de mujeres y personas gestantes

Los estándares internacionales y nacionales que versan específicamente sobre el traslado de las mujeres y personas gestantes que se encuentran en embarazo o en posparto, son escasos, pero contienen elementos esenciales que deben ser incorporados por los Estados en materia

¹⁴⁰ Corte idh, *Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de mayo de 2011, serie C N° 224, párrafo 42.

¹⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a servicios de Salud Materna desde una perspectiva de Derechos Humanos. Deberes De Los Estados Para Que Las Mujeres Accedan A Servicios De Salud Materna Sin Discriminación*, Parr. 84.

¹⁴² Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, Aplicación de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, Titulada *Consejo De Derechos Humanos*, 17 de enero de 2007.

de buenas prácticas frente a esta población, con el objetivo de proteger y garantizar sus derechos. Estos elementos pueden dividirse en dos, primero regulaciones frente a la restricción de movilidad y segundo, condiciones en las cuales debe darse el traslado.

Frente a las restricciones de movilidad, es usual que durante el transporte de población privada de la libertad se restrinja su movilidad a través de esposas, grilletes, barras de hierro, cadenas en la cintura y/u otras herramientas. Frente a este asunto, la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer ha manifestado que *“el encadenamiento de las reclusas embarazadas representa el fracaso del sistema penitenciario a la hora de adaptar el protocolo a situaciones excepcionales a las que se enfrenta la población carcelaria femenina”*, y numerosas autoridades médicas señalan que la restricción de movilidad en los estados de embarazo y postparto incrementa el riesgo de caídas, complicaciones médicas, y hasta la muerte.

En este contexto, en Estados Unidos se han expedido al menos dos leyes en los estados de Nueva York y Massachusetts que regulan la restricción de movilidad de mujeres embarazadas y en posparto durante su transporte. La ley del estado de Nueva York prohíbe cualquier restricción de movilidad durante el traslado de mujeres embarazadas o en periodo de posparto, el cual determina dura 8 semanas, a menos que se presente circunstancias extremas. La ley de anti-encadenamiento de Massachusetts solo permite la restricción de movilidad durante el transporte de las mujeres embarazadas o en posparto de vuelta a la prisión posterior al parto cuando se presenten circunstancias extremas. La inmovilización debe ser lo menos restrictiva posible y solo pueden ser inmovilizadas con esposas atadas al frente del cuerpo.

La ley de anti-encadenamiento define circunstancias extremas como situaciones en las cuales el oficial de policía encargado considera que la mujer presenta un riesgo de inmediato de fuga, o un serio riesgo para su integridad o la de otras personas presentes, y que tales riesgos no pueden evitarse mediante otros medios razonables. Asimismo, esta ley prohíbe el uso de elementos que restrinjan la movilidad sobre las piernas y la cintura de las mujeres durante todo el embarazo y periodo de posparto, y señala que en caso de que la mujer esté siendo transportada durante el parto se prohíbe por completo restricción alguna en su movilidad. Estas regulaciones siguen los lineamientos del Departamento de Justicia de los Estados

Unidos en materia de buenas prácticas frente a la restricción de movilidad de mujeres y niñas embarazadas y privadas de libertad.

Ahora bien, frente a las condiciones en las cuales se debe dar el transporte la ley de anti-encadenamiento indica que durante el transporte de mujeres y personas gestantes en embarazo y en posparto se debe garantizar que el traslado se brinde en automóviles con cinturón de seguridad, y que este sea usado por las personas transportadas para garantizar la seguridad de la persona embarazada y el feto. En caso de que este tipo de transporte no esté disponible se pone en riesgo la salud e integridad de la mujer que será transportada o imposibilita su asistencia a citas médicas o citaciones judiciales.

Por último, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito señala que en general las mujeres privadas de la libertad se encuentran en gran riesgo de recibir abusos y violencia durante su traslado y movilización por fuera de los centros penitenciarios, las mujeres embarazadas y en posparto también son vulnerables a abusos o violencias en estas situaciones. Por lo tanto, señala que durante su traslado es ideal que sean escoltadas por oficiales mujeres y que los automóviles en los cuales sean trasladadas sean equipados con cámaras de circuito cerrado de televisión que deben ser revisadas constantemente, para prevenir abusos y que en caso de denunciar este tipo de hechos las mujeres tengan herramientas y pruebas para realizar estas denuncias.

iii) Sobre el derecho a la información

Sobre el alcance del derecho al acceso a la información, en el contexto de privación de libertad, de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes, respecto de la información relativa a su condición especial, se plantea a la HCOIDH, que incluya dentro de su análisis de la solicitud de OC, el enfoque diferencial en el tratamiento especial que deberán garantizarles los Estados a las mujeres en estado de gravidez, en posparto y lactantes privadas de la libertad en establecimientos carcelarios en cuanto a la intrínseca relación entre el derecho a la información y la salud. Ello, en atención a la confluencia de diferentes condiciones de vulnerabilidad que envuelven a las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes recluidas en centros penitenciarios, como mujeres pobres, indígenas y/o afrodescendientes, oriundas de zonas rurales, entre otras, y que requieren de los Estados la aplicación de un enfoque diferencial en su trato. Por cuanto al hecho de su reclusión se le

aúna la existencia de un contexto de discriminación estructural¹⁴³ y, por tanto, histórica y sistemática sufrida por las mujeres en el continente americano¹⁴⁴.

Entonces sea lo primero, mencionar que el derecho de acceso a la información es un derecho humano universal, en consecuencia, toda persona tiene derecho a solicitar acceso a la información, tal y como lo establece el artículo 13 de la CADH¹⁴⁵. En el SIDH, la Asamblea General de la OEA reconoce al derecho de acceso a la información, por ello, todos los Estados “tienen la obligación de respetar y hacer respetar el acceso a la información pública a todas las personas y promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva”¹⁴⁶.

En cuanto a las mujeres privadas de libertad, embarazadas, en posparto y lactantes, respecto de su derecho al acceso a la información relativo a su condición especial, se hace necesario entenderlo desde el ámbito de la salud y específicamente en el área de la sexualidad y la reproducción, en el entendido que les permite a las personas estar en condiciones de tomar decisiones libres y fundamentadas respecto de aspectos íntimos de su personalidad, sobre tal supuesto, en el SIDH, “el acceso a la información en materia sexual y reproductiva involucra una serie de derechos como el derecho a la libertad de expresión, a la integridad personal, a la protección a la familia, a la vida privada y a vivir libres de violencia y discriminación”¹⁴⁷.

Por lo que, cabe recordar que el sistema penal se ha distinguido por proporcionar a las mujeres privadas de la libertad un trato similar al de los hombres, desconociendo, el impacto diferenciado que el encarcelamiento tiene en las mujeres, escenario que obedece a los roles de género, en especial el que se le asigna a las mujeres, caracterizado por: la reproducción de

¹⁴³ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Ecuador, párr. 338

¹⁴⁴ Corte IDH. González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrs. 132-134

¹⁴⁵ Corte IDH. Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, párr. 333; González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrs. 132-134; Fernández Ortega y otros vs. México, párr. 110; Veliz Franco y otros vs. Guatemala, párrs. 65-67; Espinoza Gonzáles vs. Perú, párrs. 222-224; Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, párr.169; Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, párr.211 CIDH. El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano Segunda Edición. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 9/12 7 marzo 2011, p. 7

¹⁴⁶ OEA. Asamblea General. Resolución 1932 (XXXIII-O/03), “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”. 10 de junio de 2003. Ver también las resoluciones de la Asamblea General de la OEA 2057 (XXXIV-O/04), 2121 (XXXV-O/05), 2252 (XXXV-O/06), 2288 (XXXVII-O/07), y 2418 (XXXVIII-O/08).

¹⁴⁷ CIDH. Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61 22 noviembre 2011.

los lazos familiares, la crianza de las niñas y niños, y el cuidado de otras personas; dicho rol social hace que sufran en mayor medida los efectos del encierro¹⁴⁸.

Ahora bien, de conformidad al principio II, de los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas de Igualdad y no discriminación¹⁴⁹ se tiene que “no serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes”. Resulta, importante en este aspecto, remitirse al Principio vigésimo cuarto del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión de la ONU, el cual determina que: “se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”¹⁵⁰.

Lo anterior, para hacer alusión a lo esgrimido por el Comité DESC, sobre el derecho a la salud, el cual está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos¹⁵¹, entre los que destaca el derecho al acceso a la información señalado por la Relatoría sobre la Libertad de Expresión, como un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos humanos, particularmente por parte de los sujetos más vulnerables¹⁵². En ese orden de ideas, resulta importante mencionar las directrices a modo de parámetros de interpretación que sobre la materia ha formulado Tribunal Constitucional Colombiano¹⁵³; así:

¹⁴⁸ Defensoría General de la Nación *Punición y Maternidad: acceso al arresto domiciliario*. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 5

¹⁴⁹ CIDH. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

¹⁵⁰ O.N.U. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, [...], Principio 20.

¹⁵¹ O.N.U. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Observación General 14, 11 de agosto de 2000, párr. 3.

¹⁵² CIDH, Informe Anual 2008, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 147. Ver también CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Guatemala, 6 de abril de 2001, Capítulo XIII, Derechos de las Mujeres, párr. 36.

¹⁵³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-596/92. M.p. Ciro Angarita Barón. Bogotá, el 10 de diciembre de 1992.

“La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección. Del derecho pleno del interno a la vida, la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra el deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene y lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros.”

La Corte Constitucional Colombiana, también ha indicado que, “dentro de la población carcelaria, es claro que existen personas que requieren una mayor protección que otras”¹⁵⁴, como lo es el caso de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad. A lo que se le suma, lo establecido por la CIDH sobre el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres, el cual no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia para que las mujeres adopten decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de reproducción, incluyendo planificación familiar ¹⁵⁵.

Así las cosas, sobre el tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que “no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación”¹⁵⁶. Asimismo, la COIDH¹⁵⁷ ha enfatizado en la obligación de los Estados de tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres privadas de libertad

¹⁵⁴ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-388 de 2017. M.p. Gloria Stella Ortiz Delgado, Bogotá, D.C. catorce (14) de junio de dos mil diecisiete (2017).

¹⁵⁵ CIDH, Informe No. 21/07, Petición 161/02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto (México), 9 de marzo de 2007.

¹⁵⁶ O.N.U. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, párrs. 23 y 53.

¹⁵⁷ Corte IDH. Asunto Centro Penitenciario de la Región Andina respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 6 de septiembre de 2012

embarazadas y en lactancia durante su detención; de igual forma, ha recalcado el deber de los Estados proteger a las mujeres contra toda forma de discriminación y violencia, más aún cuando se encuentran bajo la custodia estatal, razón por la cual deben estar separadas de los hombres y ser vigiladas por personal femenino.

Sobre el particular, es decir sobre el contexto del obligatorio combate contra la discriminación, el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, ha señalado el deber de los Estados de garantizar el suministro de información y servicios sanitarios a los grupos vulnerables, entre los que se encuentran las mujeres, y respecto del cual los Estados “deben adoptar las medidas necesarias para que las mujeres puedan tomar decisiones por su cuenta en relación con su salud sexual y reproductiva, sin coacción, violencia o discriminación alguna”¹⁵⁸. Lo anterior bajo la consideración de que dicha discriminación incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad”¹⁵⁹. En referido panorama, el Comité de la CEDAW ha sostenido que los servicios de salud son aceptables si se prestan garantizando el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas¹⁶⁰.

En consecuencia, una vez dilucidada la relación existente entre el derecho al acceso a la información con el derecho a la salud, en el contexto de privación de libertad, de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes, respecto de la información relativa a su condición especial; y aunque no se aborda la privación de la libertad - situación que no puede dar lugar a la limitación de otros derechos, y sobre los que las reclusas están en plena facultad para demandar del Estado su protección-, es relevante mencionar lo expuesto por el TEDH, que estableció que durante el embarazo, la condición y salud del feto constituye un elemento de

¹⁵⁸O.N.U. Informe del Relator Especial Paul Hunt, El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, E/CN.4/2004/49, 16 de febrero de 2004, párr. 39

¹⁵⁹O.N.U. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 19, párr. 6.

¹⁶⁰O.N.U. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 24, párr. 22.

la salud de la mujer embarazada, por ende, el ejercicio efectivo del acceso a la información es generalmente decisivo para poder ejercer la autonomía personal¹⁶¹.

Finalmente, las mujeres reclusas padecen limitaciones derivadas de su género, en el caso en concreto la falta de atención médica adecuada durante el embarazo y el posparto, esta intrínsecamente ligada a la vulneración del derecho de las mujeres de “buscar y a recibir informaciones”, es decir el derecho de toda persona de acceder a información. Se propone, en este sentido a la Corte IDH que establezca como obligación de los Estados miembros, el desarrollo de políticas en materia de salud, con el propósito de: que se adecuen los establecimientos de reclusión de mujeres, mejorando su capacidad para atender la totalidad de los requerimientos en el servicio médico; se garantice la prestación presencial del servicio médico y de enfermería con una adecuada atención prenatal y posnatal, así como también a que se les tenga en cuenta el periodo de lactancia materna durante la condena; se amplíe la cobertura del servicio médico, eliminando cualquier restricción de acceso que exista o forma de discriminación , al vincular el suficiente personal de la salud, con el fin de evitar la configuración de entornos violentos para las mujeres reclusas quienes son por demás merecedoras de un especial trato por parte de los estados, y en quienes además pueden estar confluyendo varias condiciones de vulnerabilidad, lo que haría aún más imperiosa la necesidad de sus tratamiento diferenciado al interior de los centros de reclusión ; se instituya como obligatorio el examen médico de ingreso y de egreso a las reclusas, y en caso de determinar su estado de gestación se les preste la debida atención medica que garantice el buen estado de su salud y del menor durante el embarazo y posterior al alumbramiento. Por lo tanto, los Estados deberán implementar todas las medidas necesarias para que el derecho al acceso la información, en relación con el derecho a la salud este plenamente garantizado para las reclusas en estado de embarazo o posparto.

5.1.3. Conclusiones sobre las preguntas formuladas

En virtud de todo lo anterior, se procede a efectuar una breve síntesis de lo esgrimido con relación a cada una de las preguntas formuladas por la CIDH:

¹⁶¹ Corte Europea de Derechos Humanos, R.R. v. Poland, Sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 97.

¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica? Al respecto debe tenerse presente que ante los derechos económicos sociales, culturales y ambientales como la alimentación, vestimenta y salud deben ser traídos los estándares consolidados por el Comité DESC de Naciones Unidas respecto de cada uno de estos, es decir, tomar en consideración lo desarrollado en las Observaciones Generales 3, 12, 14 y 20, además de lo desarrollado por esta HCOIDH en las sentencias Poblete Vilches Vs. Chile, Cuscul Pivaral Vs. Guatemala, Hernández Vs. Argentina, entre otros. En todo caso el Estado está obligado a garantizar estos derechos respecto de su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

¿Qué condiciones mínimas debe garantizar el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto? El Estado debe garantizar la atención médica oportuna y de calidad en espacios adecuados para ello, cumpliendo con las garantías del derecho a la salud de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

¿Qué medidas de seguridad puede adoptar el Estado al efectuar el traslado de mujeres embarazadas, a fin de se que sean compatibles con sus necesidades especiales? En traslados los Estados no deberán restringir la movilidad de estas mujeres a través de esposas, grilletes, barras de hierro, cadenas en la cintura y/u otras herramientas, pues ello incrementa el riesgo de caídas, complicaciones médicas, y hasta la muerte. La restricción de movilidad durante el transporte de las mujeres embarazadas o en posparto de vuelta a la prisión posterior al parto solo deberá realizarse cuando se presenten circunstancias extremas. La inmovilización debe ser lo menos restrictiva posible y solo pueden ser inmovilizadas con esposas atadas al frente del cuerpo. Así, deberá prohibirse el uso de elementos que restrinjan la movilidad sobre las piernas y la cintura de las mujeres durante todo el embarazo y periodo de posparto. Durante el transporte se debe garantizar que el traslado se brinde en automóviles con cinturón de seguridad, y que este sea usado por las personas transportadas para garantizar la seguridad de la persona embarazada y el feto. En caso de que este tipo de transporte no esté disponible se pone en riesgo la salud e integridad de la mujer que será transportada o imposibilita su asistencia a citas médicas o citaciones judiciales. Además, durante su traslado es ideal que sean escoltadas por

oficiales mujeres y que los automóviles en los cuales sean trasladadas sean equipados con cámaras de circuito cerrado de televisión que deben ser revisadas constantemente, para prevenir abusos y que en caso de denunciar este tipo de hechos las mujeres tengan herramientas y pruebas para realizar estas denuncias.

¿Cuál es el alcance del derecho al acceso a la información, en el contexto de privación de libertad, de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes, respecto a la información relativa a su condición especial? Sobre el alcance del derecho al acceso a la información, respecto de la información relativa a su condición especial, se plantea a la HCOIDH que debe existir un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia para que las mujeres adopten decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de reproducción, incluyendo planificación familiar. Deberá garantizarse el suministro de información y servicios sanitarios en estricto cumplimiento de las garantías de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

5.2. NIÑAS Y NIÑOS QUE VIVEN CON SUS MADRES EN PRISIÓN

5.2.1. Contexto de discriminación estructural y estándares de protección

A nivel internacional se ha reconocido la existencia del principio universal de protección especial a la niñez debido a encontrarse en una posición de “desventaja y mayor vulnerabilidad” respecto de otros sectores de la población¹⁶². De acuerdo con Garzón Valdés, dicha vulnerabilidad debe considerarse radical o absoluta puesto que el ejercicio de su autonomía se encuentra transversalizado por la imposibilidad de negociar por sí mismos relaciones equitativas de derechos y obligaciones. En el caso de la vulnerabilidad radical no basta con eliminar la situación particular de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas particulares y diferenciadas que ayuden a la superación de dicha condición¹⁶³.

Ahora bien, el *corpus juris* de los derechos humanos de la niñez se ha construido como respuesta a las necesidades particulares de protección, ya que el hecho de que los niños y

¹⁶² Corte IDH. Opinión Consultiva OC-17/12. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. 2002, párr. XXX

¹⁶³ Garzón Valdés. E. “Desde la modesta propuesta de “Swift” hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño” en Revista Doxa, n° 15-16, vol. II, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, 1994, pp. 737-738.

niñas no disfruten de su plena capacidad jurídica para actuar y que necesiten a otra persona para ejercer sus derechos, no les priva de su condición de sujetos de derecho. El reconocimiento de este *corpus juris* implica una conceptualización del deber de protección especial de los derechos de los niños y niñas, sobre el cual la CIDH indicó lo siguiente:

“...el respeto a los derechos del niño constituye un valor fundamental de una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no sólo implica brindar al niño cuidado y protección, parámetros básicos que orientaban antiguamente la concepción doctrinaria y legal sobre el contenido de tales derechos, sino que, adicionalmente, significa reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones¹⁶⁴”.

Siguiendo esta misma línea, el interés superior del niño/a en las obligaciones especiales de protección de los Estados contra actos de violencia, consagrado en el artículo 19 de la CADH establece: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*, delimita una esfera de protección que contiene obligaciones especiales, complementarias y adicionales de protección a cargo de los Estados. Al respecto, la CIDH afirmó de forma clara:

“La protección especial se funda sobre el reconocimiento de que los Estados deben tomar medidas positivas y preventivas teniendo en cuenta las condiciones especiales del niño; vale decir, la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño y su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y por tanto justifica la adopción de medidas especiales¹⁶⁵”.

Esta Honorable Corte a su vez, ha considerado que el interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que su desarrollo y ejercicio pleno de sus derechos sean considerados como criterios y principios rectores para

¹⁶⁴ Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafos 37, 53 y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrafo 194.

¹⁶⁵ CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011. párr. 21-

la adopción de normas y la aplicación de estas en todos los ámbitos de la vida del niño/a¹⁶⁶. Adicionalmente, ha precisado:

“La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquellos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptara para atender ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella”¹⁶⁷.

A propósito de las consideraciones de la CIDH y en relación con el contexto de privación de libertad, la doctrina adoptada de protección integral adquiere especial importancia respecto a la garantía de todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, particularmente en la situación de doble vulnerabilidad en la que se encuentran todos aquellos que viven en prisión con sus madres, puesto que no solo se encuentran bajo la tutela de éstas para la toma de decisiones dada su falta de autonomía, sino bajo la custodia del Estado quien es el principal garante de los derechos de todas las personas privadas de su libertad en su jurisdicción.

5.2.2. Vulnerabilidades particulares de las niñas y niños que viven con sus madres en prisión

i) Derecho a la vida familiar del niño o niña, incluyendo el contacto con el otro progenitor

Ahora bien, la privación de la libertad supone un castigo y un desarraigo para la persona reclusa. En el caso de las reclusas que son madres, esta situación proporciona un contexto desfavorable producto de su ausencia en la vida del niño o niña, que -en una sociedad funcional entorno a los roles de género- condiciona el establecimiento de un hogar sin pautas de crianza adoptadas por la figura materna¹⁶⁸, factor que resulta determinante y acentúa los

¹⁶⁶ Corte I.D.H., Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párrafo 53 y 137/6

¹⁶⁷ Idem.

¹⁶⁸ Pavez Pedraza N., Mena Tobar P., Lobos Sepúlveda N. Percepción frente a un eventual ingreso al ciclo delictivo de hijos/as adolescentes. *Madres privadas de libertad* en Revista Estudios Criminológicos y Penitenciarios Año IX - Junio, 2009, pp. 20.

riesgos y vulnerabilidades que enfrentan las niñas y niños, cuyas probabilidades de deserción del sistema educativo, por ejemplo, son altas. Estos factores de vulnerabilidad, a su vez, se acentúan en aquellos sectores de la sociedad con ingresos más bajos, puesto que muchos niños/as deben asumir a temprana edad labores con el objetivo de mantener o ayudar al grupo familiar.

Siguiendo las Reglas de Bangkok (*Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes*) en primer lugar, es fundamental que se tome en consideración la cercanía del lugar de reclusión con el hogar o domicilio de la madre, teniendo presente las responsabilidades de cuidado con otras personas¹⁶⁹ y en este caso, la red familiar y de apoyo que pueda tener la/el menor en dicho lugar y que incluye al otro progenitor, ya que se constituye en un factor primordial para asegurar su contacto con el mundo exterior y sus dinámicas, en aras de facilitar una transición que no sea transgresora de sus derechos y su proceso de crianza y desarrollo personal. Sin embargo, según Riso, M (2016) la estructura carcelaria y penitenciaria no se enfoca en la reinserción y rehabilitación de las mujeres madres sino en un esquema de prejuicios que obstaculiza el ejercicio pleno de su rol y que impide la creación un buen vínculo con sus hijos/as que, según los investigadores de la conducta infantil, ofrece el andamiaje funcional y básico de todas las relaciones que la/el menor desarrollará durante toda su vida¹⁷⁰. Sobre este argumento, se fundamenta la convivencia de la niña o niño con su madre dentro de la prisión, puesto que resulta fundamental para la construcción de su proyecto de vida, siempre y cuando se lleve a cabo en un ambiente que permita un desarrollo sano y en alternancia con su otro progenitor, que podrá construir su propia relación en los primeros años de vida con su hijo/a, a través de visitas no solo en el centro carcelario sino, en salidas programadas fuera de la prisión. En relación a ello, es obligación de los Estados, a través de sus autoridades penitenciarias y judiciales, regular dicho régimen de visitas y custodia compartida para que ésta se desarrolle con plena observancia no sólo de los derechos de la madre y el padre, sino del niño, asegurando que en la medida de sus posibilidades, su voluntad sea tenida en cuenta.

¹⁶⁹ UNODC. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus comentarios*, 2011, pp. 9

¹⁷⁰ Bastitta Godoy A. “La realidad de las mujeres privadas de libertad que viven con sus hijos en prisión”, Universidad de la República de Uruguay, 2017, p. 18.

Al respecto, el médico José Díaz Rosselló -experto de reconocimiento mundial en primera infancia- remarcó la importancia que tiene en la crianza de los niños/as los primeros días y meses en el desarrollo neuronal y en la capacidad empática futura de los niños/as. Asimismo, se refirió a la dificultad que tienen las instituciones para propiciar espacios que protejan el rol fundamental de la madre en la estimulación y la creación de vínculos constantes y fuertes.

En este sentido, el Comité de Derechos del Niño en la Observación General N°8 señaló que el interés superior del niño debe ser interpretado como la obligación de proteger a los niños y niñas de toda forma de violencia, incluyendo -en términos de la CIDH- su protección integral para lograr el goce efectivo de todos y cada uno de sus derechos humanos. En palabras de la CIDH:

“todas las decisiones que en la familia, la sociedad, o el Estado afecten a una persona menor de dieciocho años de edad tendrán que tener en cuenta, objetiva e indefectiblemente, la vigencia efectiva de la integralidad de tales derechos”

En conclusión, es una obligación de los Estados asegurar la plena garantía de los derechos de los niños y niñas que conviven con sus madres en prisión, asegurando un ambiente y entorno adecuados para su desarrollo, atendiendo al interés superior que los protege y observando las normas establecidas en materia de seguridad, sanidad, salud y educación.

ii) Derechos de acceso a la salud y a la alimentación de los niños y niñas que viven con sus madres en prisión

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los niños/as tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación, con especial énfasis en aquellos relacionados con la atención primaria de salud, los cuidados preventivos y la disminución de la mortalidad infantil. En el contexto de privación de libertad, es fundamental que el Estado garantice atención médica especializada de calidad para la primera infancia, así como el acceso a una alimentación adecuada y saludable de tal manera que se logre una garantía plena de sus derechos y obtenga todas las posibilidades en igualdad de condiciones a un niño o niña fuera de la prisión.

Sobre el particular, las *Reglas de Bangkok* destacan que las mujeres madres y sus hijos/as que conviven con ellas en prisión, deben contar con instalaciones apropiadas, artículos necesarios para satisfacer sus necesidades de higiene personal, servicios de atención en salud

y acceso a una alimentación apropiada que responda a sus necesidades particulares, adoptando así una perspectiva de género respecto de estas mujeres que exige una respuesta del sistema penitenciario flexible y diferenciada que atienda al bienestar y salud inmediata y a largo plazo de las y los niños que allí conviven, bajo protección estatal.

En el contexto de la privación de libertad, es imprescindible considerar las diversas problemáticas que enfrentan los establecimientos carcelarios en la región, a saber: el hacinamiento, que propicia la propagación de enfermedades y dificulta el acceso a los servicios básicos y salud de las cárceles, y a su vez constituye un factor de riesgo para la seguridad de estas. Sobre este tema, la CIDH sostiene:

“Este problema, común a todos los países de la región es a su vez la consecuencia de otras graves deficiencias estructurales, como el empleo excesivo de la detención preventiva, el uso del encarcelamiento como respuesta única a las necesidades de seguridad ciudadana y la falta de instalaciones físicas adecuadas para alojar a los reclusos¹⁷¹”.

Particularmente, sobre la atención médica la CIDH es clara en afirmar que esta es una obligación de los Estados que se deriva directamente de la garantía del derecho a la integridad personal y que tratándose de personas privadas de la libertad:

“la obligación de los Estados de respetar la integridad física, de no emplear tratos crueles, inhumanos y de respetar la dignidad inherente al ser humano, se extiende a garantizar el acceso a la atención médica adecuada¹⁷²”

Con relación al contenido y alcance del derecho a la atención médica, es menester tomar en consideración los Principios y Buenas Prácticas de la CIDH, en los que se establece que el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, incluirá, entre otros:

¹⁷¹ CIDH. Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. 2011. párr. 21-

¹⁷² CIDH, Demanda ante la Corte I.D.H. en el Caso de Pedro Miguel Vera Vera, Caso No. 11.535, Ecuador, 24 de febrero de 2010, párr. 42. Asimismo, la CIDH ha establecido que “[s]i el Estado no cumple con esta obligación, por acción o omisión, incurre en la violación del artículo 5 de la Convención y, en casos de muerte de reclusos, en la violación del artículo 4 del mismo instrumento”. CIDH, Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, Cap. XIV, párr. 33.

*“la atención médica, psiquiátrica y odontológica adecuada; la disponibilidad permanente de personal médico idóneo e imparcial; el acceso a tratamiento y medicamentos apropiados y gratuitos; la implementación de programas de educación y promoción en salud, inmunización, prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas, endémicas y de otra índole; y **las medidas especiales para satisfacer las necesidades particulares de salud de las personas privadas de libertad pertenecientes a grupos vulnerables o de alto riesgo, tales como: las personas adultas mayores, las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas portadoras del VIH/SIDA, tuberculosis, y las personas con enfermedades en fase terminal**”.*

Tratándose especialmente de niños y niñas, un grupo vulnerable con necesidad de protección especial, la obligación en cabeza de los Estados es reforzada y exige la toma de medidas adecuadas y diferenciadas, todas ellas, encaminadas a observar el interés superior del niño/a que les asiste, en este sentido, es posible afirmar que las niñas y niños se encuentran en una doble situación de sujeción, no solo respecto de las personas adultas que toman decisiones por ellos dada su incapacidad sino también en relación al Estado que ostenta una posición de garante con un nivel especial de responsabilidad respecto a los derechos fundamentales y humanos de las personas recluidas, en particular de sus derechos a la salud, brindándoles, la asistencia médica requerida, según sus necesidades¹⁷³.

Por otra parte, sobre los Estados recae la obligación de *realizar* el derecho a la alimentación de todas aquellas personas que no tienen a largo plazo ninguna posibilidad de acceder por sus propios medios a una alimentación adecuada, dicha obligación es aplicable especialmente a las personas privadas de su libertad y a los niños/as en estado de desprotección (Naciones Unidas, 2008). Adicionalmente, dicha obligación se relaciona de forma intrínseca con la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, legales y de otra índole tendientes a la consecución de la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, puesto que podría constituir una vulneración a los mismos,

¹⁷³ Corte I.D.H., Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C. No. 218, párr. 198. Véase también, CIDH, Informe No. 67/06, Caso 12.476, Fondo, Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre de 2006, párr. 155

si el Estado no proporciona la atención primaria de salud esencial a las personas que lo necesiten¹⁷⁴.

iii) Derecho de los niños y niñas a un desarrollo adecuado, incluyendo la integración comunitaria, socialización, educación y recreación

En este sentido, el artículo *La realidad de las mujeres privadas de libertad que viven con sus hijos en prisión* afirma que no hay instalaciones carcelarias adecuadas que cumplan el doble propósito de reinserción y crianza, puesto que fueron construidas sobre una premisa de brindar vigilancia y control sobre las reclusas. Adicionalmente, el personal que labora en dichos establecimientos no se encuentra capacitado para responder a las necesidades de cuidado y salud especiales que pueden requerir los niños y niñas, sino que se enfocan únicamente en prestar seguridad¹⁷⁵. Esta situación afecta directamente el desarrollo del/a menor que se ve obligado a experimentar múltiples situaciones violentas, cuyas consecuencias son extremadamente significativas en su proceso personal, no solo en el caso de la convivencia en prisión sino también en la posterior separación si han tenido poco contacto con el exterior, pues esto conlleva un cambio abrupto del ambiente, su concepción del entorno y las formas de relacionarse, influyendo directamente en la conformación de su identidad¹⁷⁶.

Ahora bien, en una situación de privación de libertad, deben tomarse en consideración diversos factores que agravan la vulnerabilidad de los niños y niñas que allí conviven, puesto que la madre se encuentra inmersa en una relación de sujeción con las autoridades administrativas y penitenciarias, que la ubican en una posición igualmente vulnerable que dificulta y condiciona el soporte emocional que significa la madre para su hijo/a respecto a su crecimiento personal¹⁷⁷. Este acompañamiento adecuado, se ve limitado no sólo por dicha relación sino por factores ambientales de contexto propios de los establecimientos

¹⁷⁴ Directrices de Maastricht, parr. 6.

¹⁷⁵ Bastitta Godoy A. “La realidad de las mujeres privadas de libertad que viven con sus hijos en prisión”, Universidad de la República, 2017, p. 16.

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ *Ídem.*

carcelarios, que fluctúan entre una reproducción idéntica y permanente de la situación de violencia que enfrentan las sociedades del hemisferio¹⁷⁸.

Según la CIDH, esta situación encuentra sustento en el hecho de que las cárceles no reciben la atención o los recursos necesarios por parte de los Estados y su función se distorsiona, en vez de proporcionar protección a las personas privadas de la libertad, se convierten en escuelas de delincuencia y comportamiento antisocial, que proporcionan la reincidencia en vez de la rehabilitación¹⁷⁹. Esta situación reviste de especial importancia en el presente análisis puesto que las niñas y niños que residen en los centros de detención con sus madres se encuentran expuestos en mayor medida a estos ambientes mayoritariamente violentos que pueden influir negativamente en su desarrollo. Sobre este aspecto, es fundamental resaltar que es deber de los Estados la protección de la vida e integridad personal de todas las personas privadas de libertad y ésta incluye la obligación positiva de tomar todas las medidas preventivas para proteger a las personas contra actos de violencia provenientes de cualquier fuente¹⁸⁰, especialmente a los niños y niñas, sobre los que recae protección especial reforzada que exige la toma de medidas diferenciadas y especiales que atiendan a su condición particular de vulnerabilidad, que impide ubicarlo en una situación similar a la de los adultos¹⁸¹.

Respecto al derecho a la educación, es obligación de los Estados la plena garantía de proporcionar a todos los niños y niñas, sin ninguna distinción, el acceso a la educación que ha sido reconocido como un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos puesto que, según lo ha determinado Naciones Unidas:

“Es el principal medio que permite a adultos y menores, marginados económica y socialmente, salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la

¹⁷⁸ CIDH. *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/II. Doc.57, adoptado el 31 de diciembre de 2009, párr. 155.

¹⁷⁹ CIDH. *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, Cap. VIII, párrs. 68 y 69.

¹⁸⁰ CIDH. Informe No. 67/06, Caso 12.476, Fondo, Oscar Elías Biscet y otros, Cuba, 21 de octubre de 2006, párr. 149.

¹⁸¹ CIDH. Informe sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes, OEA/Ser.L/V/II.135. 2009. párr. 23.

protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico¹⁸².”

Por otra parte, el Comité de DESC ha destacado la importancia de la realización del derecho a la educación para poblaciones especialmente vulnerables, así como ha determinado el alcance de las obligaciones internacionales de los Estados en cuanto al acceso a la educación primaria en la Observación general N° 11, en la que se destaca:

“Obligatoriedad. El elemento de obligatoriedad sirve para destacar el hecho de que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria.

Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización.”

Por consiguiente, es fundamental que los Estados en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, otorguen prevalencia al interés superior del niño/a por encima del derecho penal, lo que significa la creación de condiciones tendientes a promover la salvaguarda de los derechos de las niñas y niños, reconociéndolos como sujetos de derechos y actores activos en la sociedad, sin perder de vista la posición de garante que ostenta el Estado por la condición de vulnerabilidad inherente a su grupo etario. Esto exige la creación de políticas públicas en el derecho interno que contemplen a los niños y niñas que nacen y crecen dentro de las prisiones, no solo a nivel jurídico y presupuestario sino también social, creando alianzas interdisciplinarias con diversas instituciones estatales cuyos fines son la protección especializada a esta población, para que se brinde una capacitación al personal penitenciario y se logre instalación de centros de desarrollo infantil o al menos, la adecuación de espacios propios de la primera infancia que garanticen sus derechos a la educación, desarrollo integral, recreación y ambiente sano.

¹⁸² Naciones Unidas, Observación general No. 13, El derecho a la educación. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 21o. período de sesiones, 1999, párr. 1.

5.2.3. Conclusiones ante las preguntas formuladas

¿Qué obligaciones específicas deben adoptar los Estados para asegurar el derecho a la vida familiar del niño o la niña, incluyendo respecto del contacto con el otro progenitor? Los Estados tienen la obligación de asegurar un ambiente y entorno sanos en los establecimientos penitenciarios, que propicien el fortalecimiento de los lazos familiares del niño o niña con su madre, sin obstaculizar en ningún caso, su relacionamiento fuera de la prisión con las redes de apoyo o grupo familiar, que puede incluir al otro progenitor y a su vez, facilitar una transición que no signifique una vulneración o cambio abrupto en las dinámicas, una vez se cumpla el tiempo que tiene permitido convivir con su madre dentro del establecimiento.

¿Qué obligaciones tiene el Estado en materia de acceso al derecho a la salud y a la alimentación de niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres? Es fundamental que en materia de acceso a la salud en el contexto de privación de libertad y tratándose de una población vulnerable y de especial protección como lo son los niños y niñas, el Estado garantice una atención médica especializada de calidad y una alimentación adecuada, en aras de su protección integral y en estricto cumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto y garantía consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

¿Cuáles son los deberes que tiene el Estado para asegurar un desarrollo adecuado de los niños y niñas que viven en centros de detención con sus madres, incluyendo lo relacionado con la integración comunitaria, socialización, educación y recreación? En atención a la realidad que viven las prisiones en la región con patrones de violencia idénticos y reproducción de dinámicas que agravan la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas privadas de su libertad, es imprescindible que los Estados no solo tomen todas las medidas preventivas para evitar que los niños y las niñas presencien o sean objeto de dichas violencias, sino que debe, a través de políticas públicas integrales construir o adecuar sus espacios para el desarrollo pleno de las niñas y niños con acompañamiento de profesionales expertos en la materia y la intervención de múltiples disciplinas e instituciones que trabajen de forma diferenciada con esta población.

5.3. PERSONAS LGBTI+

5.3.1. Contexto de discriminación estructural

Para comprender el contexto de vulneración que experimentan las personas LGBTI+¹⁸³ resulta fundamental tener de base que la comprensión de la forma en la que opera el sistema de opresión basado en el género, que afecta principal y desproporcionadamente a las mujeres, el cual produce fuertes roles y estereotipos de género y de produce un marcado rechazo de todo aquello que se aparte de las ideas rígidas de lo que constituye ser hombre y ser mujer, de lo cual se deriva el ejercicio de la violencia simbólica, es decir, aquella que se ejerce buscando transmitir un mensaje el cual en el caos de las personas LGBTI+ consiste en el rechazo y el castigo por transgredir la heteronorma y la cisnorma.

De ello se deviene que las personas que experimentan diversidad sexual (personas lesbianas, gays y bisexuales), de identidad de género (personas trans, queer y no binarios) y corporal (personas intersex), al cuestionar las comprensiones biologicistas y tradicionales de la masculinidad, la feminidad y lo que se ha discursivamente enmarcado como “normalidad sexual”, son susceptibles a ser constante y masivamente vulnerados en sus derechos humanos. Precisamente, la orientación sexual y la identidad de género se constituyen en categorías a partir de las cuales pueden erigirse prácticas discriminatorias en tanto cuestionan la norma social construida sobre los roles de género, las cuales son comprendidas a partir de los conceptos de *heteronormatividad* y *cisnormatividad*. Por un lado, la *heteronormatividad* se refiere “al sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, conforme al cual dichas relaciones son consideradas ‘normales, naturales e ideales’ y son preferidas sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género”¹⁸⁴; así mismo “se compone de reglas jurídicas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes”¹⁸⁵. Por otro lado, la *cisnormatividad* es un concepto que se ha usado para describir la expectativa de que todas las personas son cissexuales o cisgénero, es

¹⁸³ Se utiliza a lo largo del texto la sigla LGBTI+ como categoría sombrilla para agrupar a las personas cuya orientación sexual, identidad de género o expresión de género disienten de la heteronormatividad y cisnormatividad, es decir, quienes tradicionalmente se identifican como lesbianas, gays, bisexuales, trans, intersexuales, así como todas aquellas identidades no hegemónicas y emergentes como las personas no binarias, agénero, de género fluido, entre otras.

¹⁸⁴ *Ibíd.* Parágrafo 31.

¹⁸⁵ *Ibíd.*

decir, “que aquellas personas a las que se les asignó masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres”¹⁸⁶.

La CIDH señala en su informe sobre *Violencia contra personas LGBTI* de 2015 que estos presupuestos están sumamente arraigados social y culturalmente y que por ello en las sociedades americanas “son predominantes las presunciones de que todas las personas son mujeres u hombres y que este elemento define el sexo, el género, la identidad de género y la orientación sexual de cada persona”. Estas categorías permiten comprender a la experiencia lésbica, gay, bisexual y trans como categorías de especial protección, pues al no seguir estas normas sociales entran en contextos de graves vulneraciones a sus derechos humanos. En este mismo sentido, en el informe mencionado la CIDH logra un avance significativo al comprender la categoría “sexo” como una construcción social al señalar que esta idea trasciende lo biológico y la comprensión del sexo como masculino o femenino y que, por ello, el sexo no es un hecho biológico innato sino que, al ser un constructo artificial, a las personas se les es asignado socialmente un sexo al nacer con base en la percepción que se tiene sobre sus genitales; esto es sugerente pues indica que “clasificar a una persona como hombre o como mujer es una decisión social”¹⁸⁷.

En este sentido, “frecuentemente la asignación sexual al nacer es el resultado de consideraciones culturales como el “correcto” tamaño del pene o la “correcta” capacidad de la vagina”¹⁸⁸, lo que específicamente produce vulneraciones a las personas intersexuales. La intersexualidad como concepto describe “todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al *standard* de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente” y, por ende, se entiende a estas personas como aquellas que “nacen con variaciones en las características sexuales físicas, incluyendo características genéticas, hormonales o anatómicas atípicas”¹⁸⁹ En el ámbito puntual de los estándares del SIDH, estas personas ven vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley en virtud de los diferentes contextos discriminatorios, siendo uno de los más graves la criminalización de conductas

¹⁸⁶ *Ibíd.* Parágrafo 32.

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.* Parágrafo 16.

¹⁸⁹ *Ibíd.* Parágrafo 17.

sexuales consensuadas entre adultos en privado. También ven afectados sus derechos a la vida, a la integridad física, a la dignidad y honra, entre otros, en virtud de la violencia y los daños físicos, psicológicos y morales, de los que son víctimas, especialmente las personas trans y las personas *intersex*, las cuales son sometidas a intervenciones quirúrgicas para la reasignación de sexo y la modificación corporal sin su consentimiento.

Ahora bien, según la CIDH en el informe precitado de 2015, la violencia por prejuicio en la región tiene como características generales: la falta de denuncias y estadísticas oficiales que conducen a invisibilización, impunidad y falta de debida diligencia en las investigaciones y juzgamientos, el hecho de que la violencia sea sumamente generaliza y se invisibilice la que se ejerce cotidianamente al interior de los hogares, instituciones educativas y en el espacio público, el hecho de que se ejerza con altos niveles de crueldad, lo cual se ve ejemplificado en la intensa cantidad de violaciones correctivas, especialmente las que se ejercen contra mujeres LBT y los daños físicos y verbales que se ejercen en represalia a demostraciones públicas de afecto¹⁹⁰.

En adición, en el 2018 la CIDH emitió su informe *Reconocimiento de derecho de personas LGBTI* donde señaló que luego de tres años de promulgado el informe sobre Violencia “siguen estando presentes los diversos tipos de violencia física, psicológica y sexual identificados en la región”¹⁹¹. Además, manifestó como una de sus principales preocupaciones el avance de sectores anti-derechos LBTI lo cual “se traduce en la adopción de leyes y otras medidas estatales contrarias a los derechos de las personas LGBTI”, sumado a la “proliferación de campañas de desinformación y manifestaciones promovidas por sectores contrarios al reconocimiento de los derechos de las persona LGBTI en todo el continente”¹⁹².

A partir de estos elementos, interconectando con lo desarrollado por la Corte en la sentencia *Hacienda Brasil Verde contra Brasil*, puede afirmarse que existe un contexto de discriminación estructural en contra de la población LGBTI+ en América Latina. De esta forma, resulta notorio que existe un contexto generalizado de violencia y vulneración masiva

¹⁹⁰ CIDH. 2015. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América.

¹⁹¹ Avances y desafíos hacia el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTI en las Américas. Inter-Am. C.H.R. Doc. 184. OAS/Ser.L/V/II.170. Parágrafo 2 (7 de diciembre de 2018).

¹⁹² *Ibidem*. Parágrafo 15.

a las personas LGBTI en América Latina, teniendo ello un principal foco en la población trans y particularmente en las mujeres trans, quienes, en adición a todo lo anterior, al no tener otra opción, se ven forzadas al ejercicio del trabajo sexual para vivir, es decir, el sistema social les impone el sexo por supervivencia lo que, a todas luces, representa un *continuum* de violencia y precaridad, pues son excluidas de ámbitos familiares, educativos y laborales.

Por ello, en todo este panorama debe reconocerse que las personas trans son especial y diferencialmente vulnerables dentro de este contexto. Al respecto debe tenerse claro que una persona trans tiene una identidad o expresión de género diferente de aquella típicamente asociada con el sexo asignado al nacer. Las personas *trans* construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas¹⁹³.

Además, si bien todas las personas LGBTI son susceptibles de ser vulneradas en sus derechos humanos, resulta notorio que son las mujeres trans quienes padecen mayormente la violencia por prejuicio, concepto recientemente definido por la COIDH en el caso *Azul Rojas Marín* donde señaló que esta “es un concepto que apunta a una comprensión de la violencia como un fenómeno social, en contraposición con la violencia entendida como un hecho aislado¹⁹⁴; los crímenes por prejuicio constituyen racionalizaciones o justificaciones de reacciones negativas, por ejemplo, frente a expresiones de orientaciones sexuales o identidades de género no normativas. Tal violencia requiere de un contexto y una complicidad social, se dirige hacia grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT y tiene un impacto simbólico¹⁹⁵. Incluso, cuando este tipo de violencia es dirigida contra una persona o grupo de personas, se envía un fuerte mensaje social contra toda la comunidad LGBTI¹⁹⁶. Las mujeres trans al cuestionar la idea construida de masculinidad y feminidad, contradiciendo no solo *heteronormatividad* sino también la *cisnormatividad*, están mayormente expuestas al

¹⁹³ Libres e iguales. Ficha de datos. Recuperado de: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Transgender-Factsheet-Esp.pdf>

¹⁹⁴ María Mercedes Gómez, entrevista, Centro latinoamericano de Sexualidades y Derechos Humanos. 2007.

¹⁹⁵ María Mercedes Gómez, “Capítulo 2: Violencia por Prejuicio” en *La Mirada de los Jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2. Cristina Motta & Macarena Sáez, eds., Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Red Alas, 2008.

¹⁹⁶ Información presentada por organizaciones de la sociedad civil a la CIDH, Audiencia sobre la discriminación en base a género, raza y orientación sexual en América, 133º período ordinario de Sesiones, 23 de octubre de 2008. Véase, también, María Mercedes Gómez, “Capítulo 2: Violencia por Prejuicio” en *La Mirada de los Jueces: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Tomo 2. Cristina Motta & Macarena Sáez, eds., Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Red Alas, 2008, pág. 185.

rechazo, la exclusión, la discriminación y, particularmente, a la violencia institucional, especialmente cuando ello opera al interior de los establecimientos penitenciarios y carcelarios.

Adicional a reconocer la existencia de este contexto de discriminación estructural, es preciso identificar que las personas LGBTI+, especialmente los hombres que tienen sexo con hombres y las mujeres trans se encuentran en especial proclividad a contraer infecciones de transmisión sexual como el VIH/SIDA, lo cual les implica una serie de elementos de vulnerabilidad que les ubica en una situación de discriminación especial y diferenciada. Es decir, cuando además de experimentar diversidad sexual o de género estas personas viven con VIH/SIDA se genera una intersección de factores de discriminación que los ubica en escenarios de vulneración y amplia desprotección estatal.

Por otra parte, es imprescindible reconocer que las personas LGBTI+ están fuertemente atravesadas por la pobreza y la pobreza extrema, especialmente las mujeres trans quienes se ven forzadas al ejercicio del trabajo sexual y de allí que puedan tener una amplia vulnerabilidad a contraer infecciones de transmisión sexual. En este sentido, es claro que las personas trans constantemente están experimentando discriminación interseccional, pues su situación de vulneración debe comprenderse no solo en razón a su identidad de género, sino también en el marco de la pobreza y la pobreza extrema que las arroja al ejercicio del trabajo sexual para sobrevivir lo que las expone a contraer infecciones de transmisión sexual y, en muchos casos, las conduce a ser habitantes de calle.

Al respecto, en el informe coordinado por Teresa García Castro y María Santos titulado *Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros* se señala que: “A nivel mundial, las mujeres trans han sido sujetas a la discriminación, la criminalización y la violencia institucional. A menudo, enfrentan exclusión social, violaciones de sus derechos humanos y transfobia. Estos factores las conlleva, en muchas ocasiones, a trabajar en economías informales altamente criminalizadas, como el mercado de drogas, el trabajo sexual o el sexo por supervivencia. Como resultado, son perfiladas por la policía como peligrosas, haciéndolas más vulnerables al abuso policial y a ser encarceladas”¹⁹⁷. Por lo

¹⁹⁷ Teresa García Castro, María Santos (Coord.). *Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros*. P. 1.

anterior, “las personas LGBT están proporcionalmente sobrerrepresentadas en detención, dado la precariedad de su condición social y las discriminaciones que padecen que las puede llevar a cometer delitos para sobrevivir e incluso a ejercer el trabajo sexual como única opción”¹⁹⁸.

Sumado a lo anterior, de manera general, las mujeres trans son privadas del derecho a la identidad, lo que se relaciona directamente con las extensas barreras que enfrentan para el reconocimiento de su identidad de género en los documentos de identidad en aras de modificar su nombre y el componente “sexo”. Adicionalmente, la negativa de la mayoría de los Estados al reconocimiento de estas identidades se vincula con la criminalización y estigmatización que se ha hecho de ellas en el imaginario colectivo, en virtud de la *cisnormatividad*. Esto se reafirma cuando se observa el estrecho vínculo entre exclusión, discriminación y la corta expectativa de vida de las personas trans, el cual no supera los 36 años de edad. Además, la violencia y la discriminación contra niños, niñas y jóvenes trans se inicia a temprana edad, tanto en los espacios educativos como familiares. De igual modo, la exclusión y discriminación que impacta sobre las vidas de las mujeres trans dificulta el acceso a derechos básicos como la salud, la educación y el empleo, viéndose forzadas muchas veces a realizarse procesos de hormonización sin el control y revisión de un médico endocrino lo que pone en grave peligro su salud y bienestar.

Por todo ello resulta notorio que las personas LGBTI+ experimentan discriminación estructural, siendo ello más evidente y grave respecto a las mujeres trans, lo cual se potencia cuando son privadas de la libertad.

5.3.2. Estándares en materia de protección de las personas LGBTI+

En razón a la evidencia de tal panorama de fuerte vulneración, se han venido consolidando avances desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para fortalecer los mecanismos de protección de estas poblaciones. No obstante, debe tenerse presente que, a nivel global, los derechos humanos de la población LGBTI+ han tenido un desarrollo sumamente reciente y, por tanto, aún es precario. El caso *Toonen vs Australia* de 1991 fue el primer caso en conocerse dentro del Sistema Universal de Derechos Humanos que abordara

¹⁹⁸ Jean-Sébastien Blanc, Asociación para la Prevención de la Tortura. Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Washington D.C, 23 de octubre 2015.

esta problemática¹⁹⁹. Puntualmente, dicho caso se refirió a un desafío a las leyes en el estado australiano de Tasmania que penalizaban las conductas sexuales consensuadas de personas del mismo sexo. Allí, el Comité de Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas, determinó que era "indiscutible que la actividad sexual consensual de adultos en privado está cubierta por el concepto de" privacidad" (...) "en virtud del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁰⁰. Fue este el comienzo de un desarrollo progresivo en pro de los derechos de las personas LGBTI.

En el ámbito de Naciones Unidas, la firma de los Principios de Yogyakarta fue otro momento paradigmático en susodicho reconocimiento jurídico, pues estos son un conjunto de principios redactados por expertos sobre la protección de los derechos humanos de las personas que experimentan diversidad en su *orientación sexual e identidad de género*. En ellos se define a la orientación sexual como "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"²⁰¹. Además, se define a la *identidad de género* como "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."²⁰²

Derivado de lo anterior, la COIDH ha elaborado una línea jurisprudencial donde ha profundizado su análisis en relación con la vulneración de derechos de personas LGBTI y, en especial, sobre las categorías de orientación sexual, identidad de género y expresión de género como categorías protegidas por la convención y por las cuales no puede nadie ser discriminado. Al respecto, en 2012 la Corte profirió la sentencia *Atala Riffo y niñas contra*

¹⁹⁹ U.N. Human Rights Office of the High Commissioner. *Born free and equal. Sexual orientation and gender identity in international human rights law*. Doc. HR/PUB/12/06 (2012).

²⁰⁰ U.N. Toonen v. Australia. Comité de Derechos Humanos. Sesión No. 50th. At, Communication No. 488/1992, Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (4 de abril de 1994).

²⁰¹ Principios de Yogyakarta. Preámbulo. Marzo de 2007.

²⁰² *Ibidem*.

Chile donde se analizó la convivencia de parejas del mismo sexo en relación con el derecho a la protección de la familia y los derechos de los NNA. Posteriormente, cuatro años después, en 2016, la Corte profirió las sentencias relativas al caso *Duque contra Colombia* y el caso *Flor Freire contra Ecuador*, donde analizó, en el primero, el contexto de los derechos pensionales y patrimoniales de parejas del mismo sexo y, en el segundo, la discriminación debido a la orientación sexual percibida dentro de la estructura militar. Al año siguiente, es decir, en 2017, la Corte profirió la *Opinión Consultiva OC 24 de 2017* sobre las obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, y allí avanza significativamente en el reconocimiento jurídico de estos derechos fundamentales. Además, en el año 2018, profirió la sentencia *Ramírez Escobar contra Guatemala* donde nuevamente se reiteró la protección convencional respecto a la orientación sexual diversa. Finalmente, de manera reciente, en el año 2020 se profirió la sentencia relativa a *Azul Rojas Marín contra Perú* donde se fijaron y consolidaron estos estándares específicamente respecto a los conceptos de violencia por prejuicio y violencia simbólica frente a la población LGBTI. Actualmente se encuentran dos casos contenciosos bajo estudio de la Corte Interamericana en la materia: *Vicky Hernández vs. Honduras* y *Pavez Pavez vs. Chile*, los cuales permitirán ampliar estos estándares y fortalecer la protección internacional respecto de la población LGBTI+.

5.3.3. Vulnerabilidad de las personas LGBTI+ en contextos de privación de libertad

Tal y como lo afirma la CIDH en la solicitud de opinión consultiva bajo estudio “las personas LGBT privadas de la libertad enfrentan afectaciones desproporcionadas debido a la estigmatización y prejuicios existentes con base en la orientación sexual, identidad de género o características sexuales diversas”, dentro de las cuales la Comisión destaca i) la exposición a un mayor grado de violencia, ii) la determinación del ingreso a las unidades carcelarias sin considerar la identidad de género, iii) la segregación dentro la misma prisión, iv) la falta de reconocimiento de la identidad y la expresión de género, v) la existencia de mayores obstáculos para la realización de visitas íntimas y vi) la falta de acceso a servicios de salud adecuados.

Antes de revisar cada una de aquellas debe tenerse presente que el hacinamiento, la falta de atención de servicios integrales de salud y las condiciones infrahumanas de salubridad e higiene afectan a todas las personas privadas de la libertad, pero ello tiene una especial connotación cuando observamos la experiencia trans. Por ejemplo, estas son transferidas frecuentemente de una prisión a otra en razón a exigir sus derechos y pueden ser ubicadas en áreas donde existen peores condiciones. De este modo, el acceso a la educación, capacitación y otros servicios se encuentra mucho más limitado.

i) Exposición a un mayor grado de violencia

La CIDH en la solicitud de opinión consultiva señala que la violencia que experimentan las personas LGBTI+ en contexto de privación de libertad se manifiesta principalmente en el uso excesivo de la fuerza por parte del personal de custodia así como la realización de requisas vejatorias y humillaciones constantes, además del hostigamiento por parte de los demás reclusos y personal de custodia y de las agresiones recibidas en represalia a demostraciones de afecto o uso de prendas de vestir que no se corresponden con las socialmente asignadas a los diferentes géneros en razón a los estereotipos y prejuicios. Esta violencia se ejerce tanto de manera verbal como de manera psicológica y física, en especial la sexual, sea por parte de agentes del Estado o por otros detenidos. Toda esta violencia es invisibilizada y silenciada. Al respecto, cabe resaltar que, en un diagnóstico realizado en Guatemala por la Red Nacional de Diversidad Sexual y VIH, “el 100% de los presos LGBT entrevistados afirmaron que no denunciaron o no denunciarían abusos o discriminación por miedo a represalias, a pesar de la cotidianidad de esta violencia”²⁰³.

ii) La determinación del ingreso a las unidades carcelarias sin considerar la identidad de género

En términos generales, el manejo del alojamiento de las personas LGBTI+ dentro de los establecimientos penitenciarios es materia de debate. Según la CIDH la ausencia de un consenso en la materia que se materialice en leyes y políticas concretas ha conducido a que las personas trans sean recluidas siguiendo solamente el criterio de su genitalidad, lo cual desconoce su construcción identitaria. Específicamente, el alojamiento de personas trans

²⁰³ Jean-Sébastien Blanc, Asociación para la Prevención de la Tortura. Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Washington D.C, 23 de octubre 2015.

debe seguir, según lo establece el informe *Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros*, criterios de identidad, seguridad, riesgos y preferencia de la población trans. Sin embargo, tal y como lo establece claramente la CIDH en la solicitud de la presente Opinión Consultiva se evidencia en la región que las mujeres trans son ubicadas en cárceles para hombres, lo cual viola sus derechos relacionados con la identidad e incrementa los riesgos de ser víctimas de violencia física y sexual. Además, debe resaltarse que los hombres trans comúnmente ocultan su identidad para continuar siendo reclusos en cárceles para mujeres en razón al temor de experimentar violencia física, especialmente sexual, por parte de reclusos hombres.

Por otra parte, resulta necesario que la Corte IDH amplíe su mirada respecto a la experiencia trans e incluya la perspectiva de las personas no binarias, es decir, aquellas cuya identidad de género y, en muchas ocasiones, expresión de género no se asocian con ser hombre o ser mujer sino que se ubican en el intermedio entre ambas o en ambas al mismo tiempo, así como las personas de género fluido y las agénero. Respecto de estas personas la separación entre reclusos hombre y mujeres rompe con su construcción identitaria y ante la ausencia de centros de privación de libertad especiales para ellos deberán ser reclusos ya sea en centro de hombre o centro de mujeres, pero dicha decisión deberá ser tomada sin incurrir en estereotipos y prejuicios ni imposiciones. En todo caso, tratándose de personas trans el factor central para la determinación de su ingreso a determinado centro de privación de libertad debe tomarse en razón a la **voluntad de la persona trans**.

iii) Segregación dentro de los establecimientos de privación de libertad

Comúnmente al interior de los establecimientos de privación de libertad se toma la decisión de segregar a las personas LGBTI+, especialmente a las mujeres trans, supuestamente para protegerlas, siendo privadas en celdas particulares, con menos espacio y sin posibilidades de interacción social, es decir, lo que busca ser una forma de salvaguardarse se constituye, en la mayoría de las ocasiones, en un trato cruel inhumano y degradante y una forma de revictimización. Estas afectaciones tienen una mayor profundidad cuando es correlacionado con las altas tasas de hacinamiento lo que aumenta las posibilidades de ser victimizadas.

iv) Falta de reconocimiento de la identidad y la expresión de género

Este hecho es constante en los centros de privación de libertad y produce concretamente la vulneración de los derechos al nombre, a la identidad, a la identidad de género, a la personalidad jurídica, a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad. La negación de la identidad, como se mencionó previamente, es un asunto particular que experimentan las personas trans cuando no pueden modificar sus documento de identidad principalmente, pero también cuando particulares y agentes estatales desconocen su construcción identitaria y deciden tratar a las personas trans desde su genitalidad, lo cual es sumamente constante en centro de privación de libertad cuando se identifica que las personas trans suelen encontrarse en pabellones asociados a su genitalidad.

v) Existencia de mayores obstáculos para la realización de visitas íntimas

Este factor de discriminación se presenta particularmente en razón a que las leyes nacionales establecen regímenes de visitas íntimas para “familia” o “cónyuges” lo cual imposibilita a las parejas de personas LGBTI+ el uso de las visitas íntimas, especialmente en Estados donde no se reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En este punto cabe resaltar que la negativa de realizar visitas íntimas en razón a la orientación sexual o identidad de género se constituye en un trato desigual no justificado, es decir, un acto discriminatorio, tal y como lo señaló la CIDH en el caso *Marta Lucía Álvarez Giraldo Vs. Colombia*.

vi) Falta de acceso a servicios de salud adecuados

Respecto al acceso a servicios integrales de salud, en los estados de la región la mayoría de las mujeres trans encarceladas no tiene acceso a medicamentos hormonales ni a transformaciones corporales supervisadas. Sin embargo, como resultado de procesos de demanda de esta población, en algunas instituciones se permite el ingreso de hormonas, costeadas por las mismas personas. Sin embargo, estas autorizaciones no contemplan el acceso a exámenes de laboratorio ni a los controles periódicos necesarios para un tratamiento seguro.

5.3.4. Conclusiones ante las preguntas formuladas

Puede observarse respecto a las personas LGBTI+ una serie de elementos que permiten afirmar la existencia de un contexto de discriminación estructural y, una vez privadas de la libertad, un ahondamiento de dicha discriminación al interseccionarse con elementos propios de la privación de libertad. Todo esto conduce a observar la existencia de vulnerabilidad

previa, concomitante y posterior a la privación de libertad, elementos que conducen, necesariamente, a que los Estados modifiquen sus prácticas vulneratorias ante esta población y adopten medidas específicas de protección. En especial, debe reforzarse la protección ante la violencia, el respeto por la construcción identitaria y de su voluntad al momento de determinar a qué centro de reclusión serán enviadas.

En este sentido, se procede a exponer la postura de los autores respecto a cada una de las preguntas planteadas frente a este grupo poblacional:

¿Cómo deben los Estados tomar en cuenta la identidad de género con la cual se identifica la persona al momento de determinar la unidad a la que debe ingresar? Al respecto siempre y en todo caso la decisión debe estar basada en la voluntad de la persona y nunca en razón a su genitalidad o documento de identidad. Además de la voluntad como criterio principal, debe tenerse en cuenta la seguridad de la persona, es decir, los posibles riesgos que pueda enfrentar en los centros de privación de libertad. Por esta razón, respecto a los hombres trans, quienes aún a pesar de identificarse como hombres y construir su proyecto de vida desde allí prefieren comúnmente ser privados de la libertad en centros para mujeres, ello debe ser respetado, no en razón a su genitalidad, sino, insistimos, en razón a su voluntad y su seguridad. Respecto de las mujeres trans opera en igual sentido, deberán ser recluidas en el centro de privación que ellas decidan en razón a su voluntad y su seguridad. Frente a las personas no binarias, debe operar en igual sentido, deberán ser ingresadas al centro de privación de libertad que ellas determinen en razón a su voluntad y su seguridad. Con todo, ello dependerá de cada caso en concreto, teniendo especial relevancia comprender que se debe prohibir tomar dicha decisión en razón a la genitalidad y siempre en razón a su voluntad y seguridad.

¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para prevenir todo acto de violencia contra personas LGBTI+ privadas de la libertad que no impliquen segregación del resto de la población carcelaria? Las obligaciones específicas se traducen en el fortalecimiento de mecanismos de prevención debe estar marcada por protocolos específicos de educación y capacitación del personal de seguridad y custodia en temas de diversidad sexual y de género y derechos humanos, así como

mecanismos de acción temprana ante actos de hostigamiento, amenazas y violencia. Para ello el personal no solo debe estar capacitado y sensibilizado, sino también tener la posibilidad de accionar tempranamente. Ello también implica fortalecer procesos internos de investigación, juzgamiento, sanción y reparación.

¿Cuáles son las obligaciones especiales que tienen los Estados respecto de las necesidades médicas especiales de personas trans privadas de la libertad y, en particular, de ser el caso, respecto de quienes deseen iniciar o continuar con su proceso de transición? Los Estados están obligados a proporcionar acompañamiento, permisos para movilizaciones y cubrir globalmente todos los gastos que impliquen el proceso de transición. Esto significa que deben proporcionar los mecanismos de hormonización y el acompañamiento de endocrinos. Todo ello de manera completamente gratuita.

¿Qué medidas especiales deben adoptar los Estados para asegurar el derecho a la realización de visitas íntimas de personas LGBTI+? Lo primero es abolir que dichas visitas se otorguen sólo a familiares y cónyuges y se amplíe el concepto de familia, pues en muchas ocasiones las personas LGBTI+ rompen con sus familias de sangre y forman nuevos vínculos familiares con sus amigos y amigas y son estas personas quienes deben ser autorizadas siempre y sin condicionantes para la realización de visitas íntimas. También, debe permitirse el ingreso de sus parejas, independiente de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género e independiente de que no se cuente con un título de unión civil o matrimonio.

¿Qué obligaciones particulares tienen los Estados en materia de registro de los diferentes tipos de violencia contra personas privadas de la libertad LGBTI+? Los Estados están obligados a establecer mecanismos de registro de las violencias basadas en género, tener portales específicos y mecanismos particulares para denuncias y registrar incluso las que no han sido denunciadas en centro penales y policiales, pero que son narradas por las personas LGBTI+, pues de lo contrario se estaría ahondando en la invisibilización de sus violencias e inflando la impunidad.

5.4. PERSONAS MAYORES

5.4.1. Contexto de discriminación estructural

Las personas mayores son un grupo poblacional especialmente vulnerable ante la discriminación en razón a la desvalorización de la que son objeto por parte de la sociedad y el poco interés que en las agendas nacionales se le otorga. La discriminación que padece esta población está dada por factores culturales, sociales y económicos, los cuales conducen a su desvalorización, es decir, la construcción de un estereotipo social arbitrario e injusto. en razón a este estereotipo, “los adultos mayores estarían caracterizados por los atributos negativos de la improductividad, la ineficiencia, la enfermedad y la decadencia general”²⁰⁴. De esta forma, “el envejecimiento entonces pasa de ser un fenómeno natural dentro del ciclo de vida del ser humano a un principio de amenaza y degradación, por lo cual dicha condición no es precisamente esperada con felicidad por las personas”²⁰⁵.

Precisamente esa desvalorización se manifiesta en asociar esta etapa de la vida con la enfermedad lo que produce “que las personas mayores sean consideradas enfermas, carentes de autonomía, asexuadas, con dificultades para aprender, improductivas, aisladas socialmente e inflexibles”. Esto se produce en razón a la exaltación contemporánea de la juventud, asociada a la productividad, la belleza y el éxito. “La edad y el paso del tiempo son vistos como un desvalor que hay que combatir, y para ello se promocionan como soluciones antiedad (antiage) distintos productos relacionados con la conservación de lo estético”²⁰⁶.

De esta forma, el conjunto de miradas negativas que tiene la sociedad con respecto a las personas adultas mayores ha sido definido como viejismo (ageism) por Robert N. Butler quien lo define como “una experiencia subjetiva, una inquietud profunda y oscura, una repugnancia y una aversión por la vejez, la enfermedad, la discapacidad y miedo a la pobreza, la inutilidad y la muerte”²⁰⁷.

Así, “el viejismo se sustenta en un entramado de prejuicios y constituye una actitud irreflexiva transmitida por la cultura, a partir de la cual se conforma -desde la niñez- la visión

²⁰⁴ Romero Ruvalcaba, José Tomás. Discriminación y adultos mayores: un problema mayo. El Cotidiano, núm. 134, noviembre-diciembre, 2005, pp. 56-63.

²⁰⁵ Idem.

²⁰⁶ INADI. Discriminación por edad, vejez, estereotipos y prejuicios.

²⁰⁷ Idem.

que tenemos de nuestros mayores”, por ello, el viejismo tiene conotaciones únicas, pues “a diferencia del racismo o del sexismo, la discriminación por edad es perpetrada y propagada por personas que algún día llegarán a ser viejas. Las actitudes y prácticas sustentadas en el viejismo contribuyen, por lo tanto, a la propia y eventual victimización”²⁰⁸.

La consecuencia directa del viejismo es “la exclusión de la sociedad, de la comunidad y la vida familiar. La aceptación de los estereotipos por parte de las propias personas mayores puede derivar en que renuncien a buscar ayuda ante problemas médicos que atribuyen a una debilidad propia de la vejez. También puede conducir a no reclamar las prestaciones sociales que les corresponden, debido a que el envejecimiento estereotipado se asimila a retirarse de las relaciones sociales, aceptando el estigma del aislamiento y la pasividad”²⁰⁹.

Al respecto, el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo de Buenos Aires señala en su informe Discriminación por edad, vejez, estereotipos y prejuicios señala que existe “una variedad de características a través de las cuales son percibidas las personas adultas mayores por toda la sociedad; estas percepciones establecen roles, funciones y modelos que operan como estereotipos, prejuicios y mitos. Algunas de las características más relevantes para la construcción de estereotipos son: la edad, el género, el nivel educativo, el nivel socioeconómico y el estar o no en pareja”. Todo ello genera que a las personas mayores se les vincula a la enfermedad, el déficit intelectual, la dependencia económica, el aislamiento y la ausencia de vínculo con la actualidad. “Estas interpretaciones negativas de la vejez inciden de forma determinante y perjudicial en la calidad y expectativa de vida, ya que afectan las posibilidades y el ánimo de las personas mayores, desestabilizan su sistema inmune e incrementan la propensión a contraer enfermedades”.

La exclusión que experimentan las personas mayores es sistemática, pues se ejerce por todos los actores sociales, es histórica y generalizada, lo cual repercute en la negación de sus derechos humanos y la construcción de barreras para que puedan ejercer acciones concretas para su protección. De allí que pueda afirmarse que respecto a este grupo poblacional también son aplicables los elementos delimitados jurisprudencialmente respecto a la discriminación estructural.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ Idem.

5.4.2. Estándares de protección de las personas mayores

Siguiendo lo reflexionado por Betilde Muñoz-Pogossian y Adam Siegel en el texto *Envejecimiento y derechos humanos: la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, respecto a las personas mayores existen dos realidades que han propiciado a nivel regional un importante debate sobre su bienestar: primero, se encuentra el progresivo aumento de las personas mayores en América Latina y el Caribe y, segundo, la gran dispersión jurídica en cuanto a las obligaciones específicas de los Estados en la materia. “Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), entre 2010 y 2030, la cantidad de personas mayores en esta región se duplicará, de 58,57 millones a 119,67 millones, y en 2050 alcanzará la cifra de 195,87 millones. Ese incremento significa que, en 2050, el porcentaje de personas mayores en la región llegará a alrededor del 25%.”²¹⁰

En 1991 se aprobaron los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad y desde ese momento comenzó un largo proceso para la elaboración de instrumentos referentes a aspectos relacionados con el envejecimiento y los derechos de las personas mayores. Ello encontró un momento hito en la aprobación de la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe en 2012. Posteriormente, en 2015 se aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, “el único instrumento interamericano, y el primero a nivel internacional, que cubre la gama de derechos a ser protegidos para las personas mayores, desde los civiles y políticos, hasta los económicos, sociales y culturales”²¹¹.

El objeto de esta Convención consiste en “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”. Además, debe resaltarse que esta es una de las convenciones más holísticas en el mundo, en tanto cobija casi todos los aspectos de la vida

²¹⁰ Betilde Muñoz-Pogossian, Adam Siegel. *Envejecimiento y derechos humanos: la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. 23 de diciembre de 2019.

²¹¹ Idem.

de las personas mayores, teniendo como foco principal la prohibición de la discriminación en razón a la edad.

Adicionalmente, la Convención consagra una definición jurídicamente vinculante de “persona mayor” siendo ésta aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años. Asimismo, se definen varios conceptos como el de vejez, discriminación por edad en la vejez, envejecimiento, y envejecimiento activo y saludable, entre otros conceptos clave y muy útiles para los encargados de la formulación de políticas públicas orientadas a las personas mayores.

Sumado a ello, define en su artículo 2 el “Abandono” como “la falta de acción deliberada o no para atender de manera integral las necesidades de una persona mayor que ponga en peligro su vida o su integridad física, psíquica o moral”. Además, en el artículo 12 de dicha Convención se establece que: “La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía. Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor, teniendo en cuenta las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados, así como la plena participación de la persona mayor, respetándose su opinión. Los Estados Parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados que tenga especialmente en cuenta la perspectiva de género y el respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor.”

En desarrollo de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Poblete Vilches Vs. Chile* consolida un importante estándar donde analiza el derecho a la salud de las personas mayores rastreando todas las fuentes internacionales que nutren la obligación especial reforzada de proteger este derecho ante este grupo poblacional. Así la Corte enuncia:

“el artículo 17 del Protocolo de San Salvador, contempla el derecho a la salud de las personas mayores; el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de las Personas de Edad en África, y la Carta Social

Europea. Particular atención merece la reciente adopción de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, la cual reconoce que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación, entre otras. Asimismo, observa demás desarrollos en la materia, tales como: los Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, la Proclamación sobre el Envejecimiento, la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, así como otros de carácter regional, tales como: la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe, la Declaración de Brasilia, el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores, incluido el Envejecimiento Activo y Saludable, la Declaración de Compromiso de Puerto España, la Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe.

“(…) Tales instrumentos internacionales reconocen un catálogo mínimo de derechos humanos, cuyo respeto es imprescindible para el más alto desarrollo de la persona mayor en todos los aspectos de su vida y en las mejores condiciones posibles, destacando en particular el derecho a la salud. Asimismo, las personas mayores, tienen derecho a una protección reforzada y, por ende, exige la adopción de medidas diferenciadas. Respecto al derecho a la salud, sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación. (...) la Corte resalta la importancia de visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos con especial protección y por ende de cuidado integral, con el respeto de su autonomía e independencia. El Tribunal ha sostenido que, al menos, estos “deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”²¹².

De esta forma, la HCOIDH considera que, respecto de las personas adultas mayores, como grupo en situación de vulnerabilidad, existe una obligación reforzada de respeto y garantía de su derecho a la salud. Lo anterior se traduce en la obligación de brindarles las prestaciones

²¹² COIDH. Poblete Vilches Vs. Chile. Párrafos 114 y 127. 8 de marzo de 2018.

de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua. En consecuencia, el incumplimiento de dicha obligación surge cuando se les niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar una vulneración de otros derechos.”

Así las cosas, puede observarse cómo la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la sentencia Poblete Vilches se constituyen en los estándares base de protección de las personas mayores en el sistema interamericano, a partir de lo cual se desprenden obligaciones específicas para la protección de este grupo poblacional, especialmente, las relativas a la protección contra la discriminación por edad y la protección reforzada de su derecho a la salud, elementos sumamente relevantes cuando observamos las vulnerabilidades que enfrenta esta población cuando se encuentra en condición de privación de libertad.

5.4.3. Vulnerabilidades de las personas mayores en contextos de privación de libertad

Según la CIDH en la solicitud de la presente opinión consultiva, las personas mayores privadas de la libertad se enfrentan a afectaciones que les representan cargas desproporcionadas, de allí que se constituya una discriminación indirecta que ahonda su ya precaria situación de discriminación estructural. Ello se ve representado particularmente en: i) negligencia en la atención médica, ii) inadecuada accesibilidad a las prisiones, iii) dificultad para preservar vínculos familiares y iv) mayor dificultad en la reinserción laboral. Todos estos elementos son producidos por el vejeísmo como factor transversal productor de discriminación que se intersecciona con la privación de libertad.

i) Negligencia médica

En razón a la edad, las personas mayores experimentan un deterioro de su salud que puede conducir a afectar, entre otros, la alimentación y el desplazamiento; sin embargo, se ha evidenciado cómo en la región no se ha avanzado en establecer mecanismos de atención especializada y adecuada en razón a la edad, lo cual se representa en la falta de personal capacitado, falta de insumos médicos especiales y otros insumos como bastones, sillas de ruedas y andadores. Esta falta de atención conduce al envejecimiento acelerado, es decir, el fenómeno de que una persona experimente una edad psicológica 10 o 15 años mayor a la de su edad física. Esto también se materializa en la falta de cuidados paliativos y de hospicio, lo

que genera que muchas veces mueran en condiciones inhumanas. En este punto cabe resaltar el estándar consolidado en la sentencia Poblete Vilches y la necesidad de que, a través de un control de convencionalidad, los Estados adopten medidas tendientes a proteger y garantizar la salud de las personas mayores privadas de la libertad.

ii) Inadecuada accesibilidad física

Esta vulneración se produce como consecuencia directa del vejeísmo en tanto las cárceles son construidas pensando en las personas jóvenes sin ninguna consideración respecto de las personas mayores. Esto se ve materializado en las dificultades que experimentan las personas mayores para su desplazamiento y en los dormitorios.

iii) Dificultad para preservar vínculos familiares

Las personas mayores suelen ser ubicadas en centro de reclusión alejados de sus familias o experimentan limitaciones para la realización de visitas lo que produce el quebrantamiento de vínculos familiares y termina por conducir a afecciones a la salud mental de estas personas.

iv) Reinserción laboral

Al respecto se ha observado una inexistencia completa de programas especiales para la reinserción laboral de adultos mayores, en especial fruto de los avances tecnológicos que les implica imposibilidades materiales para acceder a ciertos empleos. Esto produce que, una vez se encuentren en libertad, no puedan acceder al mercado laboral formal y se vean forzados nuevamente a delinquir.

5.4.4. Conclusiones ante las preguntas formuladas

El vejeísmo como sistema de opresión produce diferentes vulneraciones constantes a las personas mayores las cuales se ahondan y agravan en contextos de privación de libertad. De allí que sea necesario que la HCOIDH adopte las siguientes recomendaciones:

¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados para asegurar el derecho a la accesibilidad y a la movilidad personal en los centros de detención, por parte de las personas mayores privadas de la libertad? Los Estados están obligados a adoptar transformaciones físicas en los centros de privación de libertad para permitir la accesibilidad y los desplazamientos internos para los adultos mayores, así como

establecer que estos duerman en camas accesibles sin tener que subir escaleras o elementos similares.

¿Cuáles son las obligaciones estatales en materia de atención médica y psicológica a personas mayores privadas de la libertad? En particular, ¿qué deberes tiene el Estado respecto de cuidados paliativos que puedan requerir estas personas? Los Estados están obligados a prestar servicios médicos que cumplan con las garantías establecidas del derecho a la salud, es decir: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Al respecto debe tenerse presente el estándar consolidado en el caso *Poblete Vilches Vs. Chile*.

¿Qué medidas deben adoptar los Estados para asegurar que las personas mayores privadas de la libertad tengan contacto exterior con su familia? Al respecto se propone que los Estados deberán garantizar que las personas mayores se encuentren privadas de la libertad en establecimientos cerca a donde se encuentran sus familias. Además, se sugiere un sistema de mayor laxitud para otorgar permisos de salida a personas mayores en aras de visitar a sus familiares.

¿Cuáles son los deberes específicos de los Estados para garantizar a estas personas su plena reinserción social? Los Estados deben adoptar planes y protocolos específicos de reinserción social, especialmente laboral, para las personas mayores. Deberán fortalecer los programas educativos al interior de las cárceles para capacitarlos en avances tecnológicos. Además, deberá haber acompañamiento a estas personas monitoreando su situación para evitar que incurran nuevamente en conductas punibles.

5.5. PERSONAS INDÍGENAS

El presente apartado está destinado a responder a las preguntas formuladas por la honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el objetivo de determinar las obligaciones específicas que tienen los Estados para garantizar que las personas indígenas cuenten con condiciones de detención que sean adecuadas atendiendo a sus circunstancias particulares. El trabajo investigativo propuesto, interpreta la construcción jurisprudencial y normativa hecha por el Sistema

Internacional e Interamericano de Derechos Humanos, analizando con especial atención el caso colombiano como unos de los Estados que ha logrado mayor desarrollo de la denominada Jurisdicción Especial Indígena, la cual se considera como la única alternativa para la defensa plena de los derechos de personas indígenas detenidas.

Es en virtud de lo anterior, que se estructura esta apartado inicialmente con la identificación de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección internacional en el marco amplio de los Derechos Humanos, en un segundo momento se expone la construcción jurídica que ha tenido el denominado enfoque intercultural y el derecho a la identidad cultural al interior del SIDH, en un tercer momento se describe la estructura de la Jurisdicción Especial Indígena puntualizando en el estudio del caso colombiano, para en el último apartado del escrito, dar respuesta a las preguntas planteadas por la CIDH y poner a consideración de la Corte IDH recomendaciones generales que sintetizan el escrito.

5.5.1. El contexto de discriminación estructural y la protección especial de las comunidades indígenas

Los pueblos indígenas como sujetos de especial protección y titulares de derechos humanos tanto individuales como colectivos, constituyen un grupo que ha contado con un importante desarrollo normativo de la mano del Sistema Internacional²¹³ e Interamericano de Derechos Humanos, como escenarios de discusión y acuerdo para dotar de contenido los derechos reservados para estos sujetos de especial protección internacional²¹⁴.

De esta manera, instrumentos internacionales como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas, ilustra de una manera general y a partir de su articulado, derechos como la autonomía de las comunidades indígenas, el respeto a sus instituciones propias y la defensa permanente de su territorio, presupuestos normativos complementados acertadamente por la Declaración Americana

²¹³ CIDH. Situación de los DDHH de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 29 de septiembre de 2019, párr. 16

²¹⁴ UN. Los pueblos indígenas y el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Folleto informativo N.9/Rev.2, Nueva York y Ginebra, 2013

sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de una construcción más específica y que aborda elementos de gran importancia como la Jurisdicción Especial Indígena²¹⁵.

Además, el desarrollo del marco jurídico internacional en el que se inscriben los derechos humanos propios de comunidades indígenas en el continente americano ha contado también con la participación activa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien desde la emblemática sentencia *Magna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* del año 2001, integra a la jurisprudencia del Tribunal una interpretación amplia de derechos para comunidades indígenas emanada del Convenio 169 de la OIT y de este modo, un concepto amplio de territorio que va mucho más allá de la simple tenencia de terreno a considerar la relación espiritual e intergeneracional que supone el entendimiento indígena del territorio, para así advertir el contenido del artículo 21 de la CADH²¹⁶.

Sin embargo, pese al desarrollo constante de estándares internacionales destinados a la protección de las comunidades indígenas en el continente americano, aún estas se encuentran en una constante vulnerabilidad. Así ha sido determinado por numerosos informes internacionales²¹⁷ que cada día resaltan la necesaria protección que debe tener la cultura indígena ante un sistema de desarrollo extractivista de los recursos naturales y de asimilación cultural que ponen en peligro su desaparición como pueblo, constituyendo no solo un riesgo de pérdida cultural, sino un atentado mismo contra la humanidad y modos de vida más cercanos al medio ambiente y a la armonía territorial²¹⁸.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos en informes como *Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía* resalta la lucha histórica enfrentada por las comunidades indígenas, en la defensa de su cultura y territorio, lucha que ha iniciado desde el siglo XV con la llegada de la colonización europea y que ha tenido que enfrentar hasta la fecha, la expansión de

²¹⁵ Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016, Artículo XXII

²¹⁶ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. párr. 148.

²¹⁷ CIDH. Situación de los DDHH de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 29 de septiembre de 2019; UN, Situation of the indigenous peoples in the Arctic. UN, Siberian and the Far East Regions in the Russian Federation (Russia). UN, Infringement of indigenous rights in Brazil while attention is on COVID-19 crisis. UN, Multiple crises infringe on indigenous rights in Brazil

²¹⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, párr.66.

industrias extractivas, excursiones evangelizadoras, políticas de prohibición para sus prácticas tradicionales e incluso la presencia de grupos armados en su territorio, lo que ha llevado a la extinción física y cultural de pueblos indígenas enteros. Esta situación se confirma con lo expresado en el informe de *Pobreza y derechos humanos* en donde la CIDH describe la actual situación de discriminación estructural a las que han sido sometidas estas comunidades indígenas, expresado en altos niveles de analfabetismo, desnutrición y obstáculos para acceder a servicios básicos como el agua potable o saneamiento básico²¹⁹.

Sin embargo, la Carta de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, incluyen dentro de su contenido el derecho a la autonomía de los pueblos, construcción que se confirma la Declaración de los Derechos de los pueblos indígenas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en donde no sólo se enuncia este derecho, sino que se profundiza en la necesidad de garantías en la defensa de la cultura indígena y el resguardo de su derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada, a fin de prevenir la destrucción de su cultura.

5.5.2. Vulnerabilidad de las personas indígenas privadas de la libertad

Debe tenerse en cuenta el contexto en el que se enmarca este deber de protección, dada la particular situación de los países del continente americano relativo a los altos índices de hacinamiento que padecen sus sistemas penitenciarios y carcelarios²²⁰, lo que ya constituye una lesión enorme a los derechos de las personas que se encuentran privadas de la libertad, pero que empeora la situación de las personas indígenas que se encuentran en estos establecimientos, puesto que también se violan aquellos derechos que le son propios por hacer parte de una comunidad indígena, al encontrarse prácticamente imposibilitados de

²¹⁹ CIDH. Pobreza y Derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II.164. Doc 147, 7 de septiembre de 2017

²²⁰ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 319. Corte IDH. Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 13 de febrero de 2013, párr. 135. Corte IDH. Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2014, párr 15. Corte IDH. Caso Tibi Vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. párr 150. Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. párr 108

poder continuar con sus prácticas tradicionales y verse expuestos a situaciones mucho más lesivas dada su identidad cultural²²¹.

Es en virtud de lo anterior, que se convierte en un deber en cabeza de los Estados la defensa de la cultura indígena, particularmente frente a casos de privación de libertad de personas indígenas, a partir de todos los medios que le sean accesibles, siempre teniendo presente el respeto por su identidad cultural y estando en constante diálogo con estas comunidades, pues solo de esta manera se le puede dar cumplimiento a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

No obstante, es importante resaltar el deber que tienen los Estados de adoptar un enfoque interseccional o diferencial en todas las acciones que realicen sus instituciones, ya que esto se constituye como una herramienta que permite dar un tratamiento diferencial a las situaciones en las que una persona puede verse afectada por sus especificidades etarias, de género o etnoculturales²²². En este sentido, las acciones que los estados lleven a cabo podrán estar más cercanas a la realidad de cada persona y permitirán un trato diferenciado a personas que por sus condiciones de vida así lo requieran.

Así pues, las instituciones que se encargan de la privación de la libertad en cada país no pueden ser la excepción a lo anterior. En estas instituciones se reproducen prácticas y dinámicas que pueden generar múltiples (y en muchas ocasiones graves) vulneraciones a la integridad personal²²³. Y dentro de ellas hay diferentes grupos poblacionales en los que pueden converger diversos tipos de discriminaciones y vulneraciones, las cuales deben ser reconocidas y atendidas de manera diferencial para así garantizar sus derechos. Por esta razón se hace fundamental adoptar este enfoque dentro de la privación de libertad.

Si bien existen diferentes grupos poblacionales frente a los cuales debe darse la aplicación de dicho enfoque diferencial, en las siguientes líneas nos ocuparemos de las personas indígenas en el contexto de privación de libertad en un establecimiento penitenciario o carcelario ordinario en las Américas. Además, se darán algunas recomendaciones de carácter

²²¹ Santiago Medina Villareal *et al*, Situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario, 2016, pp. 15

²²² CIDH. Situación de los DDHH de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonía, OAS/Ser.L/V/II. Doc. 176, 29 de septiembre de 2019, párr. 43

²²³ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000. párr.95.

transitorio que estos estados deben tomar en cuenta para la protección efectiva de los indígenas dentro de dicho contexto.

i) Enfoque intercultural y derecho a la identidad cultural

El derecho a la identidad cultural (en adelante DIC) de los pueblos indígenas, se consigna en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, actualmente el principal tratado que reconoce de forma expresa los derechos de estos colectivos. A ello, se suma la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual refleja un amplio consenso sobre sus derechos en la comunidad internacional y que fue aprobada con el voto favorable de los Estados amazónicos. Igualmente, importantes son un sin número de pronunciamientos de la UNESCO, como la Recomendación de la Salvaguarda de la Cultura tradicional y popular (1989).

Ahora bien, en cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, inicialmente no se consagró la protección del DIC de forma expresa, sin embargo, de manera progresiva y en sentido evolutivo del contenido de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)²²⁴, además de la interpretación de otros instrumentos internacionales y el desarrollo que en el derecho interno de los Estados se ha venido gestando, el Sistema Interamericano finalmente adoptó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual otorga un reconocimiento adeudado de los derechos propios de las comunidades étnicas, teniendo aplicabilidad directa por parte del Sistema Interamericano en las situaciones en que los derechos culturales de estas comunidades entren en controversia.

Respecto al contenido de los derechos culturales, es importante recordar lo que La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) ha definido como cultura:

²²⁴ Mencionados en el voto parcialmente disidente del Juez Abreu Burelli en el caso de la comunidad Yakye Axa vs. Paraguay 1.1. obligación de respetar los derechos, 5. Derecho a la integridad personal, 11 protección de la honra y de la dignidad, 12 libertad de conciencia y de religión, 13 libertad de pensamiento y expresión, 15 derecho de reunión, 16 libertad de asociación, 17 protección a la familia, 18 derecho al nombre, 21 derecho a la propiedad privada, 23 derechos políticos y 24 igualdad ante la ley. Sin embargo, la postura de este Amicus Curiae es que la lectura de la identidad cultural debe emanar a todo el articulado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

“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”²²⁵.

Acorde con lo anterior, es adecuado afirmar que el DIC comprende “el derecho de todo grupo étnico cultural y sus miembros a pertenecer a una determinada cultura y ser reconocido como diferente; conservar su propia cultura y patrimonio cultural tangible o intangible; y a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o ser asimilado involuntariamente por ella”²²⁶. Al respecto, es importante mencionar el giro jurisprudencial que ha adoptado la Corte IDH al pasar de la protección de los derechos individuales de los miembros de las comunidades étnicas, al de la comunidad como ente propio²²⁷ frente a derechos con dimensiones sociales²²⁸, lo cual, también ha sido reconocido por Tribunales nacionales como la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-778 del año 2005, donde indica como sujeto directo del DIC a las comunidades indígenas, aun cuando no difiere con la protección de las manifestaciones culturales individuales.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el DIC es una expresión de la libertad de decisión a llevar un determinado estilo de vida para proteger a los individuos y la agrupación que conforman con otras personas conforme a intereses compartidos, que en el caso de las comunidades étnicas son, entre otros, un origen histórico y étnico común. En este orden de ideas, el DIC no puede concebirse desligado del derecho de autonomía y autodeterminación de los pueblos²²⁹ en virtud del cual se reconoce la libertad para perseguir los ideales de desarrollo económico, social y cultural, autogobierno y al respeto de las instituciones propias

²²⁵ Preámbulo de la Declaración Universal de las Unesco sobre la diversidad cultural (2001)

²²⁶ El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: Una mirada desde el Sistema Interamericano. nacionales. Oswaldo Ruiz Chiriboga. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>. pág 45

²²⁷ Esta transición se puede observar en casos como el del Estado Matto Grosso do Sul en Brasil y el Corte IDH. Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012.

²²⁸ Véase por ejemplo la dimensión social del derecho a la libertad de expresión en la Corte IDH Caso Canese Vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 77; Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 108, y Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 4 de septiembre de 2001, párr. 146; y la dimensión colectiva de la libertad de asociación en Corte IDH Caso Huilca Tecse vs. Perú, Sentencia de 03 de marzo de 2005, párr. 69.

²²⁹ Art. 3 y 4 de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, y el Convenio 169 de la OIT.

de las comunidades indígenas; principio que ha servido de consigna para reparaciones y reivindicaciones realizadas por algunos Estados Americanos²³⁰, a través de diferentes figuras y alcances, que en general, han reconocido la autonomía de estas comunidades para su administración política y judicial dentro de sus territorios.

Conforme a lo expuesto en precedencia, es de aclarar que, en orden a responder la consulta elevada por la Comisión, el estado de mayor protección a los derechos humanos de personas indígenas condenadas a penas privativas de la libertad, es el del sometimiento a la jurisdicción indígena propia y cumplimiento de la pena en los centros de armonización o el lugar denominado por cada comunidad para el cumplimiento de las penas o sanciones impuestas de acuerdo con las características de cada cultura. Haciendo énfasis en que la justicia propia no puede concebirse garantizada sin los recursos y elementos necesarios para su materialización, entre ellos, las normas, autoridades, procedimientos, la necesidad de una coordinación armónica con el sistema judicial mayoritario en los casos que deban converger según el derecho doméstico de cada Estado, y en consecuencia, las instalaciones idóneas para el cumplimiento de las sanciones, así como lo necesario según la cosmovisión, usos y costumbres de cada comunidad para la realización efectiva de la autonomía judicial con enfoque cultural.

Esto, debido a que no se puede concebir la realización y efectivo cumplimiento al DIC, conforme al concepto y realidad actual de los centros de reclusión y privación de la libertad occidentales; tanto en su ámbito individual como de la comunidad étnica a la que pertenece la persona sancionada, teniendo en cuenta los estándares indicados por la Corte IDH de la obligación de los Estados de garantizar, en condiciones de igualdad²³¹, el pleno ejercicio y goce de los derechos de las personas que están sujetas a su jurisdicción, de manera efectiva, es decir, tomando en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

²³⁰ Venezuela (art. 169 de la constitución de la república bolivariana de Venezuela); Colombia (art. 329 de la constitución de Colombia); Estados Unidos (fallo del juez Marshall de la Corte Suprema de Justicia *WORCESTER* vs. *GEORGIA* (31 u.s. (6 pet.) 515 (1832))); Canadá (Tratado celebrado en 1999 en favor de la comunidad Inuit de Nunavut; Bolivia (art. 270 de la carta magna de Bolivia).

²³¹ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005, párr. 185.

Lo anterior, además, dada la imposibilidad de adecuar los centros de reclusión ordinarios actuales a los elementos que debieran concurrir para una efectiva y real realización de todos los derechos en los que se debe materializar el DIC, teniendo en cuenta que es un derecho transversal y que no se puede entender garantizado sin la realización de todos los derechos humanos, así se ha dejado en evidencia en Sentencias como el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua* donde la Corte IDH determinó el territorio como un elemento esencial para la consagración de la identidad cultural:

“la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras²³².”

Atendiendo al aparte extraído, un centro de reclusión por fuera del territorio comunal es una medida de asimilación forzada, puesto que el territorio, además de la especial importancia en la continuidad y supervivencia de las comunidades indígenas por causa de la discriminación estructural histórica y de contexto que han sufrido, es el lugar donde han podido continuar sus manifestaciones culturales de manera segura generación tras generación; sin embargo, su relación con el medio natural no es solamente física, sino que comprende un aspecto espiritual y moral, en torno al cual han desarrollado sus valores como comunidad, conocimientos y espiritualidad, por lo cual, está asociado a un sentimiento de bienestar y lo hace difícilmente sustituible.

En virtud de lo anterior, se reconoce el territorio como parte del patrimonio cultural indígena y en este entendido, su protección y posibilidad de acceso a las personas con un enfoque étnico diferencial, no sólo garantiza los derechos individuales de los miembros de la comunidad, si no la pervivencia de la cultura que allí se asienta; conforme al cual, haciendo uso de las normas de interpretación y del Art. 29.b de la CADH, la Corte ha reconocido una

²³² Corte. IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. párr. 148.

titularidad comunal del mismo a través de la posesión ancestral, incluso si no se reconoce de manera formal²³³.

Igualmente, en diversos casos que han sido objeto de decisión de la Corte IDH, el territorio o un aspecto relacionado a este, determina la afectación de otros derechos, para el caso específico de personas indígenas privadas de la libertad, reviste especial importancia el caso de *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile* (2014), donde se expone la situación de comuneros que se encuentran en centros penitenciarios extremadamente distantes de su comunidad, desconociendo la situación económica y de vulnerabilidad de las familias indígenas para sufragar el costo de las visitas periódicas, por lo que la Corte IDH declara que es una medida abiertamente violatoria al derecho de protección a la familia; esta decisión se complementa, y debe entenderse con lo establecido en pronunciamientos como el de *Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*, donde se indicó que la familia indígena “no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las diferentes generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte”²³⁴, en consecuencia, se debe garantizar de manera razonable las condiciones de arraigo cultural en este contexto como la proximidad a su territorio y comunidad en extenso.

Es importante mencionar que la afectación a la comunidad en los casos de privación de la libertad de personas indígenas en centros penitenciarios distantes a su territorio originario, ocasionalmente puede situar a la comunidad en un mayor grado de vulnerabilidad cultural, en razón del rol que dentro de su comunidad ostente la persona recluida, a saber, si es un mayor, médico tradicional, guarda indígena, u otro, dada la importancia de su papel comunitario en la tradición de transmisión oral de la cultura e historia²³⁵.

Al ser el territorio elemento esencial del patrimonio cultural de las comunidades étnicas, así mismo se entiende como pieza fundamental para el cumplimiento del DIC, pues también transversaliza todos los aspectos necesarios para el estilo de vida escogida por los pueblos tradicionales- rituales, alimentos, vestuario, educación, religiosidad, lengua, medicinas, etc-

²³³ Corte. IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Sentencia de 15 de junio de 2005.

²³⁴ Corte IDH. Chitay Nech y otros Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia 25 de mayo de 2010, párr. 1 59.

²³⁵ Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia 19 de noviembre de 2004, párr. 49.19

devienen de este, por lo que la privación de la libertad en centros penitenciarios o carcelarios diferentes a los dispuestos por la comunidad o por fuera de su territorio, tienen una connotación especialmente restrictiva para el ejercicio de estos derechos con un enfoque cultural apropiado. Es conforme a esto que la actuación de los Estados deberá estar dirigida de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que se adapta al enfoque de comunidades indígenas, en lo resuelto en el caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, así:

"no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría"

De ahí que no hay una forma en que los derechos humanos de personas indígenas privadas de la libertad sean cumplidos en un centro penitenciario ordinario, dicha afectación se acentúa por la situación de sujetos de especial protección y de vulnerabilidad en razón a las condiciones actuales para su continuidad cultural. En la misma línea argumentativa, en cuanto a los derechos consagrados en los artículos 5 y 10 de la CADH (derecho a la integridad personal y a la salud), en relación con el DIC para personas privadas de la libertad, no se observa acciones positivas con el fin de garantizar este derecho ni los recursos necesarios para adecuar el sistema de salud para esta población con un enfoque culturalmente apropiado, con arreglo a los recursos que esta medida requiere, lo cual, debe incluir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas y médicos tradicionales. Esto significa una limitación para su derecho a conservar, utilizar y proteger sus prácticas de medicina tradicional.

En una comprensión más amplia de salud siguiendo lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación general 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, además de lo anterior, según su cosmovisión debe comprender su dimensión colectiva, ya que "la salud del individuo se suele vincular con la salud de la sociedad en su conjunto", entendido esta como la comunidad, los recursos, la tierra, y los demás elementos que comprenden el conjunto social conforme a su cosmovisión.

En cuanto a la dimensión colectiva del derecho a la salud de las comunidades indígenas merece especial importancia para su protección, en particular, las situaciones de comuneros procesados, puesto que esta desarmonía en la sociedad es concebida como un estado de enfermedad, en este entendido, la recuperación de la armonía en el conglomerado es esencialmente una práctica cultural y de intervención de sus mecanismos propios de resolución de conflictos, normas, tradición oral, procedimientos y medidas de sanción y reparación, que no puede limitarse, ni asimilarse al fin de resocialización occidental, aún más teniendo en cuenta la evidente ineficacia de las medidas que para la consecución de este fin se han implementado en los sistemas carcelarios de la población mayoritaria, el cual es a todas luces inclusive para el fin de la pena occidental, no satisfactorio.

No obstante lo anterior, es igualmente importante mencionar para los fines de este escrito, el concepto de diversidad cultural que ha adoptado la UNESCO en la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural:

“La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y pluralidad de las identidades que caracterizan a las sociedades y los grupos que componen la humanidad.

Como la diversidad biológica para los organismos vivos, así la diversidad cultural es necesaria para el género humano, porque es fuente de intercambios, innovación y creatividad. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

En nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar una interacción armoniosa y una voluntad de convivir de personas y grupos con identidades culturales plurales, variadas y dinámicas.

La diversidad cultural es un medio de acceso a una existencia intelectual, afectiva, moral y espiritual satisfactoria, y por esta razón amplía las posibilidades de elección que se brindan a todos”.

Acorde con el texto citado y el constante movimiento connatural de la cultura, no se puede entender que esta es estática en el tiempo si no que, al contrario, es de su esencia el cambio, la adaptación, el intercambio y/o mixtura cultural. Es así que, bajo este entendido, cada Estado debe considerar y analizar las nuevas formas culturales y/o expresiones de las

comunidades indígenas, y adaptar las medidas propuestas a las particularidades específicas del caso a aplicar. Un ejemplo de estas nuevas realidades, son los cabildos indígenas en contexto de ciudad, las comunidades indígenas en condición de desplazamiento forzado, pueblos indígenas de la Panamazonía, los indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial, entre otras.

En este escenario, y conforme a la inescindible confluencia de culturas en el relacionamiento social, estas “deben convivir con una base de respeto hacia sus diferentes cosmovisiones, derechos humanos y derechos como pueblos”²³⁶, lo que hace necesario un permanente y equilibrado diálogo intercultural, herramienta para entender las visiones de las culturas que confluyen en los variados escenarios de la vida social y por tanto, sus diferencias culturales en aras de evitar exclusiones o desconocimiento conforme al proyecto de vida de cada una de ellas.

En el caso de la función judicial y las personas privadas de la libertad, en consonancia con lo ya expuesto, el estadio de mayor protección a la identidad cultural de una persona indígena es la instalación o consolidación de la Jurisdicción indígena en cada Estado, garantizando la máxima autonomía en el ejercicio de la función judicial en todo el procedimiento de imputación de la responsabilidad penal de un individuo, sin embargo, en el marco del diálogo intercultural, se debe considerar escenarios donde ésta entre en conflicto con la cultura mayoritaria u otras culturas, y que por ende, se deban realizar juicios de ponderación para la pertinencia del conocimiento de la justicia ordinaria en el marco de los derechos fundamentales reconocidos.

ii) La Jurisdicción Especial Indígena

Es sabido que en la mayoría de los estados americanos se encuentra una coexistencia de campos jurídicos debido a la diversidad cultural y social que se presenta dentro de sus comunidades. Esto implica que diferentes grupos de personas se organizan y buscan reconocimiento por parte de la comunidad en general y de las autoridades estatales en particular. Así pues, las comunidades indígenas se han constituido dentro de dicha pluralidad

²³⁶ UNFPA, PNUD, UNICEF y ONU Mujeres. Ampliando la mirada: La integración de los enfoques de género, interculturalidad y derechos humanos. Santiago de Chile: 2012, p. 24.

jurídica, formando de esta manera un grupo particular que ha luchado durante años por el reconocimiento de su autonomía en diferentes niveles, como lo son la autonomía política, jurídica y territorial.

Estas luchas, que han sido constantes e incansables dentro del contexto americano, han traído diferentes resultados al interior de los Estados. En el caso colombiano, uno de los principales avances ha sido la consolidación de la Jurisdicción Especial Indígena, introducida por primera vez en la Constitución Política de 1991. Así pues, esta introducción del derecho propio de las comunidades indígenas dentro de la Constitución “(...) incluye el reconocimiento no solo de la validez del derecho indígena dentro del ordenamiento jurídico estatal sino también el reconocimiento de la competencia jurisdiccional de sus autoridades tradicionales.”²³⁷.

Como se dijo, la Jurisdicción Especial Indígena ha sido consolidada en Colombia gracias a las luchas constantes de comunidades indígenas que reclamaban su derecho a regirse por sus costumbres ancestrales, a tener sus propias autoridades indígenas, a aplicar sus propias sanciones y mediante sus propios procedimientos. De este modo, esta jurisdicción especial ha significado un gran paso para garantizar el derecho a la diversidad étnica y cultural del país, así como proteger el derecho a la autodeterminación que las comunidades indígenas tienen en virtud de dicha diversidad.

Si bien esta jurisdicción especial fue creada por la Constitución de 1991 ha sido desarrollada principalmente en el ámbito jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional de Colombia, quien se ha encargado no solo de otorgar el reconocimiento de amplios derechos a las comunidades indígenas, sino también de limitar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales dentro de los resguardos indígenas. Dentro de dichos límites se encuentran los Derechos Fundamentales, la Constitución, la Ley (principalmente el derecho al debido proceso y el derecho de defensa), derecho a la vida, la prohibición de tortura y esclavitud, legalidad de procedimientos y penas, y la realización de actos que vayan en contravía a la dignidad humana.

²³⁷ Peña Guzman, M. (2007). Los desafíos del reconocimiento del derecho indígena: estudio del caso colombiano. *Boletín de Antropología*, 21 (38), 201 - 226.

En este desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha hecho de la jurisdicción especial ha dotado a los derechos de las comunidades indígenas dos dimensiones fundamentales, una colectiva, que se encuentra en cabeza de toda la comunidad indígena y que se constituye como garantía del derecho a la diversidad étnica y cultural, y otra dimensión individual de la que son titulares cada uno de los comuneros, la cual ha sido nombrada fuero especial indígena.

El Fuero especial indígena²³⁸ tiene un carácter fundamental en este desarrollo jurisprudencial que la Corte Constitucional ha hecho, puesto que es una de las alternativas al derecho occidental que tiene una persona indígena cuando comete una falta y debe ser sancionado²³⁹. El fuero se encuentra constituido por cuatro elementos a saber: 1) elemento personal, 2) elemento territorial, 3) elemento objetivo y 4) elemento institucional u orgánico.

El elemento personal es aquel en virtud del cual el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo debe pertenecer a una comunidad indígena y frente al cual se establecen dos supuestos de hecho, el primero, que la conducta solo sea sancionada por el orden nacional, caso en el que en principio los jueces ordinarios son los competentes para conocer del caso; segundo, que la conducta sea sancionada tanto por la jurisdicción indígena como por la ordinaria, en este caso deberá tomarse en cuenta la conciencia étnica y el grado de aislamiento de la cultura a la cual este pertenece.

En cuanto al elemento territorial se establece que la comunidad podrá aplicar usos y costumbres dentro de su territorio, donde existen dos criterios de interpretación, el primero, es la noción que tiene la comunidad de territorio, puesto que esta no se agota a un criterio

²³⁸ “El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad. En este sentido, se constituye en un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante.” Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-921 de 2013, magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt.

²³⁹ (i) En primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución; (ii) en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, (iii) también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2002.

geográfico, sino que debe interpretarse como el ámbito dentro del cual la comunidad despliega su cultura. Y el segundo, el territorio también comprende el aspecto cultural, quiere decir que tiene un efecto expansivo, un hecho que ocurra por fuera de la comunidad y que se evidencie nocivo para esta puede ser remitido a sus autoridades.

En tercer lugar, se encuentra el elemento institucional u orgánico, que se refiere a la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad, estructurada a través de su cosmovisión, derecho propio, ley de origen, derecho mayor, con los procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad, quiere decir que debe tener (i) cierta coerción social por parte de las autoridades, (ii) un concepto genérico de nocividad social.

Este elemento además estaría compuesto por 3 criterios de interpretación relevantes: La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos y La satisfacción de los derechos de las víctimas.²⁴⁰

Por último, encontramos el elemento objetivo, que hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado, quiere decir, si es un interés de la comunidad particularmente o un interés de la sociedad mayoritaria.

iii) El Caso Colombiano

Para el desarrollo de esta intervención se tomó como referencia el caso colombiano, con el fin de dar a conocer las medidas que ha tomado el Estado colombiano frente a la situación de las personas indígenas privadas de la libertad. Por lo tanto, es importante traer a colación que la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante C.P.C. la Constitución o C.P.) en su artículo primero reconoce al Estado como pluralista, es decir, que cuenta con una diversidad étnica y cultural, velando por la conservación de las diferentes formas de identidad. Para garantizar lo anterior, en el caso de los pueblos indígenas, de acuerdo con los Art. 246 y 286 de la C.P. disponen de una amplia autonomía que les permite ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus resguardos de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

²⁴⁰ Sentencia T-921 de 2013. Corte Constitucional de Colombia, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Así mismo, en el artículo 246 ordena que la ley se deberá establecer las formas de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena con el sistema judicial nacional.

No obstante, debido a la omisión legislativa respecto de la ley de coordinación entre el sistema mayoritario y el derecho propio de los pueblos indígenas, ha sido la Corte Constitucional colombiana en su jurisprudencia la que con los años se ha encargado de ir definiendo los parámetros bajo los cuales se debe hacer esa coordinación, como también, las subreglas aplicables a los límites a la justicia indígena.

En ese sentido, la Corte Constitucional colombiana ha determinado que “los indígenas tienen derecho a la aplicación de un enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria que les permita garantizar la protección y permanencia de sus costumbres y tradiciones étnicas. Esto implica que los indígenas que se encuentran reclusos en un establecimiento penitenciario ordinario por disposición de la máxima autoridad de su resguardo o por no haber cumplido los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial, tienen derecho a pagar su condena en un pabellón especial que les garantice la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural”²⁴¹.

Dicho enfoque diferencial, se ha dividido en dos líneas distintas en la jurisprudencia constitucional, la primera, gira en torno al derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios. Para ello, la corporación ha establecido que una persona indígena puede ser privada de la libertad en un establecimiento ordinario que cuente con un pabellón especial, cuando: la persona ha sido juzgada y condenada por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia personal, territorial y objetivo, para el efecto; o cuando, en virtud del diálogo intercultural entre las jurisdicciones especial y ordinaria, la autoridad indígena que impone la pena privativa de la libertad así lo determina. En relación con este último, el tribunal ha fijado ciertas pautas para que el traslado de un ámbito cultural a otro se base en un diálogo intercultural, es decir- un diálogo horizontal entre ambas culturas- con el fin de que se le permita al indígena proteger y conservar sus costumbres y tradiciones.

²⁴¹ Sentencia T- 515-16. Corte Constitucional de Colombia, MP. María Victoria Calle Correa.

Empero, la intención de querer proteger y conservar las costumbres y tradiciones de las personas indígenas privadas de la libertad en establecimientos ordinarios mediante su reclusión en pabellones especiales, no garantiza el derecho a salvaguardar su identidad cultural, debido a que, la persona está totalmente aislada de su comunidad, de sus costumbres, de sus prácticas y de su cosmovisión, en pocas palabras se encuentra recluida bajo una resocialización occidental. En consecuencia, así la persona indígena se encuentre en un pabellón especial, se le están vulnerando sus derechos humanos, a la dignidad humana, por tener que renunciar a sus propias costumbres; a conservar su identidad cultural y a una verdadera resocialización dentro de su resguardo, para que pueda volver a integrarse armónicamente al tejido al que pertenece.

Ahora bien, la segunda línea consiste en permitir el cumplimiento de la pena en el resguardo a las personas con identidad étnica indígenas condenadas por la justicia ordinaria (o viceversa). Para que lo anterior sea posible, se deben cumplir las siguientes tres reglas, la primera, determina que siempre que el investigado se encuentre en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria se le comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante. La segunda, establece que de considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento, la cual, consistente en detención preventiva el juez de control de garantías [...] o el fiscal que tramite el caso [...] deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. La tercera, consiste en que una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC²⁴² deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. [...]"

La sentencia T-975 de 2014 permite ejemplificar la línea expuesta anteriormente, con el caso de una persona indígena que había sido juzgada por la jurisdicción indígena y recluido en un

²⁴² INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario

establecimiento penitenciario ordinario en el cual, después de reiterar las reglas establecidas en la sentencia T-921 de 2013, la Sala señaló:

“Por tal motivo, y así como a través de la colaboración armónica entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, esta Corte permitió que los indígenas cumplieran sus penas privativas de la libertad en establecimientos ordinarios, se estableció que tal colaboración permite que la jurisdicción indígena apoye a la jurisdicción ordinaria, autorizando que los indígenas privados de la libertad cumplan su detención o pena dentro del resguardo, evitando de esta manera los terribles efectos culturales de recluir a un indígena al interior de un establecimiento ordinario.”

Sin embargo, resaltó que permitir el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria en el resguardo indígena no debe afectar la naturaleza ni la duración de la pena o medida impuesta. Ello es bastante problemático porque para que el tiempo pueda ser contabilizado, se debe contar con el amparo de una orden de la autoridad judicial competente y ser avalado por la autoridad administrativa rectora del sistema penitenciario. Asimismo, se deben cumplir con los requisitos planteados por el Tribunal Colombiano para que la pena impuesta por la jurisdicción penal ordinaria pueda ser descontada en centros de reclusión de los resguardos indígenas avalados por el INPEC.

En ese orden de ideas, los trámites que hay que surtir se convierten en un obstáculo para garantizar que el tiempo pueda ser descontado, como en el caso de dos miembros de la etnia Zenú del resguardo indígena San Andrés de Sotavento, condenados por la jurisdicción ordinaria (Sentencia T-685 de 2015), los cuales solicitaban que el tiempo que permanecieron reclusos en su resguardo indígena se contabilizara para el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria. No obstante, después de estudiar el caso la sala concluyó que el tiempo que los condenados [...] alegan haber descontado en el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” del resguardo de San Andrés de Sotavento, no puede ser contabilizado como parte de la pena impuesta por los jueces penales ordinarios, toda vez que no cumple con los requisitos expuestos anteriormente.

5.5.3. Conclusiones ante las preguntas formuladas

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

Como se ha considerado a lo largo de este escrito, no es posible un real y efectivo respeto de la identidad cultural y garantías judiciales (Art. 8 de la CADH) de las personas pertenecientes a comunidades indígenas privadas de la libertad en centros penitenciarios y carcelarios ordinarios, debido a que sería una vulneración al principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos; que su investigación y juzgamiento no se realizara conforme a sus instituciones propias, sin embargo, sí considerar una reclusión culturalmente apropiada, puesto a que deviene en una medida de respeto meramente formal y no real por la naturaleza especialmente indivisible del derecho a la identidad cultural e incluso de su efecto transversal en todos los demás derechos.

Es importante tener en cuenta que lo anterior se debe entender conforme al límite de los Derechos Humanos y Derechos constitucionales, en donde se realice de manera permanente un juicio de convencionalidad y consecuentemente de constitucionalidad, mediante un diálogo intercultural que permita una comunicación horizontal entre ambas jurisdicciones.

Máxime en el entendido que en virtud de la autonomía y libre determinación de los pueblos es una obligación de la comunidad internacional el respeto a sus costumbres e instituciones tradicionales, como lo son las normas, autoridades, procedimientos, penas y mecanismos de resolución de conflictos, es decir, la jurisdicción especial indígena en las comunidades en que se conserva esta práctica. En este orden de ideas, el sometimiento de un integrante de una comunidad indígena a los tribunales competentes en los límites territoriales del estado dentro de los que se encuentra, acarrearía una vulneración per se de sus costumbres y tradiciones, y, constituye una medida forzosa de asimilación por parte del Estado para la pérdida de la autonomía judicial de las comunidades étnicas dentro de su territorio; además de ejercer, entre otros, vulneraciones a la debida tutela judicial por no someter el caso a conocimiento del “juez natural”; según el caso, adicionalmente podría determinar una posible vulneración al derecho de defensa y contradicción si no se cuenta con un intérprete

culturalmente apropiado, o inclusive al principio de *non bis in idem* por el juzgamiento que podría llevarse a cabo al interior de la comunidad y en los tribunales de la justicia ordinaria.

Como consecuencia de lo anterior, la principal obligación internacional de los Estados Americanos es realizar acciones integrales para la consolidación de la justicia indígena dentro de sus territorios y la coordinación de esta con el sistema judicial nacional mayoritario, así mismo, debe dotar de los recursos y elementos suficientes para su efectiva materialización, entre esto, la publicación de las disposiciones administrativas y legislativas que para el efecto establezca, especialmente para las autoridades administrativas y judiciales que en razón a sus funciones deban intervenir en las diferentes etapas de investigación, procesamiento y seguimiento del cumplimiento de la pena.

Lo anterior, teniendo en cuenta las dificultades en la práctica que otra medida, inclusive la de una intervención mixta de los dos sistemas judiciales devendría, como es el caso colombiano²⁴³; o el de la adecuación conforme a la cosmovisión de la identidad cultural indígena de cada recluso en los centros penitenciarios de los Estados por factores como la diversidad de culturas y el porcentaje poblacional que representan las personas indígenas privadas de la libertad dentro de los centros carcelarios, teniendo igualmente presente el ya insuficiente abastecimiento y adecuación para la población mayoritaria.

No obstante, en el entendido que el mayor estado de protección para que las personas indígenas privadas de la libertad preserven su cultura, en particular sus costumbres, rituales y alimentación, es la reclusión en centros de armonización previamente definidos conforme a la cosmovisión de cada comunidad; entendemos la necesidad de medidas transitorias que igualmente permitan por la máxima protección de estos derechos en la situación actual de los reclusos con identidad indígena, con este fin, planteamos las siguientes recomendaciones:

- Reclusión de los comuneros condenados a medidas privativas de la libertad en centros penitenciarios y carcelarios cercanos a su territorio y comunidad originaria, con el fin de asegurar la obtención de los alimentos y recurso propios para la celebración de los rituales, acceso a la educación y costumbres de su comunidad dentro del centro

²⁴³ Indígenas que son juzgados y condenados por la jurisdicción especial indígena, pero cumplen su condena en establecimientos ordinarios e indígenas que son juzgados y condenados por la jurisdicción penal ordinaria, pero cumplen su condena dentro de su propia comunidad

carcelario, garantizando el acceso de estos elementos e inclusive de las autoridades de la comunidad étnica a la que pertenezca conforme a la continuidad y calendario propio que la comunidad considere necesario para la protección cultural del recluso.

- Garantizar la seguridad del comunero de manera especial para que no sufra actuaciones de discriminación o trasgresión en virtud de su identidad étnica por parte de los demás reclusos o personal administrativo, de salud, o de cualquier otra índole con la que tenga contacto en razón a sus funciones dentro del sistema carcelario y penitenciario.
- Participación de la comunidad indígena para la institucionalización de las medidas que puedan integrarse con el sistema penitenciario actual, para otorgar un trato diferenciado, con el objetivo de acercamiento al fin de armonización de la pena conforme a la cosmovisión e idiosincrasia de cada cultura indígena.
- Promover el conocimiento y aplicabilidad de las normas y medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de la población indígena por parte de los habitantes del territorio nacional y en especial de la comunidad y autoridades penitenciarias.
- Garantía y ejecución del procedimiento de consulta previa necesarios para llevar a cabo las medidas por medio de las cuales se pretenda garantizar los derechos colectivos de las comunidades étnicas diferenciadas cumpliendo los estándares internacionales que se han dispuesto para este mecanismo.

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

Para empezar, es necesario afirmar que el Estado tiene bajo su custodia a las personas privadas de la libertad que cumplen su pena en cualquier establecimiento penitenciario ordinario, y en esa medida tiene el deber de fungir como garante de aquellos mínimos relacionados con la dignidad humana, que aun estando en prisión deben ser respetados a todos aquellos miembros del Estado. Este es el caso de los indígenas que son juzgados y condenados por la justicia ordinaria y cumplen su pena al interior de un establecimiento carcelario ordinario. La diversidad étnica y cultural debe ser garantizada incluso en escenarios como los de las personas privadas de la libertad. En estos casos, el respeto por la

subjetividad étnica del individuo debe ser garantizada a través de mecanismos activos de participación del estado que permitan al individuo de forma libre seguir con sus prácticas culturales sin convertirse en objeto de señalamiento alguno debido a ello.

Hablando exclusivamente de la atención médica, es preciso recordar que la salud es pues un derecho universal y conforme al convenio 169 de la OIT, en su apartado V, la implementación de un sistema de salud respetuoso de la cosmovisión indígena y de las subjetividades que de allí se derivan, constituyen un deber de los Estados quienes han de ir acoplando sus sistemas de salud que los garanticen conforme a su capacidad de cumplimiento. En esa medida se establece que efectivamente es un deber del estado el cumplimiento progresivo de la implementación no solo de un entramado de normas internas, sino de un conjunto de dinámicas y políticas públicas en salud, que permitan satisfacer las necesidades de las comunidades indígenas en cuanto a salud, conforme a sus creencias, su visión del cuerpo, de la medicina y de la salud. Esto con el fin de crear una atención especial en salud a las personas indígenas conforme a su particular visión del mundo, que pueda ser empleada de manera oportuna y eficaz cuando desde su perspectiva de la medicina tradicional y la salud sea necesario.

Así, es posible hablar del deber de los estados de implementar en su interior una atención médica intercultural progresiva, que responda a las demandas y necesidades de los pueblos étnicos conforme a sus particulares creencias, que pueda replicarse al interior de los centros penitenciarios donde existan miembros de comunidades étnicas cumpliendo con su condena. Al interior de estos existen dos escenarios que es posible considerar:

Un primer escenario que implica una adecuación sociocultural de los servicios de salud, al interior del Estado y específicamente al interior de los centros penitenciarios. Este escenario implica un respeto y reconocimiento de la otredad al momento de la atención médica. Lo cual debe derivar en un respeto a las particulares creencias de todos y cada uno de los sujetos étnicos que se encuentran en el establecimiento penitenciario. Un respeto a sus cosmovisiones, a sus percepciones del cuerpo, de qué entienden por salud, los que deben estar presentes cuando estas personas reciban cualquier tipo de servicios de medicina occidental al interior del establecimiento, los que además deben acompañarse de una exigente información sobre los procedimientos a realizar, su necesidad y el deber de contar con el

consentimiento para los mismos. Esto compagina con los preceptos que trae el convenio 169 de la OIT:

Artículo 24:

Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25:

- 1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.
- 2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

El segundo escenario implica el reconocimiento de las medicinas ancestrales en sí mismas. Escenario que reconoce y permite la existencia de prácticas de medicina tradicional en los establecimientos penitenciarios en los que existan sujetos étnicos privados de la libertad. Va de la mano del ingreso de sabedores ancestrales y a la realización de ceremonias tradicionales al interior del establecimiento penitenciario a personas privadas de la libertad. Implica la permisión de ceremonias ancestrales, el ingreso de los chamanes o sabedores ancestrales para hacer curaciones o para brindar ciertas atenciones que los reclusos consideren que necesitan desde la medicina propia.

Este segundo escenario es mucho más amplio e implica abrir el concepto y el contexto de pluralismo jurídico y de interculturalidad cuando se trate del cumplimiento de la condena, pues no se limita solamente a tener una actitud pasiva de respeto y reconocimiento del otro

en el momento de brindar la atención en salud, lo cual no debería ser un mandato sino un presupuesto sine qua non para los Estados y sus instituciones a la hora de brindar esta atención; sino que va más allá hacia una esfera de intervención positiva, donde teniendo como derrotero el contexto de los derechos de los pueblos indígenas se realicen acciones, que deben ser concertadas por los estados e implementadas de forma progresiva para brindar una atención en salud especial a las personas privadas de la libertad que sean sujetos étnicos en caso que ellos así lo consideren necesario.

Ahora bien, también debe tenerse presente que el modelo de salud debe respetar y comulgar con la diversidad e identidad cultural, por lo cual desde el convenio 169 de la OIT, se indica en el artículo 7, el deber de los Estados frente a el mejoramiento de las condiciones de vida, trabajo y salud de las personas y comunidades indígenas como un mandato de implementación progresiva. Así mismo, los artículos 24 y 25 de este convenio, prescriben la progresividad frente a la inclusión de estas comunidades en el sistema de seguridad social.

El mandato es claro: se debe procurar a las comunidades no solo la atención en salud, sino el apoyo para la instauración progresiva de un Sistema de Salud propio y de una política pública que lo oriente, la que debe comulgar con las creencias y cosmovisión de las comunidades indígenas existentes en el Estado e interesadas en su instauración y formulación.

Se toma como experiencia de esto el caso colombiano, conforme al Decreto 1973 de 2013 que creó una subcomisión de salud, con el fin de apoyar la creación e impulsión de una política pública que derive en la creación de Sistemas de Salud en las diferentes comunidades indígenas del Estado. Y el Decreto 1953 de 2014, que a partir del artículo 74 crea el SISPI Sistema Indígena de Salud Propio Intercultural, que, aunque aún se encuentra en una fase inicial, ha permitido abrir el debate a nivel nacional sobre la necesidad de los pueblos ancestrales de contar con un sistema de seguridad social y de salud, que además vaya acorde a su cultura, sus creencias, Ley de Origen y Derecho Propio.

Por ello, desde la experiencia colombiana en su implementación, la cual sigue siendo bastante incipiente y que ha contado con muchos tropiezos y prejuicios originados casi todos en los cánones de la salud y de la seguridad social occidental, es necesario recordar que cada pueblo indígena tiene su propia cosmovisión y cultura, y que en esa medida sería un despropósito obligar a todos los pueblos a obedecer a un Sistema con los mismos principios y dinámicas,

sino que debe darse la autonomía a los pueblos para que conforme a su Ley de Origen y cosmovisión implementen un Sistema que satisfaga sus necesidades y creencias.

Si se tiene presente que se trata de un sistema y una propuesta que apenas está en fase de formulación e iniciando tímidamente la implementación, y que, ni siquiera se ha tenido en cuenta el escenario de implementación en los casos de aquellas personas pertenecientes a las comunidades indígenas recluidas en establecimientos carcelarios, se encuentra aquí otro argumento que refuerza la tesis central de este escrito de que las personas indígenas privadas de la libertad en un centro penitenciario terminan por ver anulada su cosmovisión. Esto sucede debido a que la percepción de la salud y de la medicina ancestral, trasciende la atención en casos de emergencia por un médico y unos procedimientos occidentales, con lo cual se refuerza la tesis que el centro penitenciario anula toda posibilidad del individuo de acceder a sus prácticas y costumbres ancestrales.

Con todo, cuando se aborda el derecho a la salud debe tenerse presente lo ya retirado en este escrito respecto a los estándares consolidados por el SIDH en materia de este derecho en las sentencias Poblete Vilches Vs. Chile, Cuscul Pivaral Vs. Guatemala y particularmente Hernández Vs. Argentina en relación con las garantías de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad según la Observación General 14 del Comité DESC de las Naciones Unidas.

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

Resulta fundamental reiterar que la única manera de garantizar efectivamente los derechos de las personas indígenas privadas de la libertad en las Américas es respetando su derecho propio y enviando a las personas indígenas condenadas a sus propios territorios para que sea allí donde cumplan sus sanciones (independientemente si fue o no juzgado por autoridades de su comunidad). Este es un hecho fundamental y la principal de las obligaciones a las que deben ser conminados los Estados en aras de una efectiva protección de los derechos, no solo individuales sino colectivos, de las personas indígenas.

Sin embargo, es importante tener en cuenta que mientras los Estados hacen efectivas todas las acciones para establecer una Jurisdicción Especial Indígena y poder enviar a las personas

indígenas privadas de la libertad a sus territorios a cumplir con las sanciones establecidas, también se deben tomar unas medidas provisionales para garantizar la máxima protección de los derechos de estas comunidades al interior de los establecimientos de la justicia ordinaria.

De este modo, las actividades o programas que sean desarrollados al interior de las cárceles o penitenciarías deben tener como eje *transversal* un enfoque diferencial étnico, del que se habló con anterioridad, para garantizar que las personas privadas de la libertad que hacen parte de comunidades indígenas puedan desarrollar aquellas actividades que, antes que vulnerar, contribuyan a la protección de su identidad cultural y del vínculo que esta tiene con su comunidad y tradiciones. Para esto son indispensables algunas medidas:

(i) Cercanía con sus territorios y autoridades ancestrales: Uno de los problemas que afectan específicamente a las personas indígenas privadas de libertad tiene que ver con su identidad étnica. En este sentido, a diferencia de la mayoría de la población que vive bajo las condiciones individualizantes de la cultura moderna, la identidad personal indígena se encuentra mucho más vinculada con las tradiciones, costumbres y formas de vida colectiva. Por este motivo, la integridad personal de los indígenas depende de la posibilidad de la preservación de distintas relaciones que lo unen con su comunidad y lo hacen parte de ella.

Dada la naturaleza de su identidad étnica, la privación de la libertad puede provocar una vulneración especial para los indígenas, en la medida en que esta pena puede acarrear procesos de desarraigo y pérdida identitaria, los cuales pueden deberse a diferentes factores como la duración de la pena, las condiciones de socialización al interior de las instituciones de privación de libertad o la distancia respecto de la comunidad o resguardo indígena al cual pertenece.

El contacto que los indígenas que han sido privados de su libertad puedan tener con sus familias, autoridades y costumbres tradicionales es una condición para la preservación de su identidad cultural. Por lo tanto, cuando no se dan las condiciones propicias para mantener este contacto es que se pueden generar procesos de desarraigo cultural o identitario que no sólo vulnera la integridad de la persona indígena que ha sido privada de su libertad, sino que también puede poner en riesgo a la comunidad indígena misma a la que pertenece.

En el caso específico de los establecimientos penitenciarios o carcelarios colombianos, por ejemplo, suele suceder que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (por sus siglas INPEC) ubica a los indígenas “(...) en centros carcelarios sin tener en cuenta el criterio de cercanía de su comunidad o resguardo, con detrimento de la conservación de su cultura y diversidad étnica. El distanciamiento de sus familiares y resguardos o comunidades es la queja más frecuente que se registró durante la visita a los diferentes establecimientos de reclusión”²⁴⁴. Dado lo anterior, es necesario que las autoridades judiciales tengan en cuenta la cercanía con la familia y el lugar de origen de las personas indígenas privadas de libertad “para evitar el desarraigo familiar y lograr el respeto de su entorno étnico y cultural”.

La cercanía con la comunidad de origen no sólo es una medida valiosa por motivos de la protección cultural, como se dijo anteriormente, sino que además es una condición indispensable para la aplicación o realización de actividades y programas dentro del establecimiento que tengan en cuenta sus tradiciones culturales.

(ii) Actividades manuales diferenciales. El trabajo es una de las prácticas por excelencia a través de las cuales los seres humanos realizan un aporte a la sociedad y se confirman como seres valiosos para ella. Por eso se ha dicho desde hace mucho tiempo que el trabajo es uno de los medios a través de los cuales se dignifica nuestra relación con el mundo y con los demás. Aunque esto también aplica para las comunidades indígenas en general, en muchas de ellas se realizan trabajos artesanales a través de los cuales expresan de manera *singular* su cosmogonía, así como representan su relación espiritual con la comunidad y el universo.

Los trabajos y actividades manuales que puedan realizar las personas indígenas *de acuerdo con los usos y costumbres propias de su comunidad* son importantes durante los procesos de privación de libertad por motivos de resocialización y de protección de la identidad cultural. En virtud de esto, se deben garantizar las condiciones para

²⁴⁴ Defensoría del Pueblo de Colombia (2014). Informe "Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC", publicado el 4 de octubre. Tomado de URL: <https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Infomes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Infomes-defensoriales---Discriminaci%C3%B3n-Infomes-defensoriales---Minor%C3%ADas-%C3%89tnicas.htm>, visitado el 9 de enero de 2021

que estos trabajos o actividades puedan ser realizados, lo cual implica que los funcionarios penitenciarios faciliten el ingreso de los materiales necesarios para estas prácticas o también, cuando sea requerido, que faciliten el ingreso de autoridades tradicionales o sabedores que hagan posible la transmisión de estos saberes prácticos para que pueda ser apropiado y ejecutado por los indígenas que han sido privados de su libertad.

Pero además de permitir el ejercicio de sus costumbres y de hacer posible el respeto de su identidad indígena, estas actividades también deben ser tenidas en cuenta por la autoridad judicial para la redención de la pena, pues en muchos establecimientos ordinarios los indígenas no cuentan con trabajos o actividades diferenciales que les permitan cumplir tal objetivo.

(iii) Audiencias disciplinarias con garantías: En desarrollo al ya mencionado enfoque diferencial étnico, las personas indígenas deberían contar con intérpretes²⁴⁵ a la hora de afrontar una audiencia disciplinaria dentro del lugar de privación de libertad. Este intérprete no solo debe estar presente cuando la persona habla un idioma diferente, sino que debe estar en todo momento que sea necesario para explicar el procedimiento y las posibles consecuencias que puede acarrear para él. Además, la cercanía a la comunidad facilitará la presencia de intérpretes que sean acordes a su contexto, así como también el diálogo intercultural con el fin de que se garantice el debido proceso dentro de las audiencias disciplinarias.

(iv) Actividades de educación jurídica básica: Aunque existe una situación generalizada de vulneración de las personas privadas de la libertad en general, cabe resaltar que las personas indígenas privadas de libertad en muchas ocasiones “no cuentan con la información necesaria para exigir que los derechos que posee en calidad de ciudadano común y/o de su pertenencia étnica particular les sean garantizados. Los indígenas tampoco cuentan con una representación o el apoyo necesario para asegurar su bienestar mental y físico”²⁴⁶. Es claro, pues, que el

²⁴⁵ Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. párr, 100.

²⁴⁶ Defensoría del Pueblo. Informe "Indígenas privados de la libertad en establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC", publicado el 4 de octubre. Tomado de URL:

desconocimiento de los derechos favorece la permanencia de distintas prácticas que los vulneran al interior de los establecimientos penitenciarios y carcelarios.

Por lo anterior, se hace necesaria la promoción de programas de capacitación especiales con un enfoque diferencial que permita a las personas indígenas reconocer los derechos individuales y colectivos de los que son titulares, así como las autoridades específicas que tienen el deber de garantizarlo. Estas capacitaciones podrían incluso ser guiadas junto con las autoridades tradicionales de la comunidad indígena a la que pertenece, haciendo posible un diálogo intercultural que estaría facilitado nuevamente por la cercanía con la que se encuentra privado de la libertad la persona indígena respecto de su comunidad.

Por otro lado, la implementación de estrategias con enfoque étnico al interior del sistema penitenciario es claramente insuficiente, lo cual ha llevado a muchos funcionarios a improvisar medidas y actividades en favor de la población indígena reclusa en sus respectivos establecimientos, con el convencimiento de estar haciendo lo adecuado. Por esta razón, los programas de educación jurídica básica no solo deben estar guiados a los titulares de los derechos, sino también a todas las autoridades estatales que se encuentran en la obligación de garantizarlos, de manera que el personal encargado de la administración de la justicia ordinaria también aprenda e incorpore dentro de su quehacer los conocimientos relativos a los derechos de los que son titulares las personas indígenas y de los procedimientos bajo los cuales esos derechos deben ser garantizados, teniendo en cuenta la posibilidad de entablar un diálogo intercultural con las comunidades indígenas para desarrollar actividades que realmente garanticen la identidad étnica de las personas indígenas según sus costumbres.

Resulta fundamental aclarar que las anteriores recomendaciones se plantean como medidas transitorias y que en ningún caso pueden ser tomadas a largo plazo como medidas que por sí mismas garanticen una protección integral de los derechos individuales y colectivos de las

<https://www.defensoria.gov.co/es/public/Informesdefensoriales/796/Ind%C3%ADgenas-privados-de-la-libertad-en-establecimientos-penitenciarios-y-carcelarios-del-INPEC-Informes-defensoriales---C%C3%A1rceles-Informes-defensoriales---Discriminaci%C3%B3n-Informes-defensoriales---Minor%C3%ADas-%C3%89tnicas.htm>, visitado el 9 de enero de 2021

personas indígenas. Ya sea por falta de interés genuino o de recursos económicos por parte de los Estados, la materialización de los enfoques diferenciales (en este caso el indígena) en las instituciones carcelarias y penitenciarios es sumamente precaria, incluso cuando ya existen normas de este tipo que las mismas autoridades reconocen, como sucede en el caso del INPEC en Colombia, lo cual redundará en una permanente vulneración de los derechos y de la integridad de las personas indígenas privadas de libertad. Por lo tanto, consideramos que la única medida realmente efectiva y acorde que puede garantizar dichos derechos es la creación en todos los Estados Americanos de la Jurisdicción Especial Indígena y el fortalecimiento de las justicias indígenas, con el fin de que *los miembros de estas comunidades puedan cumplir con las sanciones dentro de sus territorios* y guiados por sus autoridades tradicionales, sea que la sanción haya sido impuesta por estas o por una autoridad judicial del sistema mayoritario.

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

Toda persona indígena que se encuentre en un centro carcelario o penitenciario de naturaleza ajena a su cultura se encuentra en una permanente vulneración del derecho a la integridad personal e identidad cultural, representado en un escenario de violencia y discriminación. La violencia ejercida contra la persona indígena que se representa en este tipo de privación de la libertad, atenta de manera desproporcionada contra su cuerpo, su cultura, pone en riesgo su identidad como indígena y la supervivencia misma de su comunidad. De este modo, no es posible la prevención o garantía a una vida libre de violencia para una persona indígena que se encuentra en un centro carcelario o penitenciario de una naturaleza ajena a su cultura, pues su sola permanencia en este lugar les desarraiga de su cultura, afectando así su identidad y su derecho mantener una vida digna²⁴⁷.

La única alternativa viable para la sanción y resocialización de la población indígena es en el marco de una jurisdicción especial indígena que haga cumplir sus penas al interior de su territorio, en armonía con sus propias costumbres y creencias, siempre bajo el debido cumplimiento de los derechos humanos y constitucionales.

²⁴⁷ Santiago Medina Villareal *et al*, Situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario, 2016, pp. 15

El derecho a la integridad personal se encuentra recogido en el artículo 5 de la CADH y se entiende como el derecho que tiene toda persona a la garantía de su integridad física, psíquica y moral, es una obligación que tiene distintas connotaciones de grado y que abarca ámbitos desde la tortura hasta secuelas psíquicas y morales de acuerdo con factores endógenos y exógenos de la afectación misma²⁴⁸. En lo relativo a la privación de la libertad, se establece una obligación de garantizar una vida en condiciones de dignidad, en donde se garantice la integridad de la persona detenida, ello derivado además de la especial protección a cargo del Estado como consecuencia de su condición de garante de derechos para este tipo de población, obligación en todo caso irrenunciable y en cabeza de los agentes estatales²⁴⁹.

Sin embargo, cuando dicho derecho debe ser interpretado en relación a comunidades indígenas, el derecho a la integridad personal adquiere una especial dimensión que se compagina con el derecho a la identidad cultural de las comunidades ancestrales²⁵⁰. La construcción de prácticas y creencias de los pueblos indígenas, son elementos de gran valor para la determinación de su integridad personal, siendo interpretado de este modo por la Corte IDH, ya desde sentencias como *Yakye Axa vs. Paraguay* en el año 2006, cuando para la determinación del derecho a la salud de las comunidades indígenas, de una manera acorde con su integridad como cultura, se establecen obligaciones a cargo del Estado para el respeto de la propia identidad indígena que se ve expresada en sus prácticas.

Mientras tanto, el cumplimiento de una pena privativa de la libertad, no implica un espacio en donde se puedan suspender derechos como la dignidad humana, la integridad personal o incluso la identidad cultural, antes bien se constituye en un escenario de garantía reforzada dada la relación de especial sujeción que se construye entre quien es detenido y la institucionalidad en la que se inscribe²⁵¹. De este modo, es deber del Estado garantizar dichos derechos en el único espacio posible para el cumplimiento de una sanción acorde con la identidad indígena y ella es la sanción que se cumple acorde con una jurisdicción especial indígena.

²⁴⁸ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014. párr 388.

²⁴⁹ Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. párr 60.

²⁵⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005, párr. 51.

²⁵¹ Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995, párr 60.

En Estados como el colombiano, en donde por varios años se ha dado aplicación a una justicia especial indígena y en donde se ha permitido el cumplimiento de penas para personas indígenas al interior de centros penitenciarios, se ha demostrado que la permanente violencia padecida por las personas indígenas no cesa en ningún momento, fruto no solo de la privación de la libertad sino de la institucionalidad misma que ha sido dispuesta para el cumplimiento de sanciones al interior de la cultura mayoritaria, en donde se dispone de una resocialización contraria a la identidad indígena, dada no sólo por el desinterés institucional, sino por motivos normativos y técnicos²⁵². El cumplimiento de una pena privativa de la libertad de una persona indígena dentro de uno de estos centros, no solo se constituye en una sanción fruto de una infracción a una norma penal o comunitaria, sino que castiga su cultura e identidad y le desarraiga de su territorio.

Estrategias como la construcción de patios o pabellones exclusivos para la ocupación de personas indígenas, una de las soluciones adoptadas por la administración de justicia colombiana²⁵³, son medidas que a partir de estereotipos físicos o raciales²⁵⁴ universalizan la identidad indígena y desconocen la gran variedad de pueblos existentes, constituyéndose en medidas de naturaleza discriminatorias y que van en contra de la Convención Internacional sobre toda forma de Discriminación Racial.

Es en virtud de lo anteriormente expuesto, que debe considerarse que la única alternativa viable para el cumplimiento de una sanción penal dispuesta en la normatividad Estatal o en el derecho propio indígena, debe ser aquella que se cumpla acorde con las medidas dispuestas por la cultura indígena de cada pueblo, es decir, en el marco de una Justicia Especial Indígena y esta debe ser cumplida al interior de su territorio, pues es la única manera de garantizar la

²⁵² Santiago Medina Villareal *et al*, Situación de indígenas privados de la libertad en establecimientos carcelarios: propuestas para un pluralismo igualitario, 2016.

²⁵³ Sentencia T-208-15. Corte Constitucional de Colombia, MP. Glora Stella Ortiz Delgado.

²⁵⁴ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo II. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Corte IDH. Caso Pueblos Kalina y Lokono Vs. Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 320

resocialización y el cumplimiento de una pena, sin atentar contra otros derechos inalienables como la dignidad humana y la integridad de la persona indígena.

5.5.4. Recomendaciones generales

- Deberá ser entendido por parte de todos los Estados Americanos, que el cumplimiento de una sanción por parte de una persona indígena en un centro penitenciario, carcelario o en general en donde se prive de su libertad y que sea ajeno a su cultura, constituye un ejercicio de violencia permanente y desproporcionado, que atenta contra la integridad personal, la identidad cultural y la autonomía de las comunidades indígenas.
- Teniendo en cuenta lo anterior, debe reconocerse la necesidad de crear dentro de cada Estado una Jurisdicción Especial Indígena, mediante la cual se respete la autonomía de las comunidades indígenas para aplicar su justicia propia de acuerdo con la ley de origen y al derecho mayor de cada una de ellas.
- En la medida de lo posible, es necesario además que las personas indígenas que son sancionadas por la jurisdicción penal ordinaria tengan la posibilidad de cumplir con sus sanciones dentro del ámbito territorial de sus comunidades. Esto sin perder de vista que la determinación de la jurisdicción competente siempre deberá hacerse bajo los parámetros establecidos por el fuero especial indígena y su comunicación horizontal con la justicia mayoritaria.
- Las comunidades indígenas representan un grupo de especial protección que se define a partir de su propia diversidad. Es, por tanto, una labor estatal tener en cuenta las adaptaciones culturales e institucionales que devienen de su gran variedad. Es por lo anterior que cabildos indígenas que han construido su identidad al interior de espacios urbanos, deben contar con las mismas garantías constituidas para población indígena que reside en un espacio rural y es por ello una obligación de las administraciones territoriales como alcaldías municipales o gobernaciones, construir espacios para el fortalecimiento de las comunidades indígenas en contexto de ciudad y difundir el respeto por sus instituciones propias
- Siempre que sea necesaria la identificación de una persona indígena en el marco de un proceso de determinación de responsabilidad, el criterio principal siempre deberá ser la autoidentificación como presunción imperante. Ante cualquier duda o disputa respecto a

su identidad cultural, no será responsabilidad de la persona detenida aportar soportes documentales o testimoniales que den cuenta de su arraigo, cualquier prueba en contrario deberá estar siempre a cargo en la autoridad judicial o administrativa competente.

- La coordinación armónica entre la Jurisdicción Penal Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena representa uno de los retos más importantes para su aplicación. De la correcta articulación entre ambas administraciones deviene la materialización de derechos como el debido proceso.
- La aplicación de una Jurisdicción Especial Indígena siempre deberá contar con la supervisión y vigilancia de las autoridades estatales, el cumplimiento de una pena por fuera de un establecimiento penitenciario o carcelario no omite la responsabilidad institucional de velar por los derechos de la persona humana y fundamentales de la persona detenida en observancia de la especial sujeción entre quien cumple una pena y el Estado.
- La correcta aplicabilidad de una Jurisdicción Especial Indígena implica la estructuración de un plan nacional de capacitación para cada uno de los funcionarios que componen la administración de justicia. Dicha educación jurídica deberá tener en cuenta la correcta resolución de conflictos de competencia jurisdiccional y el respeto de la identidad cultural indígena, en donde se consideren las particularidades sociales y culturales de cada comunidad.

5.6. PERSONAS HABITANTES DE CALLE

Se propone a esta H. Corte IDH que incluya dentro de su análisis de la solicitud de OC elevada por la CIDH, el enfoque diferencial que deberán seguir los Estados frente a la población habitante de calle privada de la libertad en establecimientos carcelarios. La propuesta se eleva en virtud de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas que habitan la calle (HC), dado que en esta confluyen una serie de factores que

exige de los Estados la aplicación de un enfoque diferencial en su trato. Ello particularmente porque esta población se encuentra atravesada por el contexto de pobreza extrema, de vulneración directa y constante a sus DESCA, drogodependencia, en exposición a múltiples violencias por parte de la sociedad civil y de la institucionalidad, lo cual ha derivado en un rechazo y temor a las medidas que desde allí se adoptan, desarraigo familiar y social, además, con frecuencia padecen de infecciones transmisión sexual, tales como VIH/SIDA, tuberculosis sumado a de enfermedades psiquiátricas.

Diversos de los factores previamente señalados, se han estudiado de manera aislada en instrumentos regionales²⁵⁵ como elementos que requieren una atención particular por parte de los Estados al momento de implementar políticas en materia de privación de la libertad, tal es el caso de la tuberculosis, VIH/SIDA y las enfermedades psiquiátricas. No obstante, en el caso de las personas HC, convergen en un mismo cuerpo y experiencia todos estos elementos, lo que los posiciona en una situación de mayor vulnerabilidad, por lo que podría ser este el espacio y momento pertinente para indicar los lineamientos y estándares que deberán observar los Estados para la protección de los DDHH de esta población en contexto de privación de la libertad.

La presente solicitud reviste gran importancia, dado que sería la primera vez que un organismo internacional de la región se pronuncie de manera particular frente a los derechos de esta población que ha sido históricamente excluida. En igual sentido, se realiza con fundamento particular en lo consagrado en la regla 2²⁵⁶ de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos -Reglas Nelson Mandela-, que exige a los establecimientos penitenciarios tener en cuenta las necesidades individuales y especiales de los reclusos, en especial sobre las categorías más vulnerables.

5.6.1. Contexto de discriminación estructural

El tratamiento social de la Habitación en Calle -en adelante HC- tiene una larga data y ha estado enmarcado en acciones tendientes a la caridad en manos de instituciones religiosas y

²⁵⁵ CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, 31 diciembre 2011.

²⁵⁶ Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias.

a la segregación y el disciplinamiento en manos del Estado²⁵⁷. El papel asumido por la iglesia fue decisivo para mediar la situación de pauperismo al considerar la ayuda al prójimo como un deber cristiano, sin embargo, la categorización de “vago” marca un fenómeno de exclusión y segregación social. La figura del “vago” fue una figura legal que articuló varios intentos de control social y disciplinamiento de la población que se tradujo en un aparataje de orden institucional y de orden policivo²⁵⁸. La relación entre vagancia y robos, relaciones ilícitas y prostitución fue parte de la estrategia de control social emprendida para perseguir a esta población con la excusa de evitar dichos delitos.

La persecución punitiva respondió al desarrollo industrial y el fortalecimiento del comercio exterior del siglo XVIII²⁵⁹ y en consecuencia la actividad humana fue concebida en función de la productividad y la resocialización social del vago fue lograda a través del trabajo. Además de la reclusión en cárceles y sanatorios, los vagos fueron obligados a la prestación de servicio de armas, en la marina, hospitales y obras públicas. Ante la insuficiencia de una normatividad clara, se caracterizó a varias poblaciones dentro del fenómeno de la vagancia; allí se incluyeron poblaciones como mendigos, gitanos, mal entretenidos, mujeres públicas, niños expósitos y pobres²⁶⁰.

El pensamiento liberal de mediados del siglo XIX contribuyó a crear un ambiente de fraternidad en torno a la liberación de la esclavitud bajo argumentos altruistas y ennoblecedores, en la misma medida que se cuestionó la caracterización del delito de vagancia haciendo que las leyes relacionadas se abolieran. No obstante, una vez consolidada la creación de la policía a nivel departamental y nacional se acentuó la persecución de población improductiva; asociándole con delincuencia y haciéndola extensiva a otros sujetos que por ociosidad perdieran parte de su tiempo.

Históricamente, el fenómeno de la HC se ha asociado a unas condiciones de vulnerabilidad que se han venido alimentando por procesos como la movilidad geográfica ante la

²⁵⁷ Castro, B. (2007). Caridad y beneficencia, el tratamiento de la pobreza en Colombia 1870-1930. Univ. Externado de Colombia. Bogotá.

²⁵⁸ Monsalvo, E., & González, R. (2015). Contra la moral y las buenas costumbres. El control de la vagancia y la prostitución en la frontera Sur de Antioquia, Manizales, Colombia 1850-1870. *Caravelle. Cahiers du monde hispanique et luso-brésilien*, (104), 153-175.

²⁵⁹ Castro, E. (2012). Aproximación genealógica a la población de vagos en Colombia.

²⁶⁰ Díaz, E. (2005). El hospicio Real en la ciudad de Santa Fé y el nacimiento de la asistencia pública 1750-1850. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

imposibilidad de vincularse a dinámicas económicas²⁶¹ y en épocas recientes como consecuencia del conflicto armado interno. El crecimiento industrial y demográfico concentrado en núcleos urbanos incide en que la habitancia en calle sea un fenómeno típicamente urbano que se fortalece con la incorporación de personas de distinto género y edad que ven en la calle un escenario de supervivencia²⁶².

A pesar de que entes regionales como la Corte Constitucional colombiana han reconocido a la población habitante de calle como “grupos en condiciones de especial vulnerabilidad”²⁶³, aún se evidencia la violación de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales debido al uso instrumental del documento de identidad. La cédula está asociada al reconocimiento de las personas en su calidad de ciudadanos, y así al reconocimiento de derechos como la identidad, la nacionalidad, el nombre, la participación en elecciones, acceso a justicia, etc²⁶⁴. La privación de la identidad coloca a las personas en HC en situaciones que dificultan el goce y acceso a estos derechos, creándole diferencias en el tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad y no discriminación, así como el reconocimiento pleno de su personalidad jurídica.

Según lo antes expuesto, si la HC se caracteriza generalmente por la exclusión de los servicios y bienes –públicos y privados– comunes en sociedad, es preciso tener en cuenta que las garantías de seguridad o protección social –especialmente en materia de acceso a los Servicios de la Salud– han sido insuficientes²⁶⁵; dejando un amplio espectro de derechos fundamentales vulnerados para la población HC. En esta medida, se puede relacionar el despojo social del *status* de ciudadanía ejercido sobre esta población como una condición precedente a la posterior restricción institucional de múltiples derechos: políticos, económicos y sociales. No sólo entonces las condiciones estructurales que rigen la vida en la sociedad contemporánea resultan limitantes para el goce y provecho pleno de los servicios y bienes públicos; también las intervenciones públicas, y los modelos institucionales que

²⁶¹ Castro, E. (2012). Aproximación genealógica a la población de vagos en Colombia.

²⁶² Hernández, J. (2019). Los factores que llevan a la situación de calle.

²⁶³ Corte Constitucional Colombiana, T 092/2015. M.P. Gloria Ortiz.

²⁶⁴ Pinzón, D. (2016). La personalidad jurídica: derecho constitucional vulnerado de los habitantes de la calle en el municipio de Bucaramanga. In DISCIPLINAS, 2(4), 103-120.

²⁶⁵ Pese al pronunciamiento de diversas sentencias constitucionales (sentencia T-533 de 1992; C-057 de 201; T-646 de 2007; T-684 de 2002) que comportan una significativa jurisprudencia al respecto, el acceso

orientan las mismas, surgen como restricciones infranqueables al acceso a diversos espacios sociales –materiales e inmateriales– para la población HC.

En este sentido, es preciso también señalar cómo el Estado puede vulnerar además del derecho a la salud en medio de la desatención generalizada que sufre la población, bajo el ejercicio de sus funciones policiales y en facultad orientadora sobre el espacio público, limita la locomoción y el paso de las personas HC al interior de determinados espacios de la ciudad; aislandolos socialmente y conduciendo a éstos a concentrarse alrededor de los factores de riesgo que inciden posteriormente en las conductas punibles que sí reciben la atención punitiva del ente administrativo de justicia –no social–.

La población HC no sólo ha sido, entonces, objeto de un continuo rechazo social que afecta la dignidad humana reconocida universalmente por diferentes sistemas jurídicos y políticos, especialmente basados en el enfoque de los derechos humanos²⁶⁶, sino también receptora de diversos tratos que afectan la integridad humana; toda vez que la marginalización, producto de modelos de intervención no integrales, puede producir en las personas el sentimiento de inadaptabilidad frente al contexto, agravando la situación de HC.

5.6.2. Vulnerabilidad de las personas habitantes de calle y estándares de protección

En el contexto de habitabilidad en calle convergen una serie de condiciones que inciden directamente en la vulnerabilidad de las ciudadanías que la padecen o eligen. La pobreza, el consumo de Sustancias Psicoactivas (SPA), el padecimiento de infecciones de transmisión sexual, las enfermedades psiquiátricas, el desarraigo social y familiar y la exposición a múltiples violencias por parte de la sociedad y la institucionalidad, son las principales condiciones que se identifican en la mayoría de las personas habitantes de calle y que constituyen factores de exclusión social y de mayor vulnerabilidad en entornos tan hostiles como los que representa la cárcel.

Dentro de los informes regionales no se halla ninguna referencia relativa a las personas habitantes de calle y la particular condición de vulnerabilidad en la que se encuentran, tanto en el contexto general al que día a día se enfrentan, así como tampoco se encuentran referencias de su experiencia y/o protección particular en el contexto de privación de la

²⁶⁶ Corte Constitucional Colombiana, T 092/2015. M.P. Gloria Ortiz.

libertad. No obstante, como se planteó al inicio del presente acápite, si bien no se ha elaborado un estudio especializado de esta población, sí se han establecido estándares respecto a elementos aislados que convergen en situación de habitabilidad en calle y que se esbozarán a continuación, empero, lo que se busca es que esta H. Corte IDH, así como los demás organismos internacionales y regionales, evalúen la necesidad y relevancia de estudiar la vulneración de los derechos de esta población de manera puntual e instar a los Estados miembros para que comiencen a implementar medidas para la garantía de sus derechos.

Así, se desarrollarán 4 puntos de manera específica, dado que revisten gran relevancia en el caso de las personas HC, y los estándares en contexto de privación de la libertad que se han fijado sobre estos, dado que han sido ampliamente abordados por la CIDH y organismos internacionales en sus informes e instrumentos, a saber: i) Ingreso y registro; ii) Atención médica; iii) Relaciones familiares; iv) Consideraciones sobre tratos crueles e inhumanos. Finalmente, se hará una breve referencia respecto al enfoque de pobreza que deberá observarse respecto las personas HC.

i) Ingreso y registro

La CIDH manifestó en su *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas* del año 2011, que “*el Estado como garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia tiene el deber de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel de sufrimiento inherente a la reclusión*”²⁶⁷. En este sentido, las autoridades deberán evaluar las condiciones particulares de cada uno de los reclusos, con miras a determinar qué actos o conductas se deberán efectuar o evitar con el objetivo de que no constituyan tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por ello, se ha exigido a través de distintos instrumentos la separación por categorías de los reclusos, entre otras por razones de “*las necesidades especiales de atención*”²⁶⁸.

Asimismo, se ha indicado que las autoridades deberán asegurar que los detenidos estén debidamente identificados, así como que su identidad corresponda a la persona a la que hace referencia la orden de detención o la sentencia. De conformidad con lo relatado en el

²⁶⁷ CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las américas, OEA/Ser.L/V/II, 31 diciembre 2011, pár. 90.

²⁶⁸ CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

contexto, las personas habitantes de calle son objeto de múltiples violencias, gran parte ellas ocasionadas en manos de la institucionalidad como ha ocurrido con la imposición de comparendos o agresiones físicas²⁶⁹ por parte de la policía y de instituciones encargadas de controlar y velar por el espacio público. Esta situación supone un temor y rechazo por parte de las personas habitantes de calle a cualquier medida adoptada desde la institucionalidad, por lo que, al estar bajo la custodia total del Estado, se puedan presentar una serie de comportamientos que harán evidente esta condición y que tiene un sustento fáctico, principalmente, basado en la exclusión histórica de la que han sido objeto.

Frente a la clasificación e individualización, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos -Reglas Nelson Mandela- consagra en su Regla No. 93, lo siguiente:

1. Los fines de la clasificación serán: a) separar a los reclusos que, por su pasado delictivo o su mala disposición, pudieran ejercer una influencia nociva sobre sus compañeros de prisión; b) dividir a los reclusos en categorías, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su reeducación. 2. En la medida de lo posible, se dispondrá de establecimientos penitenciarios separados, o de pabellones separados dentro de un mismo establecimiento, para las distintas categorías de reclusos.

De conformidad con lo anterior, la separación o clasificación de las personas habitantes de calle al interior de los centros penitenciarios permite que respecto a esta población se implemente un trato diferencial atendiendo a la condición que supone en sí misma habitar la calle, esto es, el haber adquirido una serie de comportamientos que los ubican por fuera de las políticas e intereses de los diferentes gobiernos y con ello a desarrollar toda su vida por fuera de los límites normativos, de romper todo tipo de lazo o comunicación con sus familias o desconocer su ubicación, de requerir una atención médica específica dada su exposición a enfermedades contagiosas y que pueden significar un riesgo mayor privados de la libertad y bajo condiciones de hacinamiento, de requerir un tratamiento diferencial en su proceso de reeducación y resocialización dada su previa condición de habitación en calle que supondría una tendencia a continuar en ella una vez retome la libertad, de temor al poder represivo y

²⁶⁹ Temblores ONG, Los nunca nadie: Informe sobre la situación de derechos humanos de habitantes de calle en Colombia, 2018.

coercitivo del Estado dadas su vivencias y experiencias, entre otros factores. La separación de las personas habitantes de calle, por tanto, garantiza la obligación de los Estados de cubrir las necesidades de protección requeridas por esta población, la cual tiene especial relevancia en contextos de privación de la libertad dada la total subordinación a las decisiones que desde la institucionalidad se adopten.

Ahora bien, resulta importante destacar, en lo relativo a la identificación, que el porcentaje mayoritario de las personas habitantes de calle carecen de documentos personales tales como cédula de ciudadanía, registro civil de nacimiento, entre otros²⁷⁰, incluso desconocen u olvidan datos relacionados con ellos, por lo que los Estados deberán desarrollar un protocolo específico para atender este tipo de situaciones, con el fin de que permitan a los habitantes de calle contar con una identificación durante su permanencia en el centro carcelario y posterior a la condena.

Finalmente, los Estados también deberán desarrollar un protocolo especial que permita a los habitantes de calle conocer las razones por las cuales se encuentra en el centro carcelario y la explicación de las reglas que deberán seguir durante su permanencia, con el objetivo de que se efectúe un proceso que permita cumplir con los fines de la pena.

ii) Atención médica

Frente a los servicios o atención médica de las personas privadas de la libertad, el principio IX de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, estipula:

Toda persona privada de libertad tendrá derecho a que se le practique un examen médico o psicológico, imparcial y confidencial, practicado por personal de salud idóneo inmediatamente después de su ingreso al establecimiento de reclusión o de internamiento, con el fin de constatar su estado de salud físico o mental, y la existencia de cualquier herida, daño corporal o mental; asegurar la identificación y tratamiento de cualquier problema significativo de salud; o para verificar quejas sobre posibles malos tratos o torturas o determinar la necesidad de atención y tratamiento.

²⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-092 del 5 de marzo de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

En igual sentido, las Reglas 24 y 25 de las Reglas Nelson Mandela, consagran:

Regla 24 1. La prestación de servicios médicos a los reclusos es una responsabilidad del Estado. Los reclusos gozarán de los mismos estándares de atención sanitaria que estén disponibles en la comunidad exterior y tendrán acceso gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica.

2. Los servicios médicos se organizarán en estrecha vinculación con la administración del servicio de salud pública general y de un modo tal que se logre la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia.

Regla 25 1. Todo establecimiento penitenciario contará con un servicio de atención sanitaria encargado de evaluar, promover, proteger y mejorar la salud física y mental de los reclusos, **en particular de los que tengan necesidades sanitarias especiales o problemas de salud que dificulten su reeducación.**

(N.F.T.)

En virtud de los estándares internacionales establecidos en torno a los servicios médicos o en salud, las autoridades penitenciarias se encuentran obligadas a realizar un examen inicial que permita conocer a profundidad las condiciones de salud en las que se encuentran las personas habitantes de calle privadas de la libertad, bajo métodos que permitan el trato digno de esta población y que atiendan al contexto de constante exposición a violencias y de ausencia de asistencia médica previa.

Frente al particular, la CIDH ha resaltado que *“independientemente de las dificultades económicas que pudiera estar atravesando el Estado en un momento determinado, el hecho de privar de libertad a una persona implica siempre el deber irrenunciable de proveer atención médica adecuada, la cual incluye medidas de prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades.”* Esto también exige el diseño de políticas públicas por parte de los Estados sobre la atención médica dirigida a personas habitantes de calle, con el fin de que se permita el acceso a la salud de esta población tanto durante su permanencia en el centro penitenciario

como posterior a este, y que se brinde atendiendo a sus características particulares y bajo métodos que garanticen un trato digno.

En el examen médico inicial, así como en la atención médica general que se preste a las personas habitantes de calle, las autoridades de los centros penitenciarios deberán tener en cuenta que gran parte de las personas habitantes de calle sufren de enfermedades transmisibles o contagiosas, tales como VIH/SIDA y tuberculosis, que significan graves afectaciones tanto para su integridad personal como para los demás reclusos, visitantes y personal de seguridad, y que de no ser abordados y tratados de manera adecuada podría configurar un problema de salud pública así como un factor adicional de discriminación de esta población. En igual sentido, deberán considerar la condición de drogodependencia y las consecuencias que de ella se derivan, tales como las enfermedades psiquiátricas.

Frente a estas enfermedades, los Estados deberán adelantar todas las medidas necesarias y con carácter regular para atenderlas, así como adecuar las condiciones y régimen de detención para el tratamiento adecuado de la enfermedad, tales como la alimentación y la higiene. En igual sentido deberán adelantar un programa dirigido a prevenir y erradicar la discriminación de las personas habitantes de calle, quienes además de ser discriminados por su condición de pobreza extrema y de habitabilidad en calle, lo son también por el padecimiento de dichas enfermedades. Respecto a ello ha advertido la CIDH: *“El miedo y el prejuicio hacia estas enfermedades los coloca en una posición de riesgo de ser sometidos a aislamiento social, violencia y otros abusos a sus derechos humanos, tanto por parte de otros reclusos, como del personal penitenciario”*. Así, las autoridades de los centros penitenciarios se encuentran en la obligación de atender dichos comportamientos que a su vez configuran un trato cruel frente a estas ciudadanías.

Ahora bien, respecto a la drogodependencia y a las consecuencias que el consumo habitual y por largos períodos genera, tales como el padecimiento de enfermedades psiquiátricas, se crea la obligación por parte de los Estados en conjunto con las autoridades de los centros carcelarios, de especificar dentro de los programas y la política en salud el tratamiento que deberá surtirse frente a las personas habitantes de calle en este aspecto particular, así como a diseñar medidas que permitan morigerar las afectaciones psíquicas que les puede generar el

encierro dadas su condiciones preexistentes de enfermedades psiquiátricas y de habitabilidad en calle.

iii) Relaciones familiares

La CIDH ha indicado que los Estados se encuentran en la obligación de adelantar todas las medidas necesarias y de atender todas las deficiencias estructurales para que las personas sometidas a su custodia tengan un contacto efectivo con sus familias, “*en condiciones dignas, seguras y con suficiente regularidad*”.²⁷¹ Asimismo, las Reglas Nelson Mandela, refieren frente al contacto de las personas privadas de la libertad con el mundo exterior, lo siguiente:

Regla 58 1. Los reclusos estarán autorizados a comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con sus familiares y amigos: a) por correspondencia escrita y por los medios de telecomunicaciones, electrónicos, digitales o de otra índole que haya disponibles; y b) recibiendo visitas.

Regla 59. En la medida de lo posible, los reclusos serán internados en establecimientos penitenciarios cercanos a su hogar o a su lugar de reinserción social.

Pese a las garantías previamente reseñadas, es importante indicar que resulta ser un aspecto frecuentemente identificado en las personas habitantes de calle, su desarraigo social y familiar y con ello la ausencia casi total de sus vínculos familiares, desconociendo la ubicación de sus parientes, la dirección y los datos de contacto. Esta situación se constituye en un factor adicional que complejiza el proceso de creación de vínculos e incluso de reeducación y resocialización de las personas habitantes de calle privadas de la libertad.

Al respecto, las autoridades penitenciarias deberán observar que este proceso de reeducación y resocialización de las personas habitantes de calle tiene una doble función: i) Que las personas no reincidan en conductas punitivas, y ii) Que las personas superen la situación de habitabilidad en calle. Es por ello que los Estados deberán identificar, además de los grandes obstáculos ya mencionados por la CIDH en sus informes²⁷² en torno a las relaciones

²⁷¹ CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, 31 diciembre 2011, pár. 577.

²⁷² Remitirse al pár. 579 del Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, 31 diciembre 2011, que establece: “*La CIDH ha observado que fundamentalmente existen dos grandes obstáculos para mantenimiento de una interacción normal entre los internos y sus familias: (a) la falta de condiciones para que las visitas puedan llevarse a cabo de forma digna, es decir, en condiciones*

familiares, el contexto familiar que experimentan las personas habitantes de calle, con el objetivo que desde la institucionalidad se busquen alternativas efectivas que permitan ubicar y reconstruir lazos familiares que contribuyan al proceso de resocialización y de superación de su situación particular de habitante de calle, así como a sobrellevar las circunstancias mismas que rodean la privación de la libertad y que pueden generar múltiples afectaciones psicológicas.

iv) Consideraciones sobre tratos crueles, inhumanos y degradantes

Tal y como se ha indicado en líneas previas, históricamente las personas habitantes de calle han sido víctimas de tratos crueles y de múltiples violencias por parte de la institucionalidad y de la sociedad civil, que van desde el abandono estatal y hasta abusos físicos por parte de agentes de la policía, instituciones de espacio público, entre otros.

Así mismo, su condición de habitabilidad en calle, sumada a otros factores tales como las enfermedades, el desarraigo familiar y la drogodependencia, los hace víctimas de discriminación tanto al interior de las cárceles como por fuera de ellas. No obstante, en contexto de privación de la libertad exige de los Estado mayor vigilancia y diseño de políticas para evitar los tratos crueles, inhumanos y degradantes de los demás reclusos y de los agentes de seguridad respecto a las personas habitantes de calle.

Una de las alternativas que se propone a esta H. CorteIDH con el fin de evitar hechos de violencia carcelaria y de tratos crueles, inhumanos y degradantes hacia personas habitantes de calle, es que se exija una separación de internos por categorías y una protección reforzada a este grupo vulnerable, así como una vigilancia regular por parte de las autoridades, entes de protección de derechos humanos y del personal médico de los tratos que los reclusos y el cuerpo de seguridad han tenido con esta ciudadanía, a partir de un examen periódico y detallado que dé cuenta de los hallazgos de violencias en los cuerpos de estas personas.

En este sentido, se deberá seguir lo establecido por la CIDH en su informe *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, del que se resalta lo siguiente:

aceptables de privacidad, higiene y seguridad; y (b) el trato humillante o denigrante hacia los familiares de los reclusos por parte de las autoridades durante los días de visitas. Este tipo de situaciones, además de afectar directamente a los familiares de los reclusos, son factores que desincentivan el que éstos acudan a visitar a los reclusos, lo que definitivamente impacta en el mantenimiento de las relaciones familiares de los reclusos”.

En materia penitenciaria, además de un marco normativo adecuado resulta urgente la implementación de acciones y políticas concretas que tengan un impacto inmediato en la situación de riesgo en que se encuentran las personas privadas de libertad. La obligación del Estado frente a las personas privadas de libertad no se limita únicamente a la promulgación de normas que los protejan ni es suficiente que los agentes del Estado se abstengan de realizar actos que puedan causar violaciones a la vida e integridad física de los detenidos, sino que el derecho internacional de los derechos humanos exige al Estado adoptar todas las medidas a su alcance para garantizar la vida e integridad personal de las personas privadas de la libertad.

v) Privación de la libertad de personas en situación de pobreza y pobreza extrema

La CIDH en su informe *Pobreza y DDHH*, a través de cifras aportadas por distintos Estados de la región, concluye que las personas en situación de pobreza y pobreza extrema, así como los grupos sociales históricamente excluidos y discriminados, significan un alto porcentaje de reclusos. Aunado a ello, la CIDH también ha resaltado la afectación particular que sufren estas poblaciones en los centros penitenciarios. Al respecto refiere: “*Las condiciones de detención de la población en situación de pobreza o pobreza extrema en los centros de privación de libertad en la región son peores que las experimentadas por el resto de la población penitenciaria.*”

Lo anterior se entiende a través del tratamiento contemporáneo que han adoptado los Estados frente a la pobreza y que se reduce en su criminalización, mediante el cual se “estandarizan” las conductas sociales, y se determinan los comportamientos “adecuados”, con la consecuente promulgación de leyes que tipifican y criminalizan los hábitos de estos grupos poblacionales económicamente desfavorecidos. En este sentido, el derecho penal y la pena se han configurado en la lucha del Estado contra el pobre, quien además de sufrir los flagelos mismos de la pobreza, de ser el principal titular de la conducta punible, también se ven aquejados por los tratos discriminatorios y violentos por parte del Estado en los centros carcelarios. La CIDH señaló en el informe precitado que la vulneración de derechos que se experimentan durante la privación de la libertad por parte de las personas habitantes de calle, tiene sustento en la falta de políticas públicas. Así indicó:

Un problema grave es precisamente la falta de políticas públicas orientadas a promover la rehabilitación y readaptación social de las personas condenadas a penas privativas de la libertad. Considerando los recursos financieros limitados con los que cuentan las personas privadas de libertad en su mayoría, y que su encarcelamiento representa un alto riesgo de desvinculación con la comunidad, resulta imprescindible que los Estados adopten políticas públicas integrales, orientadas a la readaptación social y la rehabilitación personal de los condenados. De no ser así, se corre el riesgo de el país permanecer en un ciclo de exclusión social y reincidencia criminal.

En conclusión, la pobreza como problema estructural se manifiesta en afectaciones graves al disfrute y ejercicio material de los derechos humanos, que en determinadas ocasiones implica violaciones que acarrear la responsabilidad internacional del Estado en especial cuando éste ejerce total subordinación como en los contextos de privación de la libertad.

5.6.3. Conclusiones

Se propone en este sentido a la Corte IDH que establezca como obligación de los Estados miembros, la elaboración e implementación de una política especial para personas habitantes de calle privadas de la libertad, la cual tenga como punto de partida un estudio detallado del contexto de las personas habitantes de calle, sus características principales, las enfermedades que padecen, las principales conductas punitivas por las que son condenados, entre otros, y cómo ello los conduce a un contexto de discriminación estructural con el objetivo de que se delimite la forma en cómo se deberá realizar, en el ámbito de la interseccionalidad con la privación de libertad, el registro, ingreso, atención médica, reinserción y resocialización, y así cumplir con lo objetivo de la pena.

6. CONCLUSIONES RESPECTO A LAS PREGUNTAS GENERALES FORMULADAS POR LA CIDH

Se ha dejado establecido a lo largo del texto que los grupos poblacionales de mujeres, niños y niñas, LGBTI+, mayores, indígenas y habitantes de calle se encuentran en situación de especial riesgo. La discriminación que experimenta cada uno de estos grupos poblacionales se constituye en discriminación estructural, esto porque, siguiendo lo delimitado por la jurisprudencia interamericana, cada uno de estos grupos experimenta discriminación

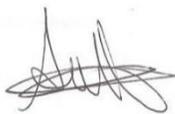
indirecta *de facto* que es histórica y sistemática lo que produce un escenario de situación de exclusión, marginación y subordinación. Además, cuando estas poblaciones se encuentran privadas de la libertad sufren de escenarios de mayor vulneración, su ya precaria situación se agrava, toda vez que las diferentes vulnerabilidades que se experimentan en general al estar privados de la libertad se interseccionan con las ya previamente padecidas, sufriendo efectos desproporcionados. Es decir, podemos observar una discriminación indirecta *de facto* generalizada a cada grupo poblacional, es decir, una discriminación estructural, pero además observamos otra discriminación indirecta al interior de los centros de privación de libertad, discriminaciones que se interseccionan produciendo escenarios específicos y diferenciados por lo que se materializa una discriminación interseccional.

Bajo esta premisa resulta clara cuál debe ser la postura que debe adoptar esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos ante las preguntas generales planteadas por la CIDH, las cuales son:

¿Es posible justificar en los artículos 24 y 1.1 de la Convención la necesidad de la adopción de medidas o enfoques diferenciados para garantizar que sus circunstancias específicas no afecten la igualdad de condiciones con los demás personas privadas de la libertad, tanto en lo referente a sus condiciones de detención como en relación con los recursos que sean interpuestos para proteger sus derechos en el contexto de la privación de libertad? De ser así, ¿qué implicaciones concretas tiene el contenido de los derechos involucrados en tales artículos en el alcance de las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia?

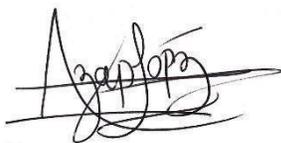
Sí es posible, de hecho es necesario al reconocer la discriminación estructural e interseccional que padecen estas poblaciones en desarrollo de la dimensión positiva del principio de no discriminación, es decir, la obligación de adoptar acciones afirmativas que procuren la transformación de esos escenarios de discriminación. Las implicaciones concretas del principio de no discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley en las obligaciones correlativas que tienen los Estados en la materia son el fortalecimiento de estas en procura de transformar la realidad concreta de estas poblaciones con miras a alcanzar criterios de igualdad real.

El presente documento lo suscriben:



Alejandro Gómez Restrepo

Docente e investigador, Coordinador Semillero SELIDH Universidad de Antioquia



Alejandra Zapata López

Investigadora SELIDH Universidad de
Antioquia



Sebastián Alarcón Ruiz

Investigador SELIDH Universidad de
Antioquia



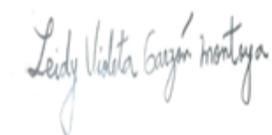
Nathalie Zaray Martínez Jaimes

Investigadora SELIDH Universidad de Antioquia



Adrián Zarate Condori

Investigador SELIDH Universidad de
Antioquia



Leidy Garzón Montoya

Investigadora SELIDH Universidad de
Antioquia



Manuel Darío Cardona Quiceno

Investigador SELIDH Universidad de
Antioquia



Diana Sofía Zuluaga Vivas

Docente - Semillero de Discusiones Constitucionales Universidad de Antioquia



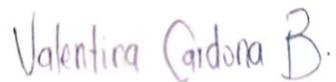
María José Palacio Osorio

Semillero de Discusiones Constitucionales Universidad de Antioquia



Patricia del Pilar González Callejas

Investigadora SELIDH Universidad de
Antioquia



Valentina Cardona Betancur

Semillero de Penitenciario y Derechos Humanos - Universidad de Antioquia



Valentina Ortiz Aguirre

Investigadora SELIDH Universidad de
Antioquia



Pablo Andrey Rincón Rojas

Investigador Corporación Everyday House



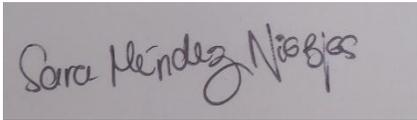
Andrés Felipe Arismendi Holguín

Investigador Corporación Everyday House



Nathalia Rodríguez Cabrera

Investigadora Bolívar en Falda

A rectangular box containing a handwritten signature in black ink. The signature reads "Sara Méndez Niebles" in a cursive script.

Sara Méndez Niebles

Investigadora Bolívar en Falda