Universidad Externado de Colombia | RECTORÍA

Bogotá D.C., 15 de enero de 2021

Honorable Jueza
Elizabeth Odio Benito
Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Doctor
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Referencia: observación escrita a la Solicitud de Opinión Consultiva "Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad"

En mi calidad de rector de la Universidad Externado de Colombia, es para mí un honor presentar a ustedes el escrito de la referencia y agradezco su convocatoria a tan importante instancia. Nuestra intervención ha sido preparada por un nutrido equipo de docentes e investigadores de la Universidad Externado de Colombia, con el fin de dar respuesta a la invitación para presentar observación escrita a la Solicitud de Opinión Consultiva presentada por la honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre "Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad" a la honorable Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esperamos que el escrito que presentamos contribuya efectivamente a su importante labor de garantía y protección de los derechos humanos en la región, así como permita profundizar los argumentos para una protección integral de las personas privadas de libertad, con especial énfasis en los enfoques diferenciales que deben observarse en el cumplimiento efectivo de los derechos de esta población.

Me suscribo de ustedes, con muestras de consideración.

JUAN CARLOS HENAO
Rector

“Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”
Concepto presentado por la Universidad Externado de Colombia

> Hay victorias cuya gloria se encuentra en el hecho de que solamente las conocen aquellos que las han hecho posibles. Esto es particularmente cierto en el caso de la cárcel, donde hay que buscar consuelo en la fidelidad a los propios ideales, aunque sólo uno mismo lo sepa.
>
> Nelson Mandela.

Honorables Jueces y Juezas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con la invitación de la referencia, la Universidad Externado de Colombia agradece estar convocada en tan importante disertación y procede por medio del presente escrito a presentar ante ustedes su concepto: “ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD”

El presente documento fue elaborado por un grupo de docentes e investigadores de la universidad con denotada experiencia en las materias objeto del concepto[1]. Para facilitar su lectura hemos dividido el escrito de la siguiente manera:

Iniciaremos con las consideraciones generales sobre los derechos de personas privadas de libertad a la luz de las obligaciones en derechos humanos, para después abordar la cuestión de los enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad de conformidad con las obligaciones de derechos humanos. Posteriormente expondremos la especificidad de la situación de las mujeres embarazadas detenidas, para continuar con el enfoque de género en los(as) detenidos(as) LGTB, prosiguiendo con el tema de la población indígena en condiciones de detención, las personas mayores, personas en condición de discapacidad, las personas detenidas con necesidades psiquiátricas, y los niños y niñas que viven con sus madres en prisión, para finalmente trazar algunas conclusiones.

[1] Juan Pablo Hinestrosa y Camilo Eduardo Umaña Hernández (compiladores y autores), Manuel Páez, Mario Andres Ospina Ramirez, Paola Andrea Acosta Alvarado (con apoyo de la asistente Laura Daniela Diaz Reyes), Docentes del Departamento de Derecho Constitucional y Santiago Rendon Corrales asistente de investigación. Natalia Margarita Rueda Vallejo, docente investigadora del Departamento de Derecho Civil. Ángela Marcela Olarte Delgado, investigadora del Centro de Investigación de Política Criminal. Leonardo Fabián Cruz Bolivar, docente del departamento de Derecho penal. Jairo Estupiñan, Juan Carlos Caicedo, Mauricio Aponte y Tatiana Bernal, docentes del Programa de Psicología de la facultad de Ciencias Sociales.

TABLA DE CONTENIDO

1. Consideraciones generales sobre derechos de personas privadas de libertad a la luz de las obligaciones en derechos humanos.

1.1. Principios y reglas aplicables a las personas detenidas.
1.2. Jurisprudencia internacional sobre los detenidos(as):

2. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad de conformidad con las obligaciones de derechos humanos

2.1 El uso de enfoques diferenciales para las personas privadas de la libertad en Colombia.

3. Sobre el enfoque diferencial de género orientado a consolidar políticas que no se centren solo en la mujer-madre y en la mujer gestante sino en la mujer en sí misma considerada.

3.1 Mujeres embarazadas, en periodo de postparto y lactantes.

4. Personas LGTBT.

4.1 Precisiones conceptuales sobre las personas LGBT con repercusiones en el diseño y funcionamiento de los sistemas penitenciarios
4.2 Impactos de la diversidad sexo-genérica en el orden penitenciario.
4.3 Acoger la voluntad de los condenados sobre el lugar en el cual prefieren cumplir con la pena privativa de la libertad, ante la presencia para muchos inevitable de cárceles segregadas.
4.4 Prohibir cualquier obligación de revelar la orientación sexual o la identidad de género, y de hacerlo públicamente en los contextos penitenciarios, teniendo en cuenta la violencia sistemática que se verifica en tales espacios.
4.5 Las políticas carcelarias no podrán asumir la supuesta naturaleza especial de las lesbianas, los gais, los bisexuales y los sujetos trans como fundamento para segregarlos espacial o funcionalmente del resto de reclusos y ofrecerles un trato diferente que obre en detrimento de sus derechos humanos.
4.6 Reconocer que los riesgos evidentes sobre las personas LGBT en centros carcelarios son el resultado de los estereotipos y prejuicios latentes tanto en los funcionarios encargados de su custodia como en los demás internos.
4.7 Tomar en consideración las realidades concretas de las personas LGBT y las intersecciones entre los sistemas de opresión que soportan.
4.8 Asegurar el derecho a la visita íntima de las personas LGBT en condiciones de igualdad y dignidad y sin necesidad de exponer públicamente sus deseos sexuales.
4.9 La prevención y sanción de la violencia por prejuicios en contextos penitenciarios deberá incluir la criminalización de los delitos de odio y el acceso eficaz a la justicia

5. Personas indígenas.

5.1. Situación de los pueblos indígenas en Latinoamérica.
5.2. Jurisdicción indígena y justicias propias.
5.3. La población indígena en las prisiones de América Latina.
5.4. La población indígena en las prisiones de América Latina.
5.5. Enfoque diferencial para la población indígena privada de la libertad.

6. Personas mayores

6.1 ¿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 libertad?

6.2 ¿Cuáles son las obligaciones estatales en materia de atención médica y psicológica a personas mayores privadas de la libertad?

6.3 ¿Cuáles son los deberes específicos de los Estados para garantizar a estas personas su plena reinserción social?
6.4 Personas privadas de libertad con necesidades psiquiátricas.

7. Niños y niñas en compañía de sus madres privadas de la libertad

7.1 Consideración Inicial.
7.2 Deberes estatales anteriores al nacimiento de una niña o niño en situación de privación de la libertad de su madre.
7.3 Las Obligaciones Estatales en relación con la permanencia de la niña o niño durante su permanencia en centro carcelario.

8 Conclusiones

1. Consideraciones generales sobre derechos de personas privadas de libertad a la luz de las obligaciones en derechos humanos

Conforme el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

> Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
> La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
> […]
> Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Podemos anotar que la intención de los Estados signatarios de la Convención, consistió en fijar los principios para implementar políticas penitenciarias acordes con los Derechos Humanos[2]. De igual manera, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos tratado integrante del sistema universal de protección a los Derechos Humanos, señala lo siguiente:

> Art. 10 Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
> […]
> El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

Siguiendo tal planteamiento la Convención Europea de Derechos Humanos expresa en su artículo 5:

> Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley.

Por último, la Carta de Banjul determina en su artículo 6:

> Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente.

Así entonces encontramos un Corpus Iuris universal, que reconoce a todo ser humano detenido, dos premisas fundamentales como punto de partida:

- El fin social y de readaptación de las penas: Conforme a lo cual el fin principal de la pena de prisión consiste en buscar la readaptación de los(as) detenidos (as), y

[2] Cfr. OEA/Ser.K/XVI/1.2 . Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica. 1969.

- El reconocimiento a la dignidad humana: Según la cual se debe dar al detenido(a) un trato acorde con ésta, prohibiendo de antemano cualquier forma de tortura o trato cruel inhumano o degradante.

Este Corpus Iuris se ha visto reafirmado en el sistema universal mediante una serie de principios y directrices aplicables a la población penitenciaria. Dentro de aquellos encontramos el Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión[3], o los principios básicos para el tratamiento de los reclusos[4] y ya de manera más reciente las Reglas Mandela[5], de las cuales nos ocuparemos posteriormente. Principios que son acordes con lo considerado en el Consejo de Europa mediante la Recomendación (2) (2006) del Comité de Ministros que actualizó las Reglas Penitenciarias Europeas.

Igualmente la Asamblea General de los Estados Americanos (OEA), profirió la Resolución AG/RES, 2592(XL-O/10), sobre los Derechos y la atención de las personas sometidas a cualquier forma de detención y reclusión concordantes con la Segunda Reunión de Autoridades Responsables de las Políticas Penitenciarias y Carcelarias de los Estados Miembros de la OEA (GAPECA/doc.8/08 rev.2, párrafo 2.L.ii.) y las recomendaciones de la Octava Reunión de Ministros de Justicia u Otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA-VIII/doc.4/10 rev. 1, párrafo VI.2.)

Por consiguiente, el Corpus Iuris, se ve reforzado, desarrollado e implementado por este conjunto de principios y directrices que conforme a las premisas, amplía el espectro de protección hacia los detenidos(as) y presos (as) para establecer directrices aplicables por los Estados frente a la población carcelaria y mandatos para implementar políticas penitenciarias y carcelarias, denotando, entre otras, las siguientes características:

1.1 Principios y reglas aplicables a las personas detenidas.

1.1.1 Respeto y apego al debido proceso: Se establece la necesidad de la presunción de inocencia, el derecho a la defensa (técnica) y la comunicación con su defensor (de confianza o de oficio), entre otros (Principios de Protección 2, 3, 4, 12, 14, 23 y ss; Reglas penitenciarias 2, entre otros).

1.1.2 Derecho a la salubridad: Dentro del cual se denota la necesidad de tener unas condiciones de detención salubres e higiénicas y acceso al personal médico (Principios para la Protección 25; Principios básicos 9; Reglas Mandela 26 y ss; Reglas penitenciarias 19 y ss).

1.1.3 Derecho a la educación y capacitación de los reclusos (Principios básicos 6, Reglas Mandela 63 y ss; Reglas penitenciarias 28 y ss).

[3] Aprobados por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988
[4] Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.
[5] Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 70/175.

1.1.4 Derecho al ejercicio dentro del lugar de detención (Principios Reglas Mandela 23, Reglas penitenciarias 27).

1.1.5 Interacción con el exterior: Derecho a recibir visitas a los (as) reclusos (as), comunicación escrita y telefónica con la familia y allegados (as) y con su defensa, entre otros. (Reglas Mandela 58; Principios de Protección 19 y Reglas penitenciarias 24 y ss).

1.1.6 Protección de la dignidad: Prohibición de maltrato, posibilidad de acceder a personal sanitario para la atención, condiciones de detención salubres, entre otros. (Reglas Mandela 24; Principios básicos 1; Principios de protección 1 y SS y Reglas penitenciarias 64 y ss).

1.1.7 Debido proceso disciplinario: Aplicabilidad de sanciones disciplinarias a los detenidos (as) conforme al debido proceso (Reglas Mandela 36 y ss; Principios básicos 7; Principios de Protección 30 y Reglas Penitenciarias 56 y ss).

1.1.8 Controles al personal penitenciario: Se debe realizar monitoreo y control interno y externo a las labores desarrolladas por el personal penitenciario: (Reglas Mandela 74; Reglas Penitenciarias 76 y ss).

1.1.9 El respeto a que el detenido profese su religión o credo: (Reglas Mandela 65; Reglas Penitenciarias 29).

1.1.10 Prohibición de discriminación: Conforme se determinará posteriormente, se necesitan políticas con enfoque diferenciado para la población carcelaria. (Principios básicos 2; Principios; Reglas Mandela 109 y ss y Reglas Penitenciarias 34 y ss). Así entonces, toda normatividad y principios apunta a reconocer la diversidad de la población penitenciaria y la protección de minorías y sujetos de especial protección como lo veremos posteriormente.

En síntesis, las premisas se ven reforzadas con éstas directrices y principios que concretan el ámbito de protección del detenido(a) reafirmando como primera medida su dignidad humana.

Antes de analizar la aplicabilidad de los principios, teniendo presente todo este marco jurídico, tenemos que los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos han implementado su jurisprudencia para permitir una mayor protección a quienes se encuentran detenidos(as) o recluidos(as).

1.2 Jurisprudencia internacional sobre los detenidos(as):

Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Guzzardi v Italia[6], parte del marco que hemos anotado para enfatizar que la dignidad humana debe ser un

[6] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Guzzardi v. Italia, sentencia de 6 de noviembre de 1990, entre otras decisiones.

criterio preponderante hacia los (as) detenidos (as) y su concordancia con el debido proceso:
Para determinar si una persona ha sido "privada de su libertad" en el sentido del artículo 5, el punto de partida debe ser la situación concreta, y se debe prestar atención a una serie de criterios tales como el tipo, la duración, los efectos y la manera de implementación de la medida en cuestión.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General Núm. 9[7], sobre el trato humano a las personas privadas de la libertad señalaba:

> El trato humano y el respeto de la dignidad de todas las personas privadas de libertad constituyen una norma básica de aplicación universal que no puede depender enteramente de los recursos materiales. El Comité tiene conciencia de que, a otros respectos, las modalidades y las condiciones de detención pueden variar según los recursos de que se disponga, pero afirma que deben aplicarse siempre sin discriminación.

Igualmente, el Comité en su Observación General Núm 21[8], establecía que la obligación de respeto a los(as) detenidos (as) se aplica indistintamente a todo tipo de institución que se encuentre bajo la jurisdicción o vigilancia del Estado. Esa posición la reitera el Comité en su casuística, en comunicaciones como *Griffin v. España*[9]; *Cabal y Pasini Beltrán v. Australia*[10]; y *Brough v. Australia*, entre otros[11].

En concordancia, la Corte Interamericana desde sus primeros casos ha analizado el tema de las personas en condición de prisión[12] o de detención[13]. A la luz del artículo 5 de la Convención la Corte determinó en relación con las personas detenidas que existe un deber para el Estado como garante de los derechos de los detenidos(as):

> "El Estado está en una posición de garante respecto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. En este mismo sentido, las privaciones ilegales de la libertad hacen que esta posición se vea agravada[14]".

Posición que la Corte comparte también en sus Medidas Provisionales:

> "Que el artículo 1.1 de la Convención señala el deber que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, incluidos, en el presente caso, los reclusos de la Cárcel de Urso Branco[15]".

---

[7] Observación General Núm 9.
[8] Observación General Núm 21 Trato Humano a las personas privadas de la libertad.
[9] Comunicación 493/92.
[10] Comunicación 1020/01.
[11] Comunicación 1184/03.
[12] Corte IDH. Caso Neira Alegria v. Perú, Sentencia de enero 19 de 1995.
[13] Corte IDH. Caso Gangaram Panday v. Surinam, Sentencia de enero 21 de 1994.
[14] Corte IDH. Caso Neira Alegría, supra. Párr. 60.
[15] Corte IDH. Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002.

Como vemos, el artículo 1.1 de la Convención conocido como el deber de garantía, es el pilar para sentar la base del deber de custodia,[16] pues como la norma convencional establece, bajo el principio del pacta sunt servanda[17], que los Estados signatarios de la Convención se obligan a respetar y a hacer respetar los derechos consagrados en el catálogo de dicha Convención, deberes de acción y omisión que se vuelven aplicables al momento de evaluar la garantía hacia las personas detenidas. Los cuales se debe aplicar sin distinción de género, sexo, religión u orientación política, como lo veremos durante el desarrollo del presente escrito, pero antes de dedicarnos a explicar este argumento, señalemos que la Corte Interamericana, desarrolla ese deber de garante en una forma particular pues el Estado, para la Corte, tiene el deber de custodia sobre los detenidos(as):

> "El Estado es responsable de la observancia del derecho a la vida de toda persona bajo su custodia en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención Americana[18]".

Esa doble conjunción garantía-custodia, acrecienta la responsabilidad del Estado frente al trato que debe otorgarle a los(as) detenidos(as), que parte de las premisas señaladas, el respeto a la dignidad de las personas detenidas y el fin social de la pena infringida y es en últimas el Estado a quien se debe preguntar por la suerte, paradero e integridad de todos aquéllos (as) que han sido sometidos a detención bajo su jurisdicción.

Ahora bien, teniendo como marco de referencia las normas y principios señalados y la jurisprudencia internacional proferida por la Corte, veremos a partir de la óptica del enfoque diferenciado; como en cada caso concreto estas premisas y principios se ven moduladas acorde con el trato diferenciado que se amerita por el caso particular.

2. Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad de conformidad con las obligaciones de derechos humanos

Como lo explicaremos a continuación, a partir de una interpretación sistemática de los artículos 24 y 1.1. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH) es posible justificar la necesidad y adopción de enfoques diferenciales para la garantía de los derechos de las personas privadas de la libertad sin que con ello se vulnere el principio de igualdad frente a otras personas privadas de su libertad, sino por el contrario para la realización del mismo. Para tales efectos, empezaremos por analizar el alcance del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación para posteriormente explicar cómo en el caso concreto de la población privada de la libertad pueden ser utilizados los enfoques diferenciales sin que con ello se vulneren los derechos de la población que se encuentra privada de la libertad.

---

[16] Que el artículo 1.1 de la Convención señala el deber que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Ibídem.

[17] Cfr. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331.

[18] Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Párr 111.

En el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la misma Corte Interamericana ha sostenido que existe un vínculo indisoluble entre la prohibición de la discriminación y la garantía universal de los derechos humanos.[19] En ese mismo sentido, ha señalado que los artículos 24 y 1.1. son complementarios en la medida en la que en conjunto prohíben la discriminación –tanto directa como indirecta-[20]; pero también implica que los Estados deben adoptar medidas tendientes a garantizar que todas las personas puedan ejercer sus derechos sin limitaciones o discriminaciones. Es por ello que la Corte ha identificado obligaciones estatales en lo que respecta a idear e implementar mecanismos para que las diferentes minorías y grupos vulnerables puedan ejercer libremente y sin discriminación sus derechos.[21]

Más concretamente, la misma Corte IDH ha reconocido explícitamente que no todo trato diferenciado constituye *per se* una discriminación en la medida en la que: "No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana."[22]

Se debe reconocer que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación son pilares fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[23] En esa medida, tanto la CADH, como tratados internacionales de derechos humanos[24] consagran este principio como una garantía de la igualdad material y no exclusivamente formal cuyo objetivo es igualar las mismas condiciones para todas las personas, justificando la posibilidad de dar un trato diferenciado según las condiciones de las personas.

---

[19] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4 de 1984; Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión vs. Venezuela. Sentencia del 22 de junio del 2015.

[20] Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de fondo, reparaciones y costas, 23 de junio del 2005.

[21] Ver por ejemplo: Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua; Corte IDH, Opinión Consultiva Núm. 18 del 2003; Corte IDH, Caso Yean Bosico vs. República Dominicana, sentencia del 8 de septiembre del 2005; Corte IDH, Caso Moiwana vs. Surinam, Sentencia del 15 de junio del 2005; Corte IDH, Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia del 24 de febrero del 2008; Corte IDH, Caso Ángel Duque vs. Colombia, Sentencia del 26 de febrero del 2016; y Corte IDH. Caso Espinoza Gonzales vs. Perú, sentencia del 20 de noviembre del 2014.

[22] Corte IDH. Opinión Consultiva OC-4 de 1984, párr. 57.

[23] Alexandra Castro Franco. "La prohibición de la discriminación en el Derecho internacional" en Mario Ospina Ramírez (ed.) *Debates sobre la prohibición de discriminación: de la fundamentación teórica al derecho colombiano.* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, 63.

[24] A modo de ejemplo podemos traer a colación la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Núm. 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, la Convención de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, entre otras, del sistema universal de protección de derechos humanos.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha señalado que "no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos, y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto".[25] Esto quiere decir que, en principio, antes de poder determinar la justificación de un trato diferenciado, es necesario conocer sus fines y sus efectos.

En cuanto al uso de enfoques diferenciales específicos en lo que respecta a las personas privadas de la libertad debemos señalar que, pese a que la Corte IDH no ha utilizado formalmente esta expresión, en su jurisprudencia es posible identificar con claridad este tipo de medidas diferenciadas en el caso de las personas privadas de la libertad.

En el caso *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* la Corte enfatizó en la importancia que tenía ofrecer un tratamiento penal y penitenciario diferenciado entre adultos y menores. De allí que condenara que se hubiesen recluido en una misma institución y sin distinción a niños menores de edad y adultos y enfatizó en la necesidad de que los Estados parte de la CADH desarrollaran procedimientos y medidas que tuviesen en especial consideración las condiciones y características de los menores de edad, reconociendo implícitamente la necesidad de un enfoque diferencial de niñez fundamentado no solo en la CADH sino también en la Convención de los Derechos de los Niños.[26]

En el *Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* la Corte IDH estableció una serie de criterios para los casos de hacinamiento carcelario. Allí señaló, entre otras cosas, la necesidad de dar un trato diferenciado a menores y adultos, reconociendo la necesidad de dar un tratamiento médico adecuado para garantizar el derecho a la salud de reclusos con VIH de manera diferenciada, dentro de la proscripción general de cualquier medida que pueda poner en riesgo la salud de los reclusos, dentro de las que se encuentran implícitas aquellas que atenten contra su dignidad humana y sus condiciones especiales de vulnerabilidad. [27]

De igual manera, en lo que respecta a niños y mujeres la Corte ha venido reconociendo la necesidad de aplicar el *principio de trato diferenciado*, el cual tiene por objeto reconocer las condiciones diferenciales de las personas para garantizar un tratamiento igualitario y respetuoso de sus derechos. En ese sentido, vemos que jueces como Sergio García Ramírez sostienen la importancia de reconocer las condiciones particulares de algunos grupos como las mujeres en los casos relacionados con el régimen penal y penitenciario y, en consecuencia, aplicar instrumentos internacionales específicos que pretenden evitar la discriminación de las personas, como es el caso de la Convención Belén do Pará.[28] En ese mismo sentido, la Corte sostuvo en el asunto *Mendoza y otros vs. Argentina* la necesidad de aplicar dicho principio para que en el caso de niños, niñas y adolescentes "su desarrollo

[25] Comité de Derechos Humanos, Observación General 19 de 1989
[26] Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor vs Paraguay, Sentencia del 2 de septiembre del 2004, párr. 210 – 214.
[27] Corte IDH. Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, Sentencia del 27 de abril del 2012, párr. 67.
[28] Voto razonado de Sergio García Ramírez. Corte IDH. Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre del 2006.

físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas" fuesen tenidas en cuenta en el ámbito penal.[29]

La Corte IDH ha remitido en su jurisprudencia a otros instrumentos internacionales que permiten dar alcance y contenido a las medidas diferenciales, tal y como ocurre con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas[30], documentos que ofrecen luces sobre la articulación del principio de igualdad y la prohibición de no discriminación en el contexto de las personas privadas de la libertad.

Más concretamente, las Reglas de Mandela proscriben la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento, culto religioso, precepto moral o cualquier otra situación de los reclusos, aclarando que para la correcta aplicación del principio de no discriminación es imperativo que las administraciones penitenciarias tengan en cuenta las necesidades individuales de cada recluso; en particular cuando se trata de aquellas personas que se encuentran inmersas en una categoría de especial vulnerabilidad. Así mismo, estas Reglas señalan que este tipo de medidas (diferenciales), que tienen por objeto la protección y promoción de los derechos de las personas privadas de la libertad con necesidades especiales, no pueden ser tenidas como discriminatorias en la medida en que parten justamente de un supuesto diferenciado que impone la necesidad de un tratamiento tal.[31]

Así, en general, las detenciones deben sustentarse en criterios razonables de forma que no impliquen medidas discriminatorias, en particular, por motivos de nacimiento, origen nacional, étnico o social, idioma, religión y opinión política o de otra índole[32]. Al respecto, la Corte Interamericana ha empleado las conclusiones del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria para especificar el tratamiento a los migrantes y reafirmar que la privación de la libertad solo debe ser empleada en aquellos casos en los que sea necesaria para la satisfacción de necesidades sociales apremiantes; razón por la cual, por ejemplo, en los casos de migración irregular o violación a la legislación nacional migratoria la privación de la libertad nunca debe ser utilizada con fines punitivos.[33] De igual manera, ha aclarado, con fundamento en las decisiones del Grupo de Trabajo que, en dicho supuesto, la retención del migrante en situación irregular no puede ser ni indefinido ni de duración excesiva[34], extendiendo por demás el marco de protección diferencial a contextos de detenciones administrativas que, por ende, exceden el marco penal.

---

[29] Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Sentencia del 14 de mayo del 2013.
[30] Corte IDH. Resolución del 23 de noviembre del 2016. Medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto del complejo penitenciario de Curado, pár. 12.
[31] Asamblea General de las Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), A/RES/70/175, de 8 de enero de 2016. Regla No. 2.
[32] Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (A/HRC/36/38)
[33] Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, pár. 170 – 171.
[34] Pár. 117.

Ocurre igual con las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad de las Naciones Unidas, las cuales han sido utilizadas por la Corte IDH para justificar en buena medida la necesidad de un tratamiento diferenciado para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran privados de la libertad. Así por ejemplo, en el caso *Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de la Libertad en el "Complexo do Tautapé" da FEBEM vs. Brasil*, la Corte empleó dichas Reglas para adoptar medidas provisionales tendientes, entre otras cosas, a separar "los diversos grupos de menores privados de libertad" a partir del criterio de "la prestación del tipo de asistencia que mejor se adapte a las necesidades concretas de los interesados y la protección de su bienestar e integridad físicos, mentales y morales".[35]

En ese mismo sentido, la Corte IDH también ha empleado los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas –adoptados por la CIDH en el 2008-[36] que establece la igualdad y la no discriminación en los mismos términos que las Reglas de Mandela, añadiendo 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; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH/SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías."[37]

Bajo esa línea, la Corte IDH, a partir de las Reglas de Mandela y de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas, ha sostenido que es una obligación de los Estados que los reclusos que pertenecen a diferentes categorías sean alojados en establecimientos diferentes, o cuando menos, en pabellones diferentes; poniendo como ejemplo, "su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles; de tal modo que los hombres serán recluidos en establecimientos distintos a los de las mujeres, los reclusos en espera de juicio estarán separados de los penados, los encarcelados por deudas u otras causas civiles estarán separados de los encarcelados por causas criminales y los jóvenes estarán separados de los adultos". [38]

En esa misma medida, la Corte IDH ha utilizado en otros casos como el de *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, las Reglas de Mandela como parámetro interpretativo de las obligaciones relativas al trato mínimo que el Estado debe tener para con las personas detenidas. Fue así como, a partir del uso de dichas Reglas – entre otros instrumentos y providencias- consideró que el Estado había fallado en el cumplimiento de "los parámetros mínimos de

[35] Corte IDH. Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2005, pár. 16.

[36] Corte IDH. Resolución del 23 de noviembre del 2016. Medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto del complejo penitenciario de Curado, pár. 27, 37, 38

[37] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 31 de marzo de 2008.

[38] Corte IDH. Resolución del 23 de noviembre del 2016. Medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto del complejo penitenciario de Curado, pár. 38

detención del señor Raxcacó Reyes en el sector once del Centro de Detención Preventiva para Hombres de la Zona 18."[39]

Así las cosas, podemos concluir que, tanto en la esfera general del DIDH como en el caso específico de la CADH -de conformidad con la interpretación de la Corte IDH-, el uso de enfoques diferenciales es permitido siempre y cuando esté debidamente justificado en razón de sus fines e impactos. En el caso concreto de las personas privadas de la libertad se ha reconocido el *principio de trato diferenciado* el cual tiene el objetivo de valorar y tener presentes las condiciones especiales de las personas recluidas para garantizar de manera efectiva sus derechos, garantizando que el trato que les sea ofrecido al estar privadas de la libertad no lesione sus derechos ni su dignidad humana.

Ahora bien, al analizar lo anterior en conjunto con las obligaciones correlativas que tienen los Estados con relación a los sujetos que se encuentran privados de la libertad es importante tener presente que el Estado tiene una doble obligación en el tratamiento y cuidado de esta población. En concreto, se debe considerar que no solo tiene la obligación general de garantía y respeto de los derechos contemplada en el artículo 1.1. de la CADH, sino que tiene una *posición de garante* especial en la medida en la que las personas que se encuentran privadas de la libertad se encuentran bajo su responsabilidad y cuidado directos. Esto quiere decir que no basta con que los Estados ofrezcan unas condiciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos, sino que, por el contrario, se deben ofrecer garantías específicas para que estas personas puedan ejercer en plenitud e igualdad los derechos humanos. De allí que no baste simplemente con prever medidas de tratamiento diferenciado, sino que debe garantizarse que ellas sean tenidas en cuenta y aplicadas.

También es pertinente referirse a los estándares del Sistema Europeo de los Derechos Humanos, los cuales han sido empleados por la Corte IDH en múltiples decisiones para apoyar su interpretación de la CADH y las obligaciones y derechos que de ella se derivan. En el contexto de los derechos de las personas privadas de la libertad, vale la pena recordar que, en materia de enfoques diferenciales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha establecido pautas sobre su aplicación. Por ejemplo, en los casos de *Rooman contra Bélgica*, *Murray contra Países Bajos*, *Hereczefgalvy contra Austria* o *Aerts contra Bélgica* el TEDH ha sido claro sobre la vital importancia que tiene adoptar medidas diferenciales respecto de las personas privadas de la libertad que padecen enfermedades mentales y psiquiátricas en el entendido que afrontan una especial vulnerabilidad por los riesgos derivados de sus necesidades particulares y por no tener la posibilidad de, en muchos casos, siquiera manifestar la afectación que sufren sus derechos en el marco de la reclusión.

Así mismo, el TEDH se ha pronunciado sobre la importancia que tiene una aproximación desde los enfoques diferenciales a aquellos casos que versan sobre la detención de menores migrantes (con independencia de si están o no acompañados por un adulto responsable). Para estos escenarios encontramos sentencias como la del caso *Abdullahi Elmi and Aweys*

[39] Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133, pár. 99 – 100.

Abubakar v. Malta en donde el Tribunal reconoce y hace especial énfasis en la especial vulnerabilidad que tiene los menores y la cual no puede ser desconocida a la hora de adoptar medidas o decisiones en materia migratoria.

Por último, vale la pena traer a colación un caso en donde la medida diferencial que había sido adoptada parecía radicalmente violatoria del principio de igualdad en el entendido que se permitía el aplazamiento de la pena privativa de la libertad para las madres de niños menores, pero no para el caso de los padres. En concreto, en el caso *Alexandru Enache v. Romania*, el TEDH consideró que este tipo de medidas no violaban el CEDH en la medida en la que, dicho trato diferenciado estaba plenamente justificado dado que consideraba las condiciones particulares de las mujeres gestantes y las mujeres madres que no concurren en el caso de los padres de los menores.[40]

2.1 El uso de enfoques diferenciales para las personas privadas de la libertad en Colombia

En el contexto colombiano también han sido aceptados y utilizados ampliamente los enfoques diferenciales en el caso de las personas privadas de la libertad. En ese sentido, basta con observar la normatividad especializada en el tema y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual es ilustrativa de la importancia, la necesidad y el alcance de este tipo de enfoques.

En primer lugar debemos señalar que de manera similar a como ocurre en el DIDH, la Constitución política de Colombia acoge los principios de igualdad y no discriminación de las personas hasta el punto que su propio texto junto con la jurisprudencia constitucional reconocen la existencia de sujetos de especial protección constitucional que requieren de una mayor protección a raíz de la vulnerabilidad histórica y social que han padecido, entre ellos las personas privadas de la libertad a partir de lo cual se ha desarrollado por vía legal y jurisprudencial la figura de los enfoques diferenciales en particular el que tiene que ver con los niños, niñas y adolescentes y las mujeres.

En contextos administrativos, carcelarios y penitenciarios, los enfoques diferenciales para las personas privadas de la libertad han sido desarrollados normativamente –en su mayoría de manera reciente-. Tal es el caso de la Ley 1709 del 2014 que modificó el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) en donde ser reconoció la existencia de poblaciones que por sus características particulares merecen de un tratamiento diferenciado, orientado por un enfoque diferencial en virtud del principio de igualdad.[41] En esa misma medida, previó que los programas de trabajo y las actividades productivas[42], los tratamientos médicos de la población en condición de discapacidad[43] y el programa de resocialización y reintegración social atendieran una perspectiva de enfoque diferencial.[44]

---

[40] ECHR, *Alexandru Enache v. Romania*,, 2017, pár. 70 – 79.
[41] Ley 1709 del 2014. Artículo 2.
[42] Ley 1709 del 2014. Artículo 55
[43] Ley 1709 del 2014. Artículo 65
[44] Ley 1709 del 2014. Artículo 102.

Así mismo, el Reglamento General del Instituto Nacional Pentienciario y Carcelario– INPEC- adoptado por medio de la Resolución 6349 del 2016 incluye dentro de sus principios rectores una concepción amplia de la dignidad humana y los derechos humanos que se desarrolla a través de la adopción de un enfoque de derechos humanos y los enfoques diferenciales que reconocen a "poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra".[45]

En sentido similar se puede apreciar el Decreto 1427 de 2017 por medio del cual se modificó el Ministerio de Justicia y del Derecho, en donde se le atribuyó como función "proponer los lineamientos para la formulación de las políticas e iniciativas del Estado, con enfoque diferencial y especializado, en materia criminal y penitenciaria", fijando como una clara e importante prioridad a nivel institucional y orgánica la correcta adopción e implementación de este tipo de enfoques.

Como lo anticipamos, también es especialmente importante remitirnos a la jurisprudencia constitucional en la materia, en particular si se tiene en cuenta que en ella se ha reconocido la situación particularmente difícil que viven determinados grupos poblacionales al estar recluidos en prisión en un contexto especialmente complejo como el que se vive en Colombia a raíz de la crisis continua del sistema y el hacinamiento penitenciario enmarcada como un estado de cosas inconstitucional (en adelante, ECI) de forma reiterada.

En la sentencia T-153 de 1998 en la que se declaró por primera vez un ECI en materia penitenciaria la Corte apeló a las Reglas de Mandela para justificar la obligación que tienen todas las administraciones penitenciarias en cuanto a los parámetros mínimos de detención, dentro de los que incluyó y valoró la necesidad de distinguir los reclusos.[46] Así mismo, en dicha oportunidad enfatizó en la importancia de diseñar programas diferenciales para la resocialización de las personas condenadas, partiendo precisamente desde la "clasificación" de los reclusos a partir de sus condiciones y circunstancias particulares.[47]

Posteriormente, en la sentencia T-388 del 2013 en la que se declaró el segundo ECI, esta vez en cuanto a la política criminal, la Corte reconoció de manera explícita que uno de los factores asociados con la crisis del sistema penitenciario que conducía a un ECI era precisamente la violación grave y sistemática del derecho a la salud, dentro de la que se incluía la falta de protección a grupos especiales de la población que, debido a sus características y condiciones, merecían de una atención y protección diferente o especial, como es el caso de las mujeres, los hijos de mujeres en prisión o las personas extranjeras.[48]

En esa misma línea, sostuvo también la necesidad de la adopción e implementación de enfoques diferenciales en la medida en la que todas las personas privadas de la libertad se encuentran en una relación especial de sujeción con el Estado, sin que ello quiera decir que se puedan adoptar políticas penitenciarias genéricas que pasen por alto las necesidades o

[45] Resolución 6349 del 19 de diciembre de 2016. Art. 5
[46] Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, pár. 47.
[47] Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, pár. 59.
[48] Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 2013, pár. 5.5.4.1.

vulnerabilidades de determinados grupos minoritarios o marginales. Más concretamente, la Corte señaló en esta oportunidad que cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional (de acuerdo con la Constitución y la jurisprudencia constitucional), ellos merecen una mayor protección que las demás personas privadas de la libertad pues se encuentran en un supuesto de mayor vulnerabilidad.[49]

Tanto es así que la misma Corte, al prever la necesidad de la conformación de un Comité Interdisciplinario para la Estructuración de las Normas Técnicas sobre a la Privación de la Libertad como parte del ejercicio de seguimiento al ECI, señaló de manera explícita la necesidad de incluir enfoques diferenciales frente a quienes pueden resultar vulnerables en las condiciones de reclusión como un parámetro para la definición de las condiciones dignas de reclusión en Colombia. Específicamente, la Corte resaltó la necesidad de enfoques diferenciales para los casos de personas de la tercera edad, mujeres, población LGBTI, miembros de comunidades étnicas, personas que profesan religiones minoritarias, enfermos crónicos o terminales, extranjeros, personas en condición de discapacidad y niños y niñas que se encuentren temporalmente en la prisión o centro penitenciario.[50]

Así mismo, en la sentencia T-762 del 2015 en la que reafirmó el ECI en materia penitenciaria, la Corte explicó a través de medidas específicas la forma de utilizar e implementar los enfoques diferenciales en el contexto penitenciario. En ese sentido, señaló, a modo de ejemplo, la importancia de la atención diferencial en salud; o en cuestiones aún más cotidianas como que "La determinación de tiempos de acceso a los sanitarios debe considerar en forma diferencial las necesidades de la población carcelaria, de tal modo que debe ser más flexible para las mujeres y para las personas que presenten una condición de salud que implique una mayor frecuencia de uso de los retretes".[51]

Ahora bien, con respecto a la definición de los enfoques diferenciales o, cuando menos, de los grupos determinados que merecen una atención especial debido a su especial vulnerabilidad en el marco de la privación de la libertad, la sentencia T-388 del 2013 especialmente relevante. En ella, ligando la perspectiva de los enfoques diferenciales en el contexto de sujetos de especial protección constitucional, identifica que las políticas penales y penitenciarias deben tener en especial consideración las condiciones de mujeres, niños y niñas, extranjeros, de personas con orientaciones sexuales diversas e indígenas y afrodescendientes.[52]

Con posterioridad a dicha providencia, la Corte ha empezado a conocer diferentes casos que implican la necesidad de reconocer, abordar y estudiar enfoques diferenciales específicos, como es el caso de la población LGBTI. Es así como en sentencias como la T-288 del 2018 y la T-546 del 2019, el juez constitucional hace un especial esfuerzo interpretativo por entender el tratamiento diferenciado que los miembros de esta comunidad merecen durante su privación de la libertad, inclusive, en cuestiones aparentemente banales como lo es el uso de maquillaje, el pelo largo y las prendas de vestir femeninas.

---

[49] Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 2013, pár. 5.5.7.
[50] Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 2015, pár. 109 (i).
[51] Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 2015. Pár. 150.
[52] Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 2013. Pár. 5.5.7.

Dichos enfoques diferenciales y las medidas especiales que se derivan de ellos son tan necesarios en el marco del principio de igualdad que la misma Corte Constitucional ha reconocido, desde sus primeras decisiones que ni siquiera en el marco de un estado de excepción, dichas medidas son violatorias del derecho a la igualdad siempre y cuando atiendan a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.[53] Así por ejemplo, en el marco de la emergencia declarada con ocasión de la pandemia del Covid-19, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de un decreto legislativo (Decreto 546 del 2020) que tenía por objeto adoptar una serie de medidas sustitutivas de la pena de prisión y de la medida de aseguramiento como mecanismo para reducir el riesgo de contagio de en aquellas personas que se encontrasen en una situación de mayor vulnerabilidad ante dicha enfermedad. Dicho condicionamiento estuvo orientado a reafirmar la prohibición de medidas *infra inclusivas* al considerar que el artículo 2 del decreto podría excluir otras formas de discapacidad (diferentes a las que han sido reconocidas explícitamente como condiciones de vulnerabilidad ante el Covid-19) que en todo caso podrían resultar incompatibles con las medidas sanitarias y de distanciamiento social en el contexto de reclusión de la libertad.[54]

Es importante señalar que la adopción de la perspectiva de los enfoques diferenciales no se encuentra limitada única y exclusivamente para el caso de las personas que son privadas de la libertad (condenadas y sindicadas). La Corte Constitucional, en el Auto 110 del 2019 señaló que estos deben ser extendidos también a las personas que se encuentran recluidas en establecimientos como las URI (Unidad de Reacción Inmediata) y las estaciones de policías bajo la figura de la detención administrativa y otras formas de privación de libertad[55].

3. Sobre el enfoque diferencial de género orientado a consolidar políticas que no se centren solo en la mujer-madre y en la mujer gestante sino en la mujer en sí misma considerada

Como recomendación general, los Estados en la elaboración de la política pública penitenciaria y carcelaria deben hacer una aplicación interseccional de los enfoques diferenciales, pero en relación con el enfoque diferencial de género es necesario que se amplíen los criterios de valoración para evitar hacer alusión solo a la mujer en su rol de "embarazada", "lactante" y "madre". En ese sentido, se recomienda que las decisiones de política pública, así como cualquier otra decisión en el ámbito administrativo o judicial consideren el impacto diferenciado sobre las mujeres en prisión que no son madres, gestantes o lactantes. De no considerar este enfoque se corre el riesgo de producir una doble forma de discriminación indirecta, marcada por la condición de pertenencia a un grupo discriminado pero no destinatario de políticas de protección. Esto sin perjuicio de garantizar la protección reforzada de los sujetos de especial protección (la mujer embarazada o lactante y, por supuesto, de los niños y niñas en prisión).

[53] Sentencia C-318 de 1995.
[54] Corte Constitucional. Sentencia C-255 del 2020.
[55] Corte Constitucional. Auto 110 del 2019.

La consideración de la mujer en cuanto tal comporta el reconocimiento de que todo el sistema carcelario y penitenciario está concebido a partir de una visión androcéntrica, lo que comporta *per se* un impacto diferenciado y una discriminación por cuanto el sistema no atiende a las necesidades específicas de las mujeres que no cumplen con otra condición de vulnerabilidad (distinta a su condición de ser mujeres). Esto exige que los Estados deban comprometerse con la adecuación del sistema carcelario y penitenciario a las necesidades específicas de las mujeres y, por tanto, deben garantizar una infraestructura adecuada, atención en salud sexual y reproductiva, acceso a métodos de planificación familiar, educación sexual y reproductiva, acceso a las visitas íntimas en espacios que garanticen su privacidad y el sano ejercicio de su vida sexual, oferta de los productos de aseo e higiene personal. De igual manera, es imperativo que los Estados promuevan el contacto de las mujeres privadas de la libertad con sus familias y sus parejas (aun si están privados de la libertad), como mecanismo para fortalecer la red de apoyo familiar, la reintegración comunitaria y su salud emocional. Es entonces necesario evitar la reclusión en centros alejados de los lugares de residencia de la red de apoyo de la mujer.

3.1 Mujeres embarazadas, en periodo de postparto y lactantes

Tal como se ha evidenciado a lo largo de este documento, la garantía de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en toda la región enfrenta importantes retos. Sin embargo, esos desafíos se exacerban cuando son las mujeres quienes están privadas de la libertad, más aún cuando esas mujeres están en embarazo o en periodo de postparto, pues en este escenario se entrecruzan un sinnúmero de variables que hacen que las históricas condiciones de discriminación a las que se enfrentan las mujeres se profundicen sometiéndolas a una mayor afectación a sus derechos[56].

Además, en este contexto, cuando hablamos de madres privadas de la libertad no sólo debemos tener en cuenta la condición de mujer, también han de considerarse otros rasgos que pueden ahondar la victimización de quien está privado de la libertad[57]. Así, por ejemplo, los riesgos suelen verse incrementados cuando se trata de mujeres indígenas, afrodescendientes, con orientación sexual diversa, indocumentadas, en condición de discapacidad, entre otros[58].

---

[56] OEA: CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 31 diciembre 2011, OEA documentos oficiales, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf

[57] Corte IDH, caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador, (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C No. 298, Párr. 288.

[58] En otras palabras, para hablar de las mujeres en prisión, es necesario profundizar sobre la interseccionalidad. Tal como lo afirma Symignton, esta nos permite entender que las mujeres viven identidades múltiples se forman a través de las diferentes situaciones que han tenido que atravesar por sus relaciones sociales y su historia. Es decir que, más allá de las discriminaciones que atraviesan las mujeres, existen otros factores como: "la raza y el color de la piel, la casta, la edad, la etnicidad, el idioma, la ascendencia, la orientación sexual, la religión, la clase socioeconómica, la capacidad, la cultura, la localización geográfica y el estatus como migrante, indígena, refugiada, desplazada, niña o persona que vive con VIH/ SIDA, en una zona de conflicto u ocupada por una potencia extranjera, que se combinan para determinar la posición social de una persona". Alison Symingnton, "Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica," *Derechos de las mujeres y cambio económico 9* (2004): no 8, 1-8.

Atendiendo a estas especiales condiciones de vulnerabilidad que resultan de la intersección de un sinnúmero de condiciones de discriminación, el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ha reconocido que los Estados están llamados a articular políticas públicas que contemplen medidas especiales de protección cuando se trata de mujeres privadas de la libertad (entendiendo por tales no sólo aquellas recluidas en establecimientos carcelarios sino todas aquellas que por diversas situaciones, administrativas o judiciales, han visto condicionado el ejercicio de su derecho a la libertad personal).

En este sentido, a la hora de abordar este asunto deben tenerse en cuenta, por una parte, las obligaciones generales de reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos desde la lectura propia que se hace de ellas a la luz del principio de igualdad y no discriminación y, por la otra, las normas y principios generales sobre privación de la libertad o sobre establecimientos carcelarios y, en especial, las directrices particulares que apuntan a la garantía de los derechos de las mujeres en este contexto.

En cuanto a lo primero, las normas y jurisprudencia interamericanas son bastante ricas. Así, la Corte IDH ha dicho que "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable 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 incursos en tal situación"[59].

Respecto de lo segundo, además de las diversas directrices generales ya abordadas a lo largo de este escrito respecto de diferentes asuntos[60], deben tenerse en cuenta las Reglas Bangkok, conjunto de principios que busca atender a las condiciones particulares de las mujeres privadas de la libertad. Este marco de referencia parte del supuesto de "que las reclusas son uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos" y del reconocimiento de "que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el

---

[59] Corte IDH, caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 19 de noviembre de 2015, Serie C No. 3076, Párr. 173. De la misma manera, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado en cuanto a las mujeres privadas de la libertad que: *"no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación". Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención".* Corte IDH: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9: Personas privadas de la libertad, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 23-25, 2020.

[60] Así, las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal relacionadas principalmente con el tratamiento de los reclusos, en particular las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, los procedimientos para la aplicación efectiva de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, las reglas y normas de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal relacionadas principalmente con las medidas sustitutivas del encarcelamiento, en particular las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) y los Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal.

mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino, mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años[61]".

A la luz de este marco normativo resulta necesario hacer una primera reivindicación: las mujeres, en especial las mujeres embarazadas o en postparto y lactancia no deberían estar privadas de la libertad[62]. En este caso, la privación de la libertad debería ser la excepción y no la regla. Este es justamente uno de los presupuestos de las propias Reglas Bangkok que toman "en consideración las medidas sustitutivas del encarcelamiento previstas en las Reglas de Tokio, y [tienen] en cuenta las particularidades de las mujeres que han entrado en contacto con el sistema de justicia penal y la necesidad consiguiente de dar prioridad a la aplicación de medidas no privativas de la libertad a esas mujeres[63]".

De ahí que prefiera optarse por medidas no privativas de la libertad para fomentar un sentido de responsabilidad hacia la sociedad[64], y asimismo, la protección de no solo los derechos de las mujeres privadas de la libertad, sino que también de sus hijos, dándoles mayor prioridad y velando por su cuidado[65].

Ahora bien, en el supuesto de que la privación de la libertad resultara necesaria, tal como lo señalan las Reglas Bangkok, la Observación General Num. 28, la cual habla sobre la igualdad de los derechos entre hombres y mujeres, y la propia jurisprudencia interamericana, los Estados deben, como se dijo, adoptar unas medidas especiales para evitar una mayor afectación a sus derechos[66], siendo la primera de ellas la separación entre

---

[61] Naciones Unidas, Asamblea General, "*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)"*, A/C.3/65/L.5 (6 octubre 2010).

[62] Debido a nuestras costumbres culturales y educativas, la mayoría de las mujeres vive en estrecha relación con el núcleo familiar. Por ello, el ingreso a la institución penitenciaria suele provocar en la mujer mayor angustia que en el hombre, especialmente por la situación familiar y porque debe abandonar a sus hijos y a su casa. Así lo ha señalado, entre otras, Hilda Marchiori, "Criminología," *Editorial Marcos Lerner* (Argentina: Córdoba, 1999), 389. Sobre la afectación en la vida de las mujeres al ser privadas de la libertad también se ha dicho que, si bien el propósito de los centros penitenciarios apunta a la resocialización, esta será muy difícil de lograr pues las condiciones de trabajo que los centros penitenciarios les ofrecen a las mujeres son muy básicas y no alcanzan lo suficiente para poder sostener a quienes dependen de ellas, generando consecuencias devastadoras como el abandono y la marginalidad en sus familias. Además, privar a las mujeres de su libertad empeora la situación, esto debido a que, según el informe anteriormente mencionado, se reduce la posibilidad de que estas mujeres encuentren un empleo decente y legal cuando recuperan la libertad, lo que perpetúa un círculo vicioso de pobreza, vinculación a mercados de drogas y encarcelamiento. Sobre este particular ver y Coletta Youngers, "Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento: guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe." (2016).

[63] Reglas de Bangkok.

[64] Estas reglas establecen una serie de medidas que se pueden sustituir por la privación de la libertad, tales como la libertad condicional o la imposición de servicios a la comunidad. Naciones Unidas, Asamblea General, "Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)", A/RES/45/110. (14 diciembre de 1990).

[65] *Reglas de Bangkok,* Regla 64.

[66] En este sentido, Se afirmó que: "Los Estados Partes deberían presentar toda la información que sea pertinente para asegurarse de que los derechos de las personas privadas de la libertad estén amparados en igualdad de condiciones para la mujer y para el hombre." Y que "Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos." Naciones Unidas, Comité de

hombres y mujeres en los establecimientos carcelarios[67] y las garantías de unas condiciones mínimas que eviten poner en riesgo su integridad personal y su vida.

¿Qué obligaciones específicas tienen los Estados en materia de alimentación, vestimenta y acceso a asistencia médica y psicológica?

En primer lugar, es necesario recordar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU afirmó que "la pena impuesta al delincuente no puede, de ninguna manera, comprometer aquellos derechos fundamentales a los cuales aquel es acreedor en forma plena, tales como la vida, la integridad personal o la salud; derechos que, justamente, se garantizan procurando la satisfacción de las necesidades mínimas del interno"[68]. En el caso de mujeres embarazadas o en postparto la privación de la libertad sólo debe ocurrir por razones absolutamente imperiosas[69]. Es decir que, Una mujer embarazada o lactante debe ser enviada a prisión solo una vez que se hayan estudiado todas las demás alternativas de sanción[70].

Así las cosas, en materia de alimentación, se ha establecido el derecho de las personas privadas de la libertad a recibir una alimentación adecuada y que brinde el valor nutritivo suficiente[71], y que de ninguna manera se limite o suspenda este derecho como medida disciplinaria[72]. Asimismo, la CIDH afirmó que el Estado es responsable de la supervisión y control de la calidad de los alimentos, y de supervisar que estos lleguen en óptimas e integras condiciones[73]. Respecto de las mujeres en estado de embarazo, postparto o lactancia, encontramos una protección de este derecho aún más detallada. Se establece que se les debe proporcionar una alimentación gratuita, suficiente y puntual. Así como también recibir asesoramiento sobre su salud y dieta, mediante la supervisión de un profesional de la salud, y que no se puede impedir que las reclusas amamanten a sus hijos[74].

Teniendo en cuenta el marco normativo establecido, como buenas prácticas, recomendamos que la alimentación sea proporcionada de manera regular y flexible, sin restricción de

---

Derechos Humanos (CDH), "La igualdad de derechos entre hombres y mujeres," Observación general Nº 28 (29 de marzo de 2000). Asimismo, "Se procurará examinar, evaluar y dar a conocer periódicamente las tendencias, los problemas y los factores relacionados con la conducta delictiva de las mujeres y la eficacia con que se atienda a las necesidades de reinserción social de las delincuentes y sus hijos, a fin de reducir la estigmatización y las repercusiones negativas que estos sufran por los conflictos de las mujeres con el sistema de justicia penal." *Reglas de Bangkok,* Regla 69.

[67] Corte IDH, Asunto Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental: Cárcel de Uribana respecto de Venezuela, (medidas provisionales), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2007, Párr. 2 (d).

[68] *Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño (CRC), "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)," CRC /C/GC/14 (29 mayo de 2013).*

[69] Bastick M, A commentary on the standard minimum rules for the treatment of prisoners (Geneva: Quaker United Nations Office, 2005).

[70] *Los Derechos Humanos y Las Prisiones*. 11 ed. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2004.

[71] Naciones Unidas, Asamblea General, "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)" A/RES/70/175. (8 de enero de 2016).

[72] Comisión Interamericana de Derechos Humanos," Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas," Resolución 1/08. (13 de marzo de 2008).

[73] CIDH, Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, Cap. VIII, párr. 57.

[74] Reglas de bangkok, regla 48.

horarios[75]. También, se recomienda que se tenga especial cuidado en la preparación de los alimentos, de tal manera que la materia prima de estos cumpla detalladamente con la normatividad establecida en cada Estado, y, además, que se preste especial atención a la manipulación de los alimentos, con el propósito de que se evite la contaminación cruzada y las enfermedades transmitidas por alimentos[76]. También es importante tener un control adecuado del peso de las raciones proporcionadas a las reclusas, y de las dietas que, por prescripción médica y razones de salud, en este caso la condición de gestante o lactante, deben consumir algunas internas[77]. Además, es necesario señalizar e identificar las diferentes áreas de proceso donde se preparan los alimentos, con el fin de evitar todo tipo de contaminación. Estas áreas de proceso deben estar alejadas de focos de insalubridad que representen riesgos potenciales de contaminación en los alimentos[78].

En materia de vestimenta, los Estados son responsables de proveer las prendas necesarias que se adecúen al clima, y que en ningún caso estas prendas sean humillantes ni degradantes, además, estas prendas deben mantenerse en buen estado y deben entregarse en condiciones dignas y limpias. Igualmente, los acusados usarán su propia ropa, y en caso de que deban usar algún uniforme, este debe ser diferente al de los condenados[79]. Asimismo, para las mujeres privadas de la libertad se han establecido diferentes obligaciones, las cuales establecen que se deben adecuar en los centros penitenciarios de las mujeres, los artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias, tales como toallas sanitarias[80].

De igual manera, es de gran importancia acudir a la interseccionalidad de las personas privadas de la libertad en materia de vestimenta, pues para muchas de estas personas, la vestimenta representa una importante forma de expresión cultural e individual. Su manera de vestir pasa a ser una parte esencial de su identidad personal y una consecuencia de su plan de vida[81]. Es por esto que, para el caso de las mujeres en estado de embarazo, postparto o lactantes, se sugiere que:

> *Con fundamento en el principio del interés superior del niño, la reclusión de la madre debe impactar lo menos posible en la vida de su hijo/a y por lo tanto, en caso que se decida la obligatoriedad de la vestimenta en los centros penitenciarios femeninos, el diseño y color de las prendas no pueden tener un efecto humillante o degradante y deberá reflejar el estilo de ropa general de las mujeres en el medio libre, buscando garantizar un ambiente de máxima normalidad para los niños que eventualmente vivan con sus madres o las visiten en el centro penal*[82].

---

[75] *Women's health in prison: Correcting gender inequity in prison health*, 2009. Denmark : World Health Organization.
[76] Jhon Jairo Bejarano-Roncancio, Carlos Augusto Celedón-Dangond y Liliana Socha-Gracia. "Alimentación penitenciaria: entre higiene y derechos." Revista de la Facultad de Medicina 63, no 3, 527-35.
[77] Defensoría del Pueblo. Los derechos humanos de la mujer privada de la libertad en Colombia. (12). (2004).
[78] Uspec, Manual de Manipulacion de Alimentos para servicios de alimentacion en ERON, 2018.
[79] *Reglas Nelson Mandela*, regla 19.
[80] *Reglas de Bangkok*, regla 5.
[81] Opinión técnica consultiva No 001/2013 de UNDC ROPAN "Vestimenta para las personas privadas de la libertad en Panamá" A/RES/67/97 (18 de febrero de 2013), disponible en: undocs.org/A/RES/67/97.
[82] Opinión Técnica Consultiva No 001/2013.

En cuanto a la asistencia médica y psicológica, la CIDH afirmó que:

> *"La provisión de atención médica adecuada es un requisito material mínimo e indispensable que debe ser cumplido por el Estado para garantizar un trato humano a las personas bajo su custodia. La pérdida de libertad no debe representar jamás la pérdida del derecho a la salud. Del mismo modo, tampoco es tolerable que el encarcelamiento agregue enfermedad y padecimientos físicos y mentales adicionales a la privación de libertad[83]".*

Ante esto, el Estado es responsable de garantizar los mismos estándares de atención sanitaria que se ofrece a las personas que no están privadas de la libertad[84]. Este servicio debe ser gratuito y, en caso de ser necesario, se debe garantizar la continuidad y el tratamiento a quienes así lo requieran[85]. Además, todo establecimiento penitenciario debe contar con un centro de atención que atienda a las necesidades de salud física y mental de los reclusos. También, se debe contar con personal capacitado en psicología y psiquiatría. En el caso de las mujeres en estado de embarazo, postparto o lactancia, ellas deben recibir asesoramiento sobre su salud y dieta, el cual estará orientado por un profesional quien tendrá en cuenta sus necesidades de salud y alimentación[86]. En cuanto a las personas acusadas, tienen derecho a que sean revisadas y visitadas por su propio médico, si cuentan con las condiciones necesarias de sufragar el gasto. También, podemos resaltar la obligación de proporcionar asistencia médica ginecológica y pediátrica antes, durante y después del parto a las mujeres privadas de la libertad. Cabe destacar que esta atención debe realizarse en hospitales o en centros médicos[87].

Como buena práctica, en la medida de lo posible, las mujeres deben tener siempre acceso a la atención médica, incluso, a especialistas en salud de la mujer como la salud reproductiva[88]. También, se debe tener un registro de atención firmado por el recluso atendido y personal médico, sin embargo, no por esto se deberán dilatar los procesos de acceso a la atención médica, pues esta debe ser siempre una prioridad. Además, se deben fortalecer las campañas de promoción, prevención, conservación y educación en salud personal, particularmente sobre higiene, orientación psicológica, salud mental, educación sexual, alcoholismo, enfermedades en general, especialmente las de transmisión sexual y el SIDA, planificación familiar, diagnóstico precoz de enfermedades, etc[89]. También, se debe prestar especial atención a las mujeres después del parto, quienes deben tener un acompañamiento de apoyo y consejo, con el fin de cuidar muy bien de su salud mental[90].

---

[83] *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas,* Párr. 526.
[84] *Reglas Nelson Mandela*, regla 24.
[85] Personas con VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogo dependencia.
[86] *Reglas de Bangkok*, regla 48.
[87] *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, principio X.
[88] *Los Derechos Humanos y Las prisiones,* 178. *2004.*
[89] Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria. "Informe sobre prestación de servicios de salud en centros penitenciarios y carcelarios de Colombia."(2005).
[90] Bastick M, 2005

Las condiciones mínimas que debe garantizar el Estado durante el trabajo de parto y durante el parto, se pueden encontrar claramente en el PIDESC, el cual menciona que se debe conceder especial protección a las madres, durante un periodo de tiempo razonable, antes y después del parto[91]. Asimismo, los Estados son responsables de brindar los espacios adecuados al tratamiento que deben recibir las mujeres reclusas embarazadas, las que acaban de dar a luz y las convalecientes[92]. Además, el Estado es responsable de no utilizar medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior[93], pues en diferentes estudios se ha demostrado que la utilización de coerción física durante el parto puede causar complicaciones, tales como hemorragias o disminución de la frecuencia cardiaca fetal[94], esto es aplicable a ”todas las categorías de las mujeres privadas de su libertad, incluidas las penales o civiles, procesadas o condenadas, así como a las mujeres sujetas a "medidas de seguridad o medidas correctivas ordenadas por un juez[95]”.

Ahora bien, como buenas prácticas es imprescindible que estas mujeres puedan tener acceso a una adecuada educación para enseñarles las diferentes técnicas de respiración y de cómo dar a luz, las cuales les ayudarána tener un mejor control durante el parto[96].

¿Qué medidas de seguridad puede adoptar el Estado al efectuar el traslado de mujeres embarazadas, a fin de que sean compatibles con sus necesidades especiales?

En materia de seguridad se ha establecido que:

> *“Las medidas de seguridad deben ajustarse a las difíciles condiciones que cuentan estas mujeres, es por esto que, no se deben utilizar instrumentos de coerción física en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior[97]. Además, se debe proteger y procurar exponerlas al público lo menos posible. De la misma manera, cuando sean necesarios los traslados, estos deben ser autorizados y supervisados por autoridades competentes. En estos traslados se debe respetar la dignidad y los derechos fundamentales de los reclusos[98]”.*

En este sentido, y atendiendo a las medidas de respetar la dignidad de las mujeres y sus derechos fundamentales, se debe tener en cuenta el bajo riesgo que representan las mujeres privadas de la libertad, y también los efectos dañosos que pueden tener, respecto de fuertes

---

[91] Naciones Unidas, Asamblea General, *“Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),”* Resolución 2200 A (XXI). (16 de diciembre de 1966).
[92] *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, regla 23 (1).
[93] *Reglas de Bangkok*, regla 24.
[94] Center for Girls and Young Women (NCCD), “Shackling of pregnant women and girls in correctional systems,” (16 de febrero de 2012).
[95] *Reglas de Bangkok.*
[96] Bastick M, 2005
[97] *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos,* regla 48 (2).
[98] *Resolución 1/08*

medidas de seguridad. También, es necesario que, durante los exámenes médicos, esté presente únicamente el personal clínico. En caso de ser requerido, se podrá solicitar la presencia de un funcionario del centro penitenciario, que debe ser femenino y debe tener en cuenta la dignidad, privacidad y confidencialidad de las reclusas[99]. Además, durante los registros, el personal penitenciario presente debe usar como método de detección un escáner, para reemplazar el uso de registros corporales invasivos, esto con el fin de evitar todo tipo de afecciones psicológicas[100]. Asimismo, para el caso de las mujeres extranjeras que estén detenidas, su traslado debe considerarse lo más temprano posible, siempre y cuando haya un acuerdo bilateral y, el traslado no signifique ninguna vulneración a sus derechos humanos[101].

Además, en el Manual de Buena Práctica Penitenciaria se ha afirmado que antes de efectuar los traslados, se debe informar a los presos al lugar que se dirigen, la razón y en qué condiciones, esto con el propósito de aliviar la tensión que se puede llegar a sentir y de crear un ambiente de confianza[102].

Así mismo, y siguiendo el ejemplo de México, los traslados de las mujeres embarazadas deben ser en vehículos acondicionados y adecuados a su situación de vulnerabilidad, ya que ellas en su condición no representan ningún peligro, se les debe tener un trato prioritario, y en caso de vivir con sus hijos, estos deberán ser cuidados por el personal penitenciario mientras se realizan los traslados[103].

¿Cuál es el alcance del derecho al acceso a la información, en el contexto de privación de libertad, de las mujeres embarazadas, en postparto y lactantes, respecto de la información relativa a su condición especial?

En cuanto a este derecho, todo recluso debe recibir por escrito información sobre el régimen penitenciario de la categoría en que haya sido seleccionado, y las reglas y obligaciones que tienen, asimismo, los medios idóneos para informarse y formular quejas. Además, en caso de que el recluso sea analfabeto, se debe brindar la información de manera verbal[104]. En el caso de las mujeres, su ingreso a los centros penitenciarios debe recibir especial atención, ya que son vulnerables en su proceso de ingreso. Asimismo, se les debe brindar acceso a los medios para poder tener conexión con sus familiares y ser orientadas sobre el reglamento del centro penitenciario[105]. Las mujeres detenidas o encarceladas, en su mayoría, son las principales cuidadoras de sus niños, es por esto que, ellas deben "tener

---

[99] *Directrices para el tratamiento de mujeres condenadas a penas privativas de la libertad, no privativas de la libertad y medidas para mujeres delincuentes*, directriz 11.
[100] Reglas de Bangkok, regla 20.
[101] *Directrices para el tratamiento de mujeres condenadas a penas privativas de la libertad, no privativas de la libertad y medidas para mujeres delincuentes*, directriz 53.
[102] Reforma Penal Internacional, "Manual de Manual de Buena Práctica Penitenciaria," (Costa Rica: San José, 2002), 156.
[103] Secretaría de la función Pública, Resolución de Dirección Nacional Nº 453/2009
[104] Reglas Nelson Mandela, regla 35 (1).
[105] Reglas de Bangkok, regla 2.

acceso a la información y asesoría legal sobre alternativas de cuidado y sobre las implicaciones a largo término de esto[106]".

4. Personas LGBT

En su solicitud de opinión consultiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indaga sobre las obligaciones concretas de los Estados frente a las lesbianas, gais, bisexuales y personas trans privadas de la libertad (en adelante, personas LGBT). Puntualmente, aquel órgano se interesa por determinar las pautas que operarían al momento de "asignarles" un centro de reclusión coherente con su percepción de género, cómo prevenir la "segregación" frente al resto de internos, cómo asegurar el acceso a servicios sanitarios y a la visita íntima y cómo llevar el registro de los incidentes de violencia intramuros.

Imprimir sensibilidad de género y sexualidad a la política penitenciaria implica no sólo definir algunos criterios logísticos para distribuir la custodia de los cuerpos en los establecimientos carcelarios o regular el disfrute regular de las visitas íntimas. Supone además tomar medidas *estructurales* para combatir los prejuicios concebidos alrededor de las identidades sexuales minoritarias y asegurarles el disfrute de la igualdad ante la ley al menos en un plano teórico.

En efecto, poca utilidad tendrán, seguramente, aquellas estrategias de adecuación penitenciaria que, por un lado, no se enmarquen en políticas más generales para la transformación de los imaginarios negativos que influyen en el comportamiento de los funcionarios públicos encargados de su vigilancia y de los particulares con los cuales comparten la prisión, y, por otro, convivan con sistemas legales arbitrarios en donde las personas LGBT carezcan de capacidades básicas como la conformación de una familia o el reconocimiento de su género sentido en los documentos oficiales.

Piénsese, por ejemplo, en un contexto penitenciario que, pese a contar con reglamentos sensibles a la diversidad sexual y de género, está compuesto por individuos para quienes el supuesto sexo natural o biológico[107] de los humanos acarrea ciertas obligaciones de conducta, apariencia y roles, cuyo desconocimiento justifica el reproche violento de sus protagonistas. En tal entorno se impide además el matrimonio entre personas del mismo sexo y el ajuste del marcador de género en los registros públicos, por mencionar algunos ejemplos de restricciones al derecho de igualdad.

En un escenario con aquellas características las normas expedidas para proteger a las personas LGBT privadas de la libertad serán una rueda suelta del ordenamiento jurídico. La cultura heterosexista y homofóbica que alimenta los prejuicios sociales permanecerá

---

[106] Directrices para el tratamiento de mujeres condenadas a penas privativas de la libertad, no privativas de la libertad y medidas para mujeres delincuentes, directriz 2 (2).

[107] En general, el sexo se trata como un "dato inmediato" o rasgo físico y visible propio del "orden natural". No obstante, en realidad es una "construcción mítica y compleja", una "formación imaginaria", que reinterpreta la apariencia del nacido a la luz de las convenciones y las relaciones sociales en las cuales se enmarca. JUDITH BUTLER, "*El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*", Barcelona, Paidós, 2007, p. 229.

incólume y los mitos y prácticas de subordinación alrededor de la diversidad sexual encontrarán sustento y ratificación en la legislación local que establece jerarquías entre ciudadanos con base en sus deseos y apariencias.

Luego los reglamentos carcelarios tendrán con poca probabilidad de aplicarse y contrarrestar por su conducto las creencias e ideologías que soporta la discriminación de aquel colectivo. Más aún, servirán como evidencia engañosa de una pretendida voluntad del Estado por asegurar sus intereses. El desconocimiento de sus postulados tampoco conducirá al inicio de investigaciones y la imposición de sanciones, pues tanto la judicatura como los demás actores institucionales continuarán viendo con recelo la disidencia sexual. La impunidad consecuente confirmará, una vez más, que la discriminación es válida y que el derecho interno poco o nada contribuye en su superación.

Una regulación de las condiciones de privación de la libertad coherente con las necesidades especiales de las personas LGBT debe enmarcarse entonces en un orden jurídico que garantice de manera simultánea los demás derechos reconocidos a nivel internacional. En especial, aquellos en virtud de los cuales se ubiquen en un plano de igualdad formal frente al resto de la ciudadanía (derechos de contenido civil y político), se corrijan los efectos concretos de la inequitativa distribución de recursos sobre sus vidas (derechos sociales, económicos y culturales) y accedan a la justicia para denunciar los ataques sobre su integridad con la esperanza de obtener una sanción, una reparación proporcional y evitar la repetición (derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos).

Inspirados en el precedente interamericano, podría decirse que cuando la violencia sistemática e histórica de colectivos como el LGBT se relaciona con la circulación y reproducción de estereotipos y prejuicios con fuerte arraigo social[108], la intervención pública debe ser ambiciosa y dirigirse a "transformar" o desarticular el régimen político que alimenta, anima y legitima la opresión y exclusión de tales minorías[109].

En el ámbito penitenciario, en nuestro criterio, las medidas de protección a las personas LGBT privadas de la libertad deben concebirse entonces a partir de una reflexión sobre la vigencia y los efectos del modelo de pensamiento heterosexual en su diseño y funcionamiento tradicional[110].

Algunas de las secuelas de proyectar los postulados del régimen heterosexual en los centros carcelarios son la segregación arquitectónica en los recintos según la división binaria de los sexos, la mirada monosexual sobre las relaciones públicas y privadas con efectos sobre la

---

[108] *Cfr*., Asamblea General, Naciones Unidas, "Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género", 19 de abril de 2017, A/HRC/35/36.

[109] *Cfr*., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, reparaciones y costas), párrafo 267.

[110] El pensamiento heterosexual o la "heteronormatividad" aluden al sistema de control de los géneros y las sexualidades que niega o censura cualquier subjetividad disidente. Una norma que "nunca ha sido obligatoria pero siempre ha operado *como si lo fuera*". MARÍA MERCEDES GÓMEZ, "*De las heterosexualidades obligatorias a los parentescos alternativos: reflexiones sobre el caso colombiano*", Rev.Latinoam.Estud.Fam. Vol. 1, enero - diciembre, 2009. pp. 82 – 103.

regulación de las visitas íntimas y el privilegio de lo corpóreo sobre la convicción personal del género, circunstancias que producen y reproducen los paradigmas de la masculinidad violenta y la feminidad frágil y victimizable.

Por ello, y con el fin de dar respuesta a los interrogantes formulados por la Comisión Interamericana, a continuación, se mencionarán algunos elementos de juicio que deben tenerse para garantizar los derechos de las personas LGBT privadas de la libertad. En segundo lugar, se desarrollarán los principios jurídicos que operan en los asuntos planteados por la misma Comisión, haciendo alusión a estándares internacionales y buenas prácticas del caso colombiano. Con esta información se espera contribuir en la definición del alcance concreto que tienen los derechos a la igualdad y la dignidad humana de las minorías sexuales en situaciones de reclusión.

I. Precisiones conceptuales sobre las personas LGBT con repercusiones en el diseño y funcionamiento de los sistemas penitenciarios

1) Ser LGBT más que una conducta, una psique o una clase de individuos, se refiere a una manera de describirse y de ocupar un lugar en la estructura social

A diferencia de otras poblaciones, entre ellas, las mujeres, los indígenas y las comunidades racializadas, las identidades LGBT antes que rasgos fácilmente discernibles a simple vista, aluden a *maneras de autoidentificarse concebidas como posiciones políticas* desde las cuales se reivindican derechos y libertades.

Desde el punto de vista histórico, tales categorías identitarias emergieron de los discursos médicos y criminológicos europeos del siglo XIX que pretendieron nombrar la perversión y controlar su dispersión entre la población[111]. Nombrar respondía a la lógica de situar el trastorno en ciertas individualidades para luego tratarlas, amputarlas, cauterizarlas o aislarlas del cuerpo social, en una clara analogía entre sociedad y organismos vivientes[112].

El etiquetamiento de la desviación como mecanismo de control funciona de dos maneras. De un lado, ofrece un umbral "claro, público y reconocible" entre lo permitido y lo prohibido, que dificulta salirse de la norma y facilita el castigo. De otro, permite segregar y confinar a los damnificados, sustraer del discurso oficial los significados y las justificaciones que le ofrecen a sus comportamientos y ubicar la perversión en una minoría; todo lo cual reduce la incertidumbre mayoritaria de sobrellevar el estigma. La constitución del sujeto homosexual como una especie diferente y repugnante cumplió entonces la función de mantener "pura" al resto de la población, de forma semejante a como el sistema penal y penitenciario alimenta la ilusión de una mayoría respetuosa de la ley[113].

---

[111] *Cfr*., MICHEL FOUCAULT, "*Historia de la sexualidad. 1 La Voluntad de saber*", México, Siglo XXI, 2011,

[112] Esta asociación se explica por el prestigio para la época de las ciencias naturales. ROMANZO ADAMS, "*The Nature of the Social Unity. An Examination of the Theory That Society Is a Psychic Unity"*, American Journal of Sociology, Vol. 10, No. 2 (Sep., 1904), pp. 208-227.

[113] MARY MCINTOSH, *"The Homosexual Role"*, Social Problems, Vol. 16, No. 2. (Autumn, 1968), pp. 183 y 184.

Ya desde la óptica individual, los estudios gay-lésbicos y las corrientes *queer* conciben la incorporación individual de identidades LGBT como un proceso complejo en el cual confluyen interpelación externa (comúnmente violenta), resistencia, apropiación y atribución de nuevos significados emancipadores[114]. La familia, las instituciones y, en general, la sociedad, designan de cierta manera a cada persona (en el caso LGBT, de forma peyorativa y humillante), según datos o presunciones sobre su sexualidad, su género y otros rasgos tangibles o imaginados que consideran relevante para definirla.

La inscripción de un individuo en una categoría sexual abyecta es consecuencia del orden social que organiza sus experiencias y les confiere sentido. El sujeto es creado mediante la subordinación a sistemas de normas y leyes que les asignan lugares inferiores en la colectividad. Así, re-crea su identidad personal de la identidad que le fue asignada. En el caso LGBT "todo comienza con un insulto"[115].

El insulto por la condición sexual o de género no describe ni denuncia nada en relación con esas dimensiones personales. Demuestra el poder sobre el otro y lo declara anormal y degenerado ante el público. De ese modo, es una afirmación *performativa* con dos funciones: 1) "establecer o renovar la barrera entre las personas 'normales'" y aquellos estigmatizados, 2) educar y causar la "internalización" de esa barrera en el individuo insultado. El insulto dice así quién eres en la medida en que te convierte en esa persona[116].

La identidad personal en materia de sexualidad y género se forjaría entonces según el grado de aceptación o rechazo frente a la interpelación que ocasiona el insulto y la evolución interna que experimenta el sujeto frente a la relación de sumisión o de rebelión ante el régimen heterosexual. En cualquier caso, será fuente de conflicto, por la tensión y el deseo por encajar y suprimir el deseo homosexual o por el rechazo y las agresiones permanentes que recibirá el individuo al desconocer los principios del sistema heteronormativo[117].

De lo anterior se infiere que cada persona experimenta procesos diferentes de reconocimiento de sus prácticas sexuales y de género, según las circunstancias y las características del entorno social en el cual habita. Por ello, las identidades LGBT no reflejan una esencia o personalidad subyacente ni se asumen de forma homogénea por todos los sujetos interpelados de forma violenta en virtud de sus prácticas sexuales y percepciones de género.

En consecuencia: 1) no en todos los casos sostener relaciones sexuales y afectivas con personas del mismo sexo conducirá a la asunción de una identidad gay, lesbiana o bisexual o trans; y 2) quienes las realizan no siempre desean ser reconocidos públicamente como gais, lesbianas o bisexuales y prefieren mantenerlas en secreto a raíz de su rechazo interno o del miedo a las consecuencias sociales de su revelación. En todo caso, reconocerse como LGBT no es una decisión inamovible y permanente, por cuanto cada individuo es libre de

---

[114] *Vid*., DAVID CÓRDOBA GARCÍA, "Teoría queer: reflexiones sobre sexo, sexualidad e identidad. Hacia una politización de la sexualidad", En "*Teoría Queer Políticas Bolleras, Maricas, Trans, Mestizas*", David Córdoba, Javier Sáez y Paco Vidarte (Eds.), Egales, Madrid, 2007.
[115] DIDIER ERIBON. *"Insult and the Making of the Gay Self*". Duke University Press, Durham, 2004., p. 15.
[116] *Ibíd*., p. 17.
[117] *Ibíd.*, p. 24 y 25.

adoptar nuevas formas de identificación, transitar y desplazarse entre ellas, según el momento y el contexto en el cual se desenvuelva.

2) Cada uno de los componentes de la sigla LGBT exhibe características especiales que impiden asimilarlas y brindarles el mismo tratamiento por parte del Estado

En segundo término, las identidades LGBT no son realidades uniformes y universales. El hombre **homosexual** surgió en el siglo XIX como una subespecie patológica que rápidamente transitó hacia una manifestación legítima de la sexualidad en el norte global gracias a la movilización política[118] y, en muchos casos, por el apego con expresiones de género tradicionalmente masculinas[119].

La aparición de la identidad **lesbiana**, a su turno, sólo pudo verificarse tras el rechazo de la mirada heterosexual incapaz de concebir a una mujer sin deseos sexuales hacia los hombres[120]. De hecho, durante siglos predominó una concepción masculina del cuerpo femenino que entendía su aspecto y el funcionamiento de sus órganos genitales *desde* la anatomía del único sexo: las mujeres eran hombres "en esencia" que retenían en su interior las partes visibles en la superficie de aquellos, por la falta de calor vital o de "perfección"[121]. Así, la "homosexualidad" femenina fue inicialmente diagnosticada como el efecto de "esencia" varonil en el cuerpo de las mujeres[122].

Las diferencias entre roles y expectativas de género inciden en las experiencias de las mujeres lesbianas en el ámbito individual y comunitario[123] y, por lo tanto, en las múltiples violencias que se acumulan en su contra. Además de los prejuicios por acoger una sexualidad divergente, las lesbianas deben soportar la discriminación derivada de haber sido asignadas mujeres al nacer. En nuestra cultura americana machista y sexista las relaciones de poder entre los géneros masculino y femenino, se sabe, son asimétricas y privan o reducen las oportunidades de las mujeres de disfrutar los derechos humanos en condiciones igualitarias.

De otro lado, la **bisexualidad** o el potencial de cobijar afinidades "románticas" y sexuales por "más de un sexo o género", sin necesidad de hacerlo de forma coetánea ni con el mismo "grado"[124], puede estimular la adopción de una identidad con rasgos distintivos. En lo

---

[118] *Cfr*., DAVID M. HALPERIN, "*One hundred years of homosexuality and other essays on Greek Love*", Routledge, New York, 1990, pp. 24-29 y 41-53.

[119] DAVID VALENTINE, "*Imagining Transgender. An Ethnography of a Category*", Duke University Press, Durham, 2007. Igualmente, MARTIN LEVINE, "*Gay Macho: The Life and Death of the Homosexual Clone"*. New York University Press, New York, 1998.

[120] KENJI YOSHINO, "*The Epistemic Contract of Bisexual Erasure"*, Stanford Law Review 52, no. 2 (January 2000), p. 419.

[121] En la época del "one-sex model", "the vagina is imagined as an interior penis, the labia as foreskin, the uterus as scrotum, and the ovaries as testicles". THOMAS LAQUEUR, *"Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud"*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, p. 4.

[122] MICHAEL BRONSKI, "*A Queer History of the United States*", Beacon Press, Boston, 2011, p. 14.

[123] GEORGE E. HAGGERTY, "*Gay Histories and Cultures*", Routledge, 2012, New York, p. xiv

[124] JOYE SWAN, "Defining Bisexuality: Challenges and Importance of and Toward a Unifying Definition". En, "*Bisexuality Theories, Research, and Recommendations for the Invisible Sexuality*", Springer, 2018, p. 38.

pertinente, a pesar de ser más numerosos que el resto de los disidentes sexuales[125], el pensamiento heterosexual niega la existencia de los bisexuales.

A este fenómeno Yoshino lo denomina "bisexual erasure" o la supresión epistemológica de la bisexualidad[126]. En su concepto, los "monosexuales" (las dos orientaciones dominantes, heterosexuales y homosexuales) comparten el interés de mantenerla invisible y han llevado a cabo diversas estrategias para suprimirla y deslegitimarla como categoría identitaria[127]. Su inconveniencia se explica por varias razones, entre las cuales se destaca que desestabiliza la creencia de la orientación sexual como un rasgo inmutable, tal y como lo predica el pensamiento heterosexual. Ante la posibilidad de alternar los objetos del placer, en un mundo abierto a la bisexualidad, será difícil conocer la "verdadera" identidad de las personas y, por ende, determinar su lugar en la jerarquía sexual.

Por esta razón, la bisexualidad impide demostrar la posesión de una identidad monosexual[128]. La evidencia atracción hacia personas del mismo o diferente sexo nunca será definitiva ni irrefutable. Permanecerá siempre la sospecha sobre la inclinación sexual pasada, actual o futura del individuo. La conocida "presunción de heterosexualidad"[129] y la exclusión mutua entre la diada hetero/homo (la evidencia de inclinación heterosexual "ipso facto niega la presencia de deseo hacia el mismo sexo, y viceversa"[130]), pierden sentido ante la inviabilidad lógica de demostrar "lo que no se es" o de certificar la ausencia de pasiones abyectas.

Para los heterosexuales esto pone en tela de juicio la ubicación privilegiada de su identidad las sociedades contemporáneas. Ellos necesitan de los gais para "exorcizar" de sí mismos los impulsos homoeróticos, confinarlos en el "otro" que luego subordinan y retener el monopolio de la "virtud sexual"[131].

Por último, las **personas trans** constituyen una realidad particular que merece tratamiento aparte. Su antecedente es el sujeto "afectado" por el *transexualismo*, padecimiento concebido por cirujanos y endocrinólogos[132] y por el "desarrollo de la anestesia y a la síntesis comercial de hormonas"[133], lo cual explica el "enorme poder" de los profesionales de la salud sobre la manera en la cual expresan sus identidades los individuos con

---

[125] KENJI YOSHINO, "*The Epistemic Contract of Bisexual Erasure"*, Stanford Law Review 52, no. 2 (January 2000), p. 361; WILLIAM E. BURLESON, *"Bi America: Myths, Truths, and Struggles of an Invisible Community"*, Routledge, New York, 2014, p. 22.
[126] SURYA MONRO, "*Bisexuality. Identities, Politics, and Theories*", Palgrave Macmillan, New York, 2015, p. 9.
[127] LACHLAN MACDOWALL, "*Historicising Contemporary Bisexuality*", Journal of Bisexuality, 9:1, 3-15, (2009) DOI: 10.1080/15299710802659989
[128] KENJI YOSHINO, ob. cit., p. 400.
[129] Todos somos heterosexuales, salvo que se demuestre lo contrario.
[130] KENJI YOSHINO, ob. cit., p. 401.
[131] *Ibíd*., p. 404.
[132] CHARLES SHEPHERDSON, "The Role of Gender and the Imperative of Sex", En, "*The transgender studies reader*", Susan Stryker and Stephen Whittle (Eds.), Routledge, New York, 2006, p. 95.
[133] LESLIE FEINBERG, *"Transgender Liberation: A Movement Whose Time Has Come"*, World View Forum, New York, 1992, p. 20.

variaciones de género[134]. Transexual surgió en el siglo XX como una categoría médica que devino en identidad social en los Estados Unidos a partir de "intensas" negociaciones informales entre doctores y quienes "buscaban hormonas y cirugía"[135].

Con la consolidación de los vocabularios de género en las ciencias sociales y los desarrollos académicos de feminismo, aparecería el término transgénero como una noción más comprensiva de las variaciones de género, con la cual se pretendió superar el enfoque clínico y altamente sexualizado de los precedentes transveti o travesti y transexual[136]. Transgénero se erige sobre una teoría crítica del binarismo implementado por el sistema político heterosexual. El concepto describe cualquier modificación del género exteriorizado, más allá de la dicotomía masculino-femenino, restrictiva para algunas personas.

Si bien originalmente Virginia Prince lo acuñó[137] para nombrar a quienes vivían con un género distinto al asignado al nacer sin recurrir a modificaciones quirúrgicas[138] (es decir, un punto intermedio entre travestis y transexuales[139]), con el paso de tiempo transgénero convirtió en un término sombrilla[140] que agruparía el vasto catálogo de modalidades de "hacer el género", incluyendo los clásicos travestis y transexuales y las mucho más recientes identidades *queer*[141]. Transgénero apareció en la década de 1970 en contextos como Nueva York, California y el Reino Unido[142] y su punto de partida fueron las personas de clase media blanca con experiencias de género previamente silenciadas o desconocidas.

Ahora bien, las personas trans son quienes sufren con mayor intensidad y sistematicidad la violencia directa y estructural del régimen heterosexual. Para entender la conflictividad de lo trans en las sociedades occidentales es necesario recordar la centralidad del género en su funcionamiento.

---

[134] DAN IRVING, "Normalized Transgressions. Legitimizing the Transsexual Body as Productive". En, *"The Transgender Studies Reader 2"*, Susan Stryker y Aren Z. Aizura (Eds.), Routledge, New York, 2013, p. 18.
[135] LAUREL WESTBROOK, "Becoming Knowably Gendered: The Production of Transgender Possibilities and Constraints in the Mass and Alternative Press from 1990–2005 in the United States". En, *"Transgender identities: towards a social analysis of gender diversity"*, Sally Hines y Tam Sanger (Eds.), Routledge, New York, 2010, p. 46.
[136] RICHARD EKINS y DAVE KING, "The Emergence of New Transgendering Identities in the Age of the Internet". En, "*Transgender identities: towards a social analysis of gender diversity"*, Sally Hines y Tam Sanger (Eds.), Routledge, New York, 2010, p. 27.
[137] DAVID VALENTINE, *ob. cit*., p. 32.
[138] KIMBERLY TAUCHES, "Transgendering: Challenging the 'normal'". En, "*Introducing the new sexuality studies*", Steven Seidman, Nancy Fischer y Chet Meeks (Eds.), Routledge, 2011, p. 137.
[139] SUSAN STRYKER, (De)Subjugated Knowledges, An Introduction to Transgender Studies, SUSAN STRYKER, "(De)Subjugated Knowledges, An Introduction to Transgender Studies". En, "*The Transgender Studies Reader*", Susan Stryker y Stephen Whittle (Eds.), Routledge, New York, 2006, p. 4.
[140] DAVID VALENTINE, *ob. cit*., pp. 6, 31 y 32.
[141] Según Westbrook, algunas de las identidades novedosas reunidas bajo el nombre transgénero son: andrógenos, bigenerizados, 'dobladores de género', 'elellas', 'multigéneros', 'transexuales no operadas', quienes 'pasan' por mujeres, 'transexuales post-operativos', transexuales pre-operados', 'pre-transexuales', 'hadas radicales', 'transgenderistas', y 'dos espíritus'. LAUREL WESTBROOK, ob. cit., p. 51.
[142] DAVID VALENTINE, *ob. cit*., p. 32.

El género posee efectos prácticos contundentes e irresistibles a pesar de ser un constructo social[143]. Es un factor determinante para *ser* humano o un elemento implícito en nuestro entendimiento de la humanidad[144]. De este modo, para *llegar a ser* humano o ser reconocido como tal es necesario primero ejecutar el guion de género convencional asociado con el mismo (el *performance*), de manera que la sociedad pueda conocer si soy hombre o mujer. A esto hace referencia Butler cuando afirma que las personas se tornan inteligibles en virtud del acatamiento del sistema sexo-género[145] y cuando advierte que para algunas de ellas el rigor de este sistema torna sus vidas inhabitables e invivibles[146].

La desigualdad entre géneros produce la diferencia de sexos con el fin de legitimar privilegios o la distribución inequitativa del poder entre hombres y mujeres[147]. Por ello, el género implica esencialmente una práctica de poder, una imposición para coartar libertades con base en la supuesta masculinidad o feminidad de la persona. "El género es un performance obligatorio que produce y gobierna los cuerpos"[148]. Estado, empresas, familias, centros educativos, parejas, grupos de amigos y, en general, cualquier forma de organización funciona sobre la ficción de hombres y mujeres como entidades radicalmente diferentes.

En este contexto, las identidades transgénero resultan disruptivas, desorientan y sacuden tanto los cimientos epistemológicos como el funcionamiento del orden social. Lo trans interpela significados y prácticas de género "osificadas"[149] en el colectivo que, por el paso del tiempo, parecían naturales, biológicas e inmutables. Al postular el carácter autónomo del género o su independencia del sexo (genital), el individuo, las relaciones interpersonales y las instituciones entran en una situación de incertidumbre sobre la humanidad del trans, sus expectativas de conducta y su ubicación en la jerarquía de géneros[150].

La incertidumbre ocasionada por la dificultad para encasillarlos puede desembocar en "pánicos de género" o eventos en los cuales los demás reaccionan de forma negativa y desmedida ante las irregularidades en la correspondencia entre sexo/género/sexualidad[151].

---

[143] *Cfr*., LARS D. CHRISTIANSEN y NANCY L. FISCHER, ·Working in the (social) construction zone". En, "*Introducing the new sexuality studies*", Nancy L. Fischer y Steven Seidman (Eds.), 3º edition, Routledge, New York, 2016.

[144] STEPHEN WHITTLE, "Foreword". En, "*The transgender studies reader*", Susan Stryker y Stephen Whittle (Eds.), Routledge, New York, 2006, p. xiii.

[145] En palabras de Butler: "'persons' only become intelligible through becoming gendered in conformity with recognizable standards of gender intelligibility". JUDITH BUTLER, "*Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*", Routledge, New York, 1999, p. 22.

[146] JUDITH BUTLER, *"The Phantom of Gender: Reflections on Freedom and Violence*", Folha de S. Paulo, 21 de noviembre de 2017 (Recuperado de: https://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/culture/2017/11/1936921-the-phantom-of-gender-reflections-on-freedom-and-violence.shtml)

[147] "Western notions of difference do usually lead to and justify inequality […] gender difference is the result of gender inequality-not the other way around", MICHAEL KIMMEL, "*The Gendered Society*", Oxford University Press, New York, 2011, pp. 4 y 59.

[148] ERIN CALHOUN DAVIS, "*Situating "Fluidity": (Trans) Gender Identification and the Regulation of Gender Diversity"*, GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies, Volume 15, Number 1, 2009, pp. 97-130.

[149] MICHAEL KIMMEL, *ob. cit*., p. 55.

[150] *Cfr*., KIMBERLY TAUCHES, *ob. cit*., p. 137.

[151] LAUREL WESTBROOK y KRISTEN SCHILT, *ob. cit*., p. 33.

Por ende, en los lugares segregados por género quienes poseen experiencias trans suelen ser humillados, acosados y maltratados, llevándolos en muchas ocasiones a evitarlos por completo o preferir espacios individuales o unisex[152]. En los establecimientos carcelarios es común que se verifique pánico de género con la sola idea de que las prisioneras femeninas compartan espacios con "anatomías masculinas" o mujeres trans[153]. El "patrullaje" de las fronteras físicas entre géneros frecuentemente se desborda y ocasiona daños graves a la integridad e "incluso la muerte" de las personas trans[154].

La evidencia de que la segregación por géneros no necesariamente responde a la diferencia tangible entre personas según sus genitales, indica que antes que constatar o *actuar sobre* una realidad previa, las convenciones culturales sobre lo masculino y lo femenino crean o producen esa diferencia y se encargan de incrustarla en la colectividad: "las instituciones producen la misma diferencia que asumimos como propiedades de los individuos"[155].

Por estos motivos, frecuentemente las personas trans son acusadas de efectuar "falsas representaciones" sobre su "verdadera" naturaleza, es decir, sobre una genitalidad congénita. Esta falsedad se interpreta como la intención de distorsionar o de ocultar una "verdadera esencia", y, de ese modo, la identidad sentida se valora como una mentira y su portador/a como un mentiroso/a o un sujeto "malo por definición"[156].

Bajo esta hermenéutica, el castigo contra lo trans encuentra asidero, pues implica engañar "inocentes" para hacerles creer algo que no es cierto. Este reproche alcanza manifestaciones extremas como la muerte[157]. Según Stryker, por ello es común que quienes asesinan personas trans aleguen en su defensa haber sido engañadas sobre la masculinidad o feminidad de la víctima[158].

En suma, este recuento confirma que las personas LGBT no constituyen una "comunidad" o un sector "uniforme". Ser lesbiana, gay, bisexual o trans supone trayectorias personales diferentes y modelos de opresión con dinámicas específicas que impiden establecer medidas estandarizadas de protección a sus derechos humanos, por ejemplo, en situaciones de privación de la libertad.

Así las cosas, lo aconsejable es que los Estados diagnostiquen en cada evento las circunstancias de discriminación por las cuales atraviesa cada uno de estos colectivos identitarios (en los centros penitenciarios o en cualquier otro ámbito), con el fin de diseñar políticas y programas pertinentes e idóneos para satisfacer sus necesidades de dignidad.

3) LGBT no son significantes universales. No es lo mismo ser gay en el norte global que en otras latitudes

---

[152] ERIN CALHOUN DAVIS, *ob. cit.*
[153] LAUREL WESTBROOK y KRISTEN SCHILT, *ob. cit.*
[154] ERIN CALHOUN DAVIS, *ob. cit.*
[155] MICHAEL KIMMEL, *ob. cit.*, p. 126.
[156] SUSAN STRYKER, "(De)Subjugated Knowledges, An Introduction to Transgender Studies", *ob. cit.*, p. 7.
[157] *Ídem*.
[158] *Ídem.*

Los modelos de desarrollo de identidades minoritarias dan por sentada la disponibilidad de las categorías identitarias occidentales LGBT en todos los escenarios. Empero, la evidencia sugiere que las hormas identitarias poseen nexos ineludibles con espacios y momentos determinados y no deben asumirse como patrones universales con significados estables de una cultura a otra[159]. En el ámbito local, por ejemplo, la reflexión sobre los sujetos feminizados se ha adelantado con base en "marcos conceptuales importados" sin que necesariamente se reapropiaran o adaptaran a las realidades de los cuerpos "racializados, empobrecidos, folclorizados, [y] colonizados de las mujeres latinoamericanas"[160].

Adicionalmente, nadie es sólo LGBT. La interseccionalidad denuncia el funcionamiento agregado de prejuicios contra las minorías sexuales. La confluencia de numerosos sistemas de opresión en los sujetos discriminados produce impactos diferenciales que deben tenerse en cuenta al momento de reglamentar sus derechos. El enfoque interseccional evita marginar los intereses y las experiencias de los sujetos en los cuales convergen estructuras de subordinación como la clase, el género, la raza, la orientación sexual y la nacionalidad[161]. En términos generales, sugiere que la identificación con más de un grupo social es cualitativamente única y no aditiva, es decir, no representa la mera suma de un número plural de formas de identificación. Así, cada individuo, en el nivel micro, percibe de forma singular la intersección de identidades que refleja "sistemas entrelazados de desigualdad a nivel macro"[162].

En la práctica, la raza, el género y la clase social no se encuentran aisladas ni se habitan en serie. Confluyen y condicionan simultáneamente las oportunidades vitales del sujeto. En el feminismo, por ejemplo, la apuesta por la interseccionalidad motivó la ruptura de la noción homogénea de mujer o la idea universalista del género femenino que "había servido para mantener el *status quo* en relación con la raza, la clase social y la sexualidad"[163]. Crenshaw mostró que las estrategias políticas de una sola problemática ("single issue politics") controvierten solo ciertos modos de subordinación y, en consecuencia, mantienen las jerarquías existentes, "borran" a quienes están sujetos a múltiples sistemas de subordinación y ocasionan discursos polarizantes[164].

La interseccionalidad cambia la manera de aproximarse a la diversidad sexual y de género al llamar la atención sobre las varias maneras de experimentar las identidades, ya sea como

---

[159] OYÈRONKÉ OYEWÙMÍEN, "*La invención de las mujeres. Una perspectiva africana sobre los discursos occidentales del género"*, Editorial En la frontera, Bogotá, 2017, p. 51.

[160] YUDERKYS ESPINOSA MIÑOSO, *"Feminismo latinoamericano"*, Revista Venezolana de Estudios de la Mujer, Vol. 14 Nº 33, jul/dic 2009 (Recuperado de: https://glefas.org/download/biblioteca/feminismo-latinoamericano/etnocentrismo_y_colonialidad_en_los_feminismos_latinoamericanos_yuderkys_espinosa.pdf).

[161] *Ídem*.

[162] TRUONG, N., PEREZ-BRUMER, A., BURTON, M., GIPSON, J., & HICKSON, D. (2016). "*What is in a label? Multiple meanings of 'MSM' among same-gender-loving Black men in Mississippi*". Global Public Health, 11(7-8), 937–952.

[163] AVTAR BRAH y ANN PHOENIX, (2004). *Ain't I A Woman? Revisiting Intersectionality*. Journal of International Women's Studies, 5(3), 75-86.

[164] MALINDA S. SMITH y FATIMA JAFFER BEYOND (Eds.), "*the Queer Alphabet: Conversations on Gender, Sexuality & Intersectionality*", Teaching Equity Matters E-Book Series, 2012,

roles o como pertenencia a grupos, según la ubicación del oprimido en las estructuras sociales. Su irrupción en el feminismo y desde allí en los estudios gay y lésbicos sembró dudas sobre la conveniencia de reducir las identidades no heterosexuales a formaciones monolíticas que, en la práctica, silenciaban las innumerables combinaciones de factores de discriminación detrás de las personas de carne y hueso.

4.2 Impactos de la diversidad sexo-genérica en el orden penitenciario

Las reflexiones efectuadas sugieren ajustar el sistema penitenciario tradicional de manera que respete y garantice la integridad, igualdad, vida privada, familia y acceso a la justicia de las identidades LGBT, según lo disponen la Convención Americana de 1969 y otros tratados internacionales.

Inspirados en el orden de interrogantes propuesto por la Comisión Interamericana en su solicitud de opinión consultiva, los Estados están llamados a efectuar las siguientes medidas en aras de mejorar el nivel de satisfacción de aquellos derechos:

4.2.1 Reevaluar la política de segregación por géneros vigente en el ámbito carcelario.

Las diferencias artificiales y arbitrarias concebidas desde el pensamiento heterosexual entre los sujetos que nombra masculinos y aquellos a los cuales les asigna la feminidad no deberían acogerse y perpetuarse por las prisiones y los demás espacios de control criminal.

Como se mencionó, diferenciar a los seres humanos según el género antes que ser una consecuencia de ciertas genitalidades, en realidad produce esa diferencia y educa a los sujetos en determinados roles y comportamientos supuestamente derivados de su biología. La segregación por sexos (genitales) se funda en estereotipos heteronormativos sobre la masculinidad y la feminidad que perpetúan los imaginarios sobre las diferencias sexuales como hechos de la naturaleza y, simultáneamente, estimulan roles de género tradicionales, caracterizados por la subordinación de lo femenino.

Perpetuar la ideología de la diferencia “biológica” entre sexos que le atribuye tendencias criminales a uno y hace propenso a la victimización al otro, constituye una política contraria al disfrute de los derechos humanos en condiciones de igualdad entre todas las personas.

En materia carcelaria, la segregación ha sido vista como un mecanismo de contención de ciertas conductas vinculadas con la masculinidad hegemónica y, en tal sentido, una forma de proteger los intereses de la población femenina. Sin embargo, la comisión de afrentas penales no discrimina por sexos y los ataques contra la libertad sexual al interior de centros penitenciarios son una constante que golpea con especial contundencia a las personas LGBT incluso bajo el modelo de segregación espacial.

El verdadero peligro para la integridad física y emocional de las personas privadas de la libertad no son los géneros sino aquellas personas que incurren en conductas criminales y vulneran los derechos de los demás con independencia de su asignación, percepción y expresión identitaria.

Ante el riesgo innegable de violaciones a los derechos humanos en el ámbito intramural, le corresponde a los Estados instaurar mecanismos de control y seguridad idóneos y eficaces, investigar y sancionar a sus responsables y garantizar la compensación y reparación de los daños[165], sin necesidad de perpetuar por el camino las masculinidades asociadas con la violencia, la agresión y las ambiciones de control y posesión de los cuerpos ajenos.

La cárcel debería dejar de operar como un dispositivo de control que refuerza el mito de la diferencia sexual y el binarismo de género mediante la separación física entre hombres y mujeres. En su lugar, debería contribuir a la resocialización de los internos, al desmonte de los estereotipos de género y a la educación en el respeto y la convivencia entre seres humanos con independencia de sus formas, apariencias y afectos.

4.3 Acoger la voluntad de los condenados sobre el lugar en el cual prefieren cumplir con la pena privativa de la libertad, ante la presencia para muchos inevitable de cárceles segregadas

Dicha elección deberá ser autónoma (i), podrá modificarse (ii) y no estará condicionada a la exhibición de roles y estéticas culturalmente vinculadas con cierto género (iii). En otros términos, la asignación de un determinado centro carcelario deberá realizarse exclusivamente con base en la elección del interesado, en función de su convicción sobre la pertenencia a una de las categorías de género disponibles.

Como ya se mencionó, asumir una identidad subversiva es un proceso complejo, mediado por el entorno social del individuo y su decisión de expresarla abiertamente o conservarla bajo discreción por razones inescrutables, entre ellas, para evitar ataques y humillaciones. Además, ningún funcionario ni entidad privada ostenta competencias para denegar la posesión de cierto género y orientación sexual en los ciudadanos.

En consecuencia, no podrá presumirse ninguna identidad minoritaria con base en las apariencias, los atuendos o los ademanes de los condenados (iv), ni deberán adelantarse pruebas o exámenes médicos o de cualquier otra índole (v), así como tampoco podrá declararse unilateralmente por la administración su calidad de hombre o mujer con el fin de ubicarlo en un determinado reclusorio (vi).

Al respecto, los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de los derechos humanos en materia de personas LGBT (2006) establecen "el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente", en virtud del cual los Estados deberán garantizar, en la medida de lo posible, que "todas las personas privadas de su libertad participen en las

[165] Al respecto, los Principios de Yogyakarta "*Sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*" reconoce el "Derecho a recursos y resarcimientos efectivos" de las personas LGBT en los siguientes términos "Toda víctima de una violación de los derechos humanos, incluso de una violación basada en la orientación sexual o la identidad de género, tiene el derecho a recursos eficaces, adecuados y apropiados. Las medidas adoptadas con el propósito de brindar reparaciones a personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género, o de asegurar el adecuado desarrollo de estas personas, son esenciales para el derecho a recursos y resarcimientos efectivos" (Principio 35).

decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género (principio No. 9).

4.4 Prohibir cualquier obligación de revelar la orientación sexual o la identidad de género, y de hacerlo públicamente en los contextos penitenciarios, teniendo en cuenta la violencia sistemática que se verifica en tales espacios.

Las personas LGBT son las únicas que, atendiendo a sus convicciones íntimas, sus necesidades circunstanciales y su proceso de apropiación identitario, están habilitadas para decidir si quieren exteriorizar tales facetas de su personalidad para recibir un trato especial o si, por el contrario, prefieren mantenerlas en reserva y evitar la aplicación de cualquier norma diferencial en su caso concreto. De lo contrario, el Estado podría exponerlos a sucesos de violencia o a problemas con su entorno familiar, laboral o de cualquier otra índole.

En este sentido, el principio de Yogyakarta No, 6 sobre el derecho a la privacidad, le ordena a los Estado garantizar:

> "[E]l derecho de toda persona a decidir, en condiciones corrientes, cuándo, a quién y cómo revelar información concerniente a su orientación sexual o identidad de género, y protegerán a todas las personas contra la divulgación arbitraria o no deseada de dicha información o contra la amenaza, por parte de otros, de divulgarla".

Por consiguiente, el registro o la recolección de información sobre la orientación sexual y la identidad de género en las bases de datos de los centros penitenciarios deberá efectuarse bajo estrictos protocolos de confidencialidad. Al respecto, el reglamento carcelario colombiano del año 2016[166] estipula que "los datos sobre la orientación sexual podrán ser aportados voluntariamente, y en este caso será información confidencial y clasificada" (parágrafo 2º, artículo 26).

Igualmente, ordena asegurar el "derecho al habeas data en la recolección de la información de la cartilla biográfica", y velar por la reserva de la información concerniente a la orientación sexual, la "expresión de la identidad de género" y el estado de salud, entre otros aspectos sensibles (parágrafo 1º, artículo 26).

4.5 Las políticas carcelarias no podrán asumir la supuesta naturaleza especial de las lesbianas, los gais, los bisexuales y los sujetos trans como fundamento para segregarlos espacial o funcionalmente del resto de reclusos y ofrecerles un trato diferente que obre en detrimento de sus derechos humanos

---

[166] Resolución No. 6349 del 19 de diciembre de 2016, "*Por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del orden nacional -ERON- a cargo del INPEC*". Ministerio de Justicia e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Recuperado de: https://www.inpec.gov.co/documents/20143/44801/RESOLUCION+6349+DE+19+DICIEMBRE+DE+2016.pdf/aa6d5505-05db-62b8-0004-9ebb74cfe7a9).

Previamente se indicó que las identidades minoritarias no reflejan "clases" especiales seres humanos. Sus portadores comparten las mismas cualidades físicas, mentales, similares virtudes y defectos, y ostentan los mismos derechos que los demás internos. Por consiguiente, las personas LGBT no debería reducirse a sus deseos sexuales y percepciones de género, sino que deberían reconocerse en su integridad.

De allí que resulte injustificado aislarlos o segregarlos dentro los centros penitenciarios con el único y exclusivo argumento de ser una población "diferente" o invocando la protección en abstracto de sus intereses (i). Toda medida de separación física deberá adoptarse con el consentimiento de las personas LGBT (ii) y acreditar una finalidad legítima a la luz de sus derechos humanos, ser necesaria e idónea para alcanzar dicha meta y demostrar su proporcionalidad en sentido estricto o en comparación con los derechos sacrificados (iii).

Para la muestra, en el caso de las mujeres trans, el Comité contra la Tortura ha encontrado que su asignación a centros penitenciarios masculinos suele conllevar riesgos sobre su integridad física y mental, particularmente frente a su libertad sexual, motivo por el cual su ubicación en cárceles femeninas contribuye a prevenir su victimización. Así, en sus Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Namibia del 1 de febrero de 2017[167] dicho organismo recomendó "adoptar todas las medidas necesarias para proteger a las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales frente a las amenazas y toda forma de violencia, particularmente en los lugares de detención, por ejemplo, separando a las mujeres transgénero de los reclusos varones".

Por otro lado, el Principio de Yogyakarta No. 9 en su versión del año 2016 le recomendó a los Estados evitar el confinamiento solitario "protectivo" o el aislamiento de los prisioneros LGBT con la excusa de protegerlos[168] (iv). En este punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a calificar como tratos inhumanos y degradantes el confinamiento por razones de orientación sexual.

Así, en el asunto X contra Turquía, resuelto mediante sentencia del 9 de octubre de 2012[169], el Tribunal de Estrasburgo conoció el caso de un recluso gay que solicitó el traslado de patio en el centro penitenciario por temor a sufrir ataques homofóbicos. La administración, sin embargo, resolvió asignarlo a una celda individual de siete metros cuadrados como medida de "protección". Este tipo de recintos eran utilizados únicamente para cumplir castigos disciplinarios o para ubicar sentenciados por delitos de pedofilia o violación sexual, ninguno de los cuales había cometido el demandante.

Según pudo demostrarse, al recluso se le impidió cualquier contacto con otros internos y actividad social por un periodo de 8 meses y 18 días. Durante este lapso tampoco se le permitió salir a la intemperie y únicamente tuvo permiso para reunirse con su abogado o atender las audiencias judiciales programadas cerca de una vez al mes.

---

[167] CAT/C/NAM/CO/2.

[168] *"Additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the yogyakarta principles"*, Adoptados el 10 de noviembre de 2017 en Ginebra (Recuperado de: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf).

[169] Application no. 24626/09.

Para la Corte Europea, el confinamiento solitario del recurrente le había ocasionado sufrimientos físicos y mentales y el "sentimiento de profunda violación de su dignidad humana". Estas condiciones extremas de reclusión se agravaron por la falta de mecanismos para solicitar el amparo de sus derechos.

Por lo tanto, el Estado desconoció artículo 3º del Convenio Europeo sobre el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, sumado a la vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14), toda vez que las condiciones arbitrarias de detención se basaron exclusivamente en su orientación sexual, sin que se justificara el trato diferente con respecto a otros prisioneros que enfrentaban amenazas dentro del centro penitenciario.

La doctrina anterior coincide con el principio No. 9 de Yogyakarta (2006) según el cual las medidas de protección para las personas LGBT privadas de la libertad no pueden implicar restricciones adicionales de sus derechos en comparación con las "que experimenta la población general de la prisión" (v).

En el caso colombiano, el reglamento penitenciario del año 2016 dispuso, por un lado, que la orientación sexual y la identidad de género "bajo ninguna circunstancia serán criterios para la clasificación de las personas privadas de la libertad en el establecimiento carcelario" (parágrafo 2º, artículo 36), y, por el otro, que en aras de salvaguardar la vida e integridad de las personas LGBT se "concertarán" "espacios especiales y exclusivos para su protección", siempre y cuando los mismos no se utilicen para segregarlos o excluirlos del resto de la población (parágrafo 4º, artículo 36).

En cualquier evento, la decisión de segregarlos deberá contar con soportes empíricos que acrediten su razonabilidad de cara las circunstancias del prisionero y del reclusorio (vi). Además, bajo ninguna óptica podrá menoscabar sus oportunidades de llevar a cabo actividades para la redención de pena o la resocialización (vii). Las finalidades de la pena no podrán entonces obstruirse por el hecho de portar una determinada identidad minoritaria.

De esta manera lo confirma el citado reglamento colombiano, cuando en su artículo 108 advierte lo siguiente: "En ningún caso una persona privada de la libertad podrá ser excluida de un programa de trabajo, estudio o enseñanza por razón de su orientación sexual, identidad o expresión de género".

4.6 Reconocer que los riesgos evidentes sobre las personas LGBT en centros carcelarios son el resultado de los estereotipos y prejuicios latentes tanto en los funcionarios encargados de su custodia como en los demás internos

De allí se colige que la garantía de sus derechos supone implementar programas de sensibilización y educación en diversidad sexual que desmonten los prejuicios y combatan de los discursos que humillan, patologizan y subordinan a los disidentes del régimen heterosexual.

Al respecto, el principio segundo de Yogyakarta (2006) consagra el derecho a la no discriminación y le encarga a los Estado adoptar "todas las medidas apropiadas, incluyendo

programas de educación y capacitación" para eliminar las actitudes prejuiciosas que se basan en ideas de inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual o identidad de género.

A su vez, el principio No. 9 del mismo instrumento internacional sugiere la formación del personal penitenciario y de todos los servidores públicos y privados "involucrados en los establecimientos de detención" en asuntos tales como los derechos humanos de las personas LGBT y los principios de igualdad y no discriminación.

Por último, en el sistema regional confirmó la importancia de invertir recursos en la transformación de los imaginarios LGBTfóbicos arraigados entre los responsables del sistema carcelario. Así, en el caso No. 11.656 de Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos incluyó dentro del programa de reparaciones como una medida de "no repetición" la ejecución de capacitaciones "sobre derechos humanos de las personas LGBTI en prisión", dirigidas a "directivos del INPEC, el personal del Cuerpo de Custodia y Vigilancia y en general a todo el personal administrativo, así como, a las personas privadas de la libertad"[170].

4.7 Tomar en consideración las realidades concretas de las personas LGBT y las intersecciones entre los sistemas de opresión que soportan

No es aconsejable abordar todo el espectro no heterosexual cisgénero como una masa uniforme destinataria de medidas idénticas. Las políticas penitenciarias deberán, en ese orden de ideas, incluir componentes flexibles que permitan ajustarlas según las particularidades de los sectores sociales más vulnerables de las minorías sexuales sobre los cuales recaen con mayor intensidad las consecuencias de la discriminación (i).

Por ejemplo, el principio de Yogyakarta No. 38 en su versión del año 2016 reconoció el derecho a practicar, proteger, preservar y revivir la "diversidad cultural" de las personas LGBT. En consecuencia, los Estados deberá velar por la garantía de las múltiples expresiones autóctonas y ancestrales que cobijen los individuos con independencia de su orientación sexual o identidad de género (ii).

Por otra parte, ante la evidencia de sufrir mayores sucesos de violencia y experimentar una exclusión social más profunda que las priva de obtener ingresos mínimos vitales[171], las mujeres trans deberían ser beneficiarias de estrategias diferenciales que reviertan la discriminación acumulada en su contra y compensen el abandono Estatal y la marginalización histórica que han soportado en las sociedades americanas (iii).

Entre otras medidas, **deben disfrutar plenamente del derecho a la salud en lo correspondiente a la adecuación corporal con su convicción de género**. Como se sabe,

[170] Ficha de seguimiento del informe Nº 122/18.
[171] En Colombia, por citar un ejemplo, se ven avocadas mayoritariamente a desempeñar actividades riesgosas como el trabajo sexual. CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, "*Ser marica en medio del conflicto armado. Memorias de sectores LGBT en el Magdalena Medio*", CNMH, Bogotá, 2019, pp. 104 y 105.

el cuerpo es el recinto de la identidad[172], y, sin embargo, en el caso trans se observa una desposesión de este. La medicalización de la práctica trans conlleva a que los sujetos pierdan el control en muchos casos sobre sus posibilidades corporales[173], ya sea por la carencia de recursos económicos o por las trabas y maltratos burocráticos. Por ello es menester brindarles, entre otras cosas, asistencia médica, tratamientos y medicamentos gratuitos, suficientes y de calidad para que, si así lo desean, adecuen su cuerpo al género sentido.

Esta posibilidad encuentra respaldo en el principio de Yogyakarta No. 17 sobre el derecho al más alto nivel alcanzable de salud (versión 2016)[174]. Del mismo modo, el principio No. 9 de aquel instrumento señala que es deber de las autoridades públicas proveer:

> "[A] las personas detenidas de un acceso adecuado a atención médica y consejería apropiada a sus necesidades, reconociendo cualquier necesidad particular con base en su orientación sexual o identidad de género, incluso en lo que respecta a salud reproductiva, acceso a información sobre el VIH/SIDA y la terapia correspondiente, y a terapia hormonal o de otro tipo, como también a tratamientos para reasignación de género si ellas los desearan".

En el caso colombiano, el reglamento penitenciario de 2016 establece, entre otras cosas, que al momento de ingreso al establecimiento carcelario se valorará si la persona LGBT tiene o ha tenido "tratamientos hormonales y/o transformación corporal", con el fin de aplicar un modelo especial de salud, dando prioridad a la atención de las complicaciones derivadas de procesos de "transformación corporal" o semejantes (artículo 29, parágrafo único).

Esta disposición desarrolla lo previsto en el Decreto No. 2245 de 2015[175] sobre prestaciones sanitarias en centros carcelarios, en virtud del cual la garantía del servicio médico deberá regirse por los postulados de "continuidad e integralidad", "universalidad" o sin discriminaciones por razones de "sexo, género [y] orientación sexual", y "enfoque diferencial", es decir, "teniendo en cuenta las diferencias poblacionales de género, etnia, discapacidad, identidad cultural y de las variables implícitas en el ciclo vital"[176].

La Corte Constitucional de Colombia introdujo este enfoque de género en salud para las personas trans privadas de la libertad desde sentencias como la T-552 de 2013, en la cual ratificó la obligación de asegurarles acceso a procedimientos médicos para el desarrollo de su personalidad.

---

[172] DAVID BELL, "Fragments for a Queer City". En, *"Pleasure zones: bodies, cities, spaces"*, David Bell et. al. (Eds.), Syracuse University Press, Syracuse, 2001, p. viii.
[173] MOISÉS MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 120.
[174] Dicha disposición exhorta a los Estados a velar porque "gender affirming healthcare is provided by the public health system or, if not so provided, that the costs are covered or reimbursable under private and public health insurance schemes".
[175] "Por el cual se adiciona un capítulo al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, en lo relacionado con la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
[176] Artículo 2.2.1.11.1.2., numerales 5, 7 y 8, respectivamente.

Según aquel Tribunal, la falta de coherencia entre la fisionomía y la identidad de género de una persona trans "puede llegar a vulnerar su dignidad en la medida en que esa circunstancia obstaculice la construcción de un proyecto de vida y la realización del mismo". Así mismo, la eficacia de su derecho a la salud implica reconocer, entre otras cosas, "la situación de marginación y discriminación que enfrentan como barrera de acceso de acceso al Sistema de Seguridad Social". Por tales motivos, encontró procedente autorizar "los servicios médicos que componen el procedimiento de reasignación de sexo" con cargo al esquema público de salud[177].

Ahora bien, teniendo en cuenta que la privación de la libertad no comporta la anulación de los demás derechos[178], y que el disfrute de un nivel óptimo de salud no se ve restringido ni limitado y, por el contrario, debe garantizarse en todo momento[179]; resulta evidente que las personas trans tienen derecho no sólo a continuar con sus procesos médicos y hormonales durante el tiempo en que cumplan con la sanción penal, sino también a darle inicio a los mismos en cualquier momento con posterioridad a su ingreso en el centro penitenciario.

4.8 Asegurar el derecho a la visita íntima de las personas LGBT en condiciones de igualdad y dignidad y sin necesidad de exponer públicamente sus deseos sexuales

El trámite para acceder a este derecho debería ser reservado (i), célere (ii) y sumario (iii), es decir, carecer de exigencias en cuanto a sustento o acreditación del tipo de relación que sostienen con la visitante, teniendo en cuenta que muchos ordenamientos nacionales les impiden conformar familias, celebrar contratos matrimoniales o acogerse a regímenes de convivencia o parejas de hecho.

Las visitas tampoco deberían condicionarse a la regularidad ni al género del visitante (iv), por ejemplo, si el recluso solicitó inicialmente autorización para recibir a una persona con cierta expresión de género y posteriormente lo modificó por otra diferente. La potencial fluidez de los deseos sexuales conduce a eliminar cualquier requisito para la visita íntima en lo relacionado con la identidad de género.

---

[177] A pesar del precedente constitucional y las normas reglamentarias señaladas, el goce efectivo de la salud por la población trans en Colombia parece aún pendiente de materializarse. Al respecto, se han podido constatar "las difíciles condiciones que enfrentan estas personas en los [establecimientos penitenciarios] relacionadas con […] las complicaciones derivadas de procedimientos de transformación corporal, interrumpidos una vez se ingresa" al mismo. LOPERA MEDINA MM, HERNÁNDEZ PACHECO J. *"Situación de salud de la población privada de la libertad en Colombia. Una revisión sistemática de la literatura"*. Revista Gerencia y Políticas de Salud. 2020;19. https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps19.sspp

[178] *Cfr.*, Corte IDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. En esta providencia la Corte señaló que los Estados asumen la responsabilidad de "garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar".

[179] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-035 de 2013.

En tal sentido, los principios de Yogyakarta (2006) consagran el derecho al trato digno del sujeto recluido y le ordenan a los Estado asegurar "que las visitas conyugales, donde estén permitidas, sean otorgadas en igualdad de condiciones para todas las personas presas y detenidas, con independencia del sexo de su pareja".

De otro lado, la evidencia de vínculos matrimoniales o de hecho preexistentes no será óbice para negar el disfrute de la visita íntima con otras personas (v). Así lo señalo la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-372 de 2013 cuando abordó el caso de una pareja de internas lesbianas a quienes la dirección del centro penitenciario les negaba el ejercicio de aquel derecho con el argumento de que una de ellas mantenía un vínculo matrimonial vigente con un hombre. A juicio de aquel Tribunal las personas LGBT pueden disfrutar de esta prerrogativa con quien lo estimen, al margen de su estado civil.

El reglamento carcelario de Colombia expedido en el año 2016 contiene otras pautas sobre el alcance del derecho en cuestión. Por ejemplo, prohíbe limitar las visitas íntimas por sanciones disciplinarias (artículo 71) (vi). Así mismo, establece que las requisas previas y posteriores tanto del interno como del visitante serán dignas y no podrán implicar la desnudez o la inspección intrusiva de sus cuerpos (parágrafo 4º, artículo 68) (vii). El incumplimiento de estos parámetros acarreará el reproche del funcionario encargado (parágrafo 2º, artículo 71) (viii).

Como requisitos formales sólo dispone la petición escrita del recluso indicando el nombre, el número de identificación oficial y el domicilio del visitante propuesto (ix). Este último podrá ser otra persona privada de la libertad, hipótesis en la cual deberá autorizarse su traslado entre pabellones o entre centros penitenciarios (artículo 72) (x). El cualquier evento, "las personas trans e intersexuales podrán elegir un día de visita de conformidad con los horarios establecidos" en cada centro carcelario, ya sea en las fechas asignadas a hombre o a mujeres (parágrafo 1º, artículo 68) (xi).

Por último, el reglamento colombiano ordena que la información sobre la visita íntima se guarde bajo reserva, es decir, se mantenga la confidencialidad, y se garantice el derecho de habeas data (parágrafo único, artículo 72) (xii).

4.9 La prevención y sanción de la violencia por prejuicios en contextos penitenciarios deberá incluir la criminalización de los delitos de odio y el acceso eficaz a la justicia

La violencia directa y sistemática contra las personas LGBT en prisión exige enfocar los esfuerzos institucionales en la protección de sus derechos a la seguridad y el acceso a la justicia. Esta obligación ha sido destacada por organismos internacionales como el Comité contra la Tortura de la Organización de Naciones Unidas, que ordena a los Estados investigar y juzgar estos atentados en numerosos pronunciamientos.

Por ejemplo, en resolución del 5 de septiembre de 2017 recordó el deber de "garantizar la integridad física de las personas transgénero en todos los ámbitos, incluidos los lugares de

detención" y velar "por que las agresiones por motivos de orientación sexual o identidad de género sean investigadas y los responsables llevados ante la justicia"[180].

Tales mandatos incluyen la expedición de leyes en materia penal (artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana) que castiguen los denominados delitos de odio o la selección prejuiciosa de las víctimas en función de su sexo, identidad de género u orientación sexual[181]. También supone adoptar medidas para dotar de eficacia estas normas, por cuanto es común la elevada tasa de impunidad en estos eventos[182].

Sobre este último aspecto, el Principio de Yogyakarta No. 9 (2006) recomienda diseñar herramientas de "monitoreo independiente de los establecimientos de detención por parte del Estado, como también de organizaciones no gubernamentales, incluyendo aquellas que trabajan en los ámbitos de la orientación sexual y la identidad de género". Es decir, aconseja delegar en autoridades externas al centro penitenciario la vigilancia y el registro de incidencias o denuncias sobre casos de posible violencia o discriminación intramural.

A su vez, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su reporte titulado "Viviendo libres e iguales"[183] exhortó al fomento de la denuncia recurriendo a estrategias que fomenten la confianza de las personas LGBT hacia las autoridades. También instó a la creación de sistemas efectivos de registro de crímenes por odio, que alimenten informes públicos con estadísticas de victimización desglosadas por orientación sexual e identidad de género y otras formas de discriminación (según la raza, el sexo, el estatus migratorio y las creencias religiosas)[184]. Finalmente, involucró a las instituciones nacionales de derechos humanos (entre ellas, el *ombudsman*) en el monitoreo y la evaluación de los patrones de comisión de delitos y discursos de odio.

De forma similar, el reglamento penitenciario colombiano de 2016 dispuso que las denuncias por discriminación intramural deberán remitirse en el término de 24 horas a la Procuraduría General de la Nación, órgano encargado de promover los derechos humanos y disciplinar a los servidores públicos, o a la Fiscalía General de la Nación, autoridad competente para investigar los delitos cometidos por particulares y agentes del Estado (artículo 142).

5. Personas indígenas

La presente intervención busca generar reflexiones sobre la importancia de adoptar medidas que garanticen de manera efectiva el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas a la

---

[180] Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Panamá. CAT/C/PAN/CO/R.4.

[181] Para combatir esta clase de violencia, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos le recomendó a los Estados, entre otras medidas: "Promulg[ar] leyes sobre los delitos motivados por prejuicios que establezcan la homofobia y la transfobia como factores agravantes a los efectos de la determinación de las penas". En, "*Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género"*, mayo 4 de 2015, A/HRC/29/23,

[182] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "*Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*", noviembre 12 de 2015, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, pp. 17 y 18.

[183] "*Living free and equal. What states are doing to tackle violence and discrimination against lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex people*", ONU, 2016, HR/PUB/16/3.

[184] *Ibíd*., p. 32.

igualdad y la no discriminación basadas en el dialogo intercultural. Si bien las preguntas de la Comisión están orientadas a garantizar un enfoque diferenciado, que considere las condiciones de vulnerabilidad y los factores que puedan incrementar el riesgo de actos de violencia en contextos de encarcelamiento, es importante que esta problemática se aborde de manera estructural y permita entender las causas de la prisionalización de los pueblos indígenas, así como, las violaciones a los derechos a la igualdad y a la no discriminación en las fases previas como son la judicialización y la legislativa, para esto, es importante transitar por la situación de los pueblos indígenas, el estado de las justicias y la jurisdicción indígena en América Latina. Visibilizar estas vulneraciones permitirá avanzar en la adopción de medidas diferenciales que no solo se circunscriban a las prisiones, sino que signifiquen la disminución de la población indígena privada de la libertad

5.1 Situación de los pueblos indígenas en Latinoamérica

El convenio 169 de la OIT suscrito en 1989 es el principal instrumento jurídico internacional diseñado para la protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas y tribales, el cual reconoce la diversidad de estos pueblos y la necesidad de garantizar su autonomía a través del control de sus propias instituciones, formas de vida, de desarrollo económico y preservar sus lenguas, identidades y culturas. Este convenio suscrito por 23 países de América Latina, Asia, África, y Europa, impuso a los estados la obligación de adoptar medidas y acciones afirmativas, que permitieran materializar los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, asegurar los mecanismos de participación en la toma de decisiones que afectaran la armonía social y la diversidad cultural y proponer medidas legislativas para asegurar la aplicación de los derechos[185].

Este reconocimiento ha generado una gran movilización de los pueblos indígenas y tribales quienes han abierto espacios políticos de visibilización que antes les eran negados y esto ha significado un tránsito hacía la verdadera protección de sus derechos. Sin embargo, estas luchas parecen ir a un ritmo desacelerado frente a la situación en la que se encuentran los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la actualidad.

En América Latina para el año 2010 se estimó que la población indígena era de 45 millones representando el 8.3% de la población de la región[186]. Según el informe de la aplicación del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales Núm. 169 de la OIT, *Hacía un futuro inclusivo, sostenible y justo*, analiza las transformaciones que los pueblos indígenas han tenido en relación con sus territorios y sus formas de vida considerando conflictos como el despojo de tierras, el cambio climático, el acceso limitado a los recursos naturales, el deficiente acceso a los servicios públicos, inseguridad alimentaria, la discriminación que aún enfrentan, y cómo estas desigualdades se enfrentan entre hombres y mujeres indígenas[187].

---

[185] Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169).

[186] Eclac, 2014. *Guaranteeing indigenous people´s rights in Latin America: progress in the past decade and remaining challenges*. https://www.cepal.org/en/infografias/los-pueblos-indigenas-en-america-latina.

[187] Organización Internacional del Trabajo, *Aplicación del convenio sobre pueblos indígenas y tribales núm. 169 de la OIT Hacia un futuro inclusivo, sostenible y justo.* (Organización Internacional de Trabajo, 2019), p 69.

Ejemplo de lo anterior es la tasa de empleo que para las mujeres indígenas en América Latina es de 44.9% frente al 79.2% de los hombres indígenas, sin que esto signifique que hombres y mujeres indígenas accedan a trabajos en condiciones dignas, de hecho, las mujeres indígenas son más propensas a obtener trabajos mal remunerados, en condiciones de discriminación, explotación y violencia[188]. De igual forma, existe una dependencia de la economía informal por parte de los pueblos indígenas en las zonas urbanas que representa el 86.6% frente al 55% de población no indígena[189]. Ahora bien, resulta alarmante el porcentaje de la población indígena en el mundo viviendo en condiciones de pobreza extrema. En América Latina y el Caribe el 58.1% de la población indígena en zonas rurales viven con menos de $1.90 al día, comparado con el 38,2% de población indígena que se encuentra en las zonas urbanas, brecha que se amplía entre hombres y mujeres indígenas[190].

Con este preámbulo se resalta que los pueblos indígenas de América Latina se encuentran en una situación de vulnerabilidad y marginalización frente a las políticas sociales y de desarrollo - basadas en el extractivismo - de los estados que desconocen las necesidades propias de estos pueblos y de sus territorios, lo que ha llevado a restringir el ejercicio de su autonomía y la materialización de la libre autodeterminación.

5.2 Jurisdicción indígena y justicias propias.

El Convenio 169 de la OIT (artículos 8 y 9), la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas de 2007 (artículo 34)[191] y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 (artículo 22)[192], establecen el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, sus costumbres, tradiciones, prácticas, sistemas jurídicos de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, es importante mencionar que, en consonancia con estas disposiciones, distintos países de América Latina han adoptado el pluralismo jurídico a través de sus constituciones, lo que se ha reflejado en el reconocimiento de las autoridades indígenas y su capacidad de producir normas y administrar justicia dentro de su ámbito territorial.

Esta incorporación ha llevado a que cada vez se avance en el reconocimiento de la jurisdicción indígena, en la necesidad de establecer una coordinación con la justicia ordinaria y sus autoridades, y definir los límites entre las jurisdicciones que han sido desarrollados especialmente por los altos tribunales de la justicia ordinaria.

A pesar de estos avances, existen retrocesos en el reconocimiento de la jurisdicción indígena como lo expresa el informe de la de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas del Consejo de Derecho Humanos de Naciones Unidas. (A/HRC/42/37) de agosto de 2019, en el que se expone la preocupación de los pueblos indígenas por la falta

---

[188] Ibid., p 85.
[189] Ibid., p 90.
[190] Ibid., p 92.
[191] Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas de 2007. https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
[192] Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016. https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf

de un reconocimiento efectivo de los sistemas de justicia propia por parte de las autoridades locales, regionales y nacionales, debido a la persistencia de actitudes discriminatorias y prejuicios contra los pueblos indígenas en el sistema de justicia ordinaria, y se evidencia la ausencia de una coordinación eficaz entre los sistemas de justicia indígena y las autoridades judiciales estatales.

Algunos aspectos que han limitado el ejercicio de la jurisdicción indígena provienen de las mismas leyes que han llevado a interpretar a los jueces que los pueblos indígenas solo pueden conocer asuntos menores que se den dentro de sus territorios y condicionando las decisiones a la validación de los tribunales estatales[193]. Vale la pena aclarar que aquello que la jurisdicción ordinaria ha clasificado como delitos de menor gravedad no tienen el mismo significado para la jurisdicción indígena donde estos delitos son de gran significancia.

Ejemplo de estos retrocesos se han dado en Bolivia donde se expidió una ley de deslinde jurisdiccional por medio de la cual los procesos de violencia contra las mujeres deben ser conocidos únicamente por los tribunales ordinarios. Este mismo caso ocurre en Perú donde el tribunal constitucional estableció que los casos de mujeres y niños por su condición de vulnerabilidad no podían ser conocidos por la jurisdicción indígena[194]. En Colombia el tribunal encargado de definir la competencia ante conflictos jurisdiccionales en el 95% de sus decisiones ha fallado a favor de la jurisdicción ordinaria siendo la Corte Constitucional la que por vía de la acción de tutela ha protegido y garantizado el ejercicio de la jurisdicción indígena. Sin embargo, no siempre es así, incluso de acuerdo con el informe de la relatora cuando los Estados otorgan reconocimiento jurídico a los sistemas de justicia indígena, suele haber leyes o decisiones que restringen el alcance de la jurisdicción indígena, en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial que ocurren dentro de los límites territoriales de una comunidad indígena[195].

Para ilustrar esta situación, la sentencia T- 208 de 2019[196] de la Corte Constitucional Colombiana, en el caso en concreto, negó la jurisdicción indígena argumentando la no acreditación del factor personal y objetivo en el caso porque el delito de hurto correspondía a la sociedad mayoritaria y las personas implicadas no hacían parte de la comunidad, a pesar de que el delito fue cometido dentro del resguardo indígena.

Adicionalmente, la jurisdicción indígena se ha visto debilitada en parte por la criminalización que enfrentan las autoridades indígenas por defender sus territorios. Un ejemplo de ello se da en Ecuador donde los jueces indígenas están siendo procesados por los tribunales ordinarios o en Chile donde hay más de cien autoridades mapuches víctimas del uso excesivo de la fuerza policial y se encuentran prisionalizados por persecuciones

---

[193]Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas, 2019. https://www.undocs.org/es/A/HRC/42/37

[194] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 172 periodo de sesiones de audiencias públicas. Criminalización y justicias indígenas, 2019. https://www.youtube.com/watch?v=hs_-IJhiL2g.

[195] Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas, 2019. https://www.undocs.org/es/A/HRC/42/37.

[196] Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-208 de 2019. Magistrado ponente: Carlos Bernal Pulido.

políticas[197]. Estas actuaciones discriminatorias han generado percepciones generalizadas sobre la incapacidad y la inferioridad de los pueblos indígenas para solucionar conflictos y administrar justicia, lo cual impide que estos tomen decisiones y modifiquen algunas prácticas de manera autónoma a través del diálogo intercultural[198].

5.3 La población indígena en las prisiones de América Latina.

Si bien la población indígena en las prisiones de América Latina se estima en un porcentaje bajo frente a la población privada de la libertad, esto no deja de representar una amenaza a la autodeterminación de los pueblos indígenas considerando que hoy en día algunos de ellos se encuentran en situación de extinción.

En México en el 2019, se encontraban privados de la libertad cerca de 7000 indígenas que fueron criminalizados por delitos cometidos en razón a su situación de pobreza, el hurto y actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes son los delitos más comunes considerando que por el bajo nivel educativo y la situación socioeconómica son cooptados por organizaciones criminales. En sus procesos, según la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se evidenció que la mayoría desconocía su situación jurídica o los derechos o beneficios que les asistían y que la mayoría de los indígenas no contaron con interpretes durante el proceso penal[199], lo que los priva de una efectiva defensa material y por ende de un verdadero acceso a la justicia. En esto coincide el informe de la relatora que observó por ejemplo la grave escasez de intérpretes y el insuficiente número de defensores públicos bilingües a disposición de los tribunales, lo que atentaba contra el derecho de los acusados indígenas a un juicio imparcial[200].

En Chile, el Instituto Nacional de Derechos Humanos en el Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile en el año 2017, reconoció las dificultades en la identificación de la población indígena en las prisiones chilenas, adicionalmente, el informe menciona que el 85% de las prisiones no tienen habilitados espacios para el ejercicio de prácticas culturales y en unas pocas se realiza celebraciones puntuales. El 100% de las prisiones no ofrecen ningún tipo de alimentación o dieta especial para las personas de pueblos indígenas, y tampoco tienen actividades educativas diseñadas de acuerdo con sus costumbres y tradiciones[201].

---

[197] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 172 periodo de sesiones de audiencias públicas. Criminalización y justicias indígenas, 2019. https://www.youtube.com/watch?v=hs_-IJhiL2g

[198] Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 172 periodo de sesiones de audiencias públicas. Criminalización y justicias indígenas, 2019. https://www.youtube.com/watch?v=hs_-IJhiL2g

[199] Comisión Nacional de Derechos Humanos, Análisis Situacional de los Derechos Humanos de las Personas Indígenas Privadas de la Libertad. 2019. http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=50097

[200] Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas, 2019. https://www.undocs.org/es/A/HRC/42/37

[201] Instituto Nacional de Derechos Humanos. Estudio de las condiciones carcelarias en Chile: diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la integridad personal, 2018.https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1180/estudio-general-2016-2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y

En Guatemala, el Instituto de Defensa Publica Penal carece de suficientes recursos, en especial para su programa de defensorías indígenas[202].

En Venezuela de acuerdo con Aniyar de Castro[203], la situación de las mujeres privadas de la libertad en prisiones fronterizas que en su mayoría son mujeres y niñas indígenas wayúu, en situación de pobreza -procesadas por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes- está marcada por múltiples vulneraciones y discriminación de género que proviene de las mismas funcionarias de los penales y la imposibilidad de tener interprete que facilite el acceso a la justicia.

Por último, Colombia no es ajena a estas problemáticas, se presentan dificultades en la identificación de los miembros indígenas privados de la libertad, no existen espacios para el ejercicio de sus prácticas culturales como el uso de la medicina ancestral, ni tienen acceso a actividades de resocialización diseñadas de acuerdo a su cosmovisión, por el contrario, se ha generalizado como actividad propia de esta población la elaboración de "artesanías", que lejos de ser un proceso de recuperación de identidad cultural es un medio para conseguir algunos ingresos para satisfacer sus necesidades básicas dentro de las prisiones[204]. En razón al hacinamiento que existe en los establecimientos carcelarios, muchos de los indígenas son trasladados a establecimientos penitenciarios alejados de sus territorios, de sus comunidades y de sus familias lo cual atenúa la comunicación con sus autoridades y genera el debilitamiento progresivo de las identidades indígenas.

5.4 Política Criminal construida desde el pluralismo jurídico y el dialogo intercultural para el reconocimiento y la garantía de los derechos de los pueblos indígenas

Como se mencionó anteriormente, para mejorar la garantía de los derechos de la población indígena privada de la libertad, es relevante tener en cuenta las fases de criminalización previas, una de las dificultades es la falta de legitimidad de las decisiones de las autoridades indígenas por parte de los operadores judiciales basados en la incapacidad y en la inferioridad de los primeros, para juzgar graves violaciones a los derechos fundamentales.

Al respecto es necesario generar nuevas interacciones entre los dos sistemas de justicia que permita que los propios pueblos indígenas tomen decisiones de protección de derechos y cambien prácticas de manera autónoma basadas en el dialogo[205], es importante mencionar

---

[202] Consejo de Derechos Humanos. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Naciones Unidas, 2019. https://www.undocs.org/es/A/HRC/42/37

203 Aniyar de Castro, Lolita. "Las mujeres infractoras. Impacto y amplificación de los efectos de la pena". En Capítulo Criminológico Vol. 30, W 4, Octubre-Diciembre 2002, 333-351 ISSN: 0798-9598. https://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/view/4965/495

[204] Olarte, Angela y Ramos, Aldemar. "El transitar de la jurisdicción indígena en Colombia: de la jurisprudencia de las cortes colombianas a la cárcel". En *Pluralismo jurídico y derechos humanos: perspectivas críticas desde la política criminal,* editado por Marcela Gutiérrez y Angela Marcela Olarte, 149-188. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.

[205] Intervención de Raquel Yrigoyen en el 172 periodo de sesiones de audiencias públicas. Criminalización y justicias indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2019. https://www.youtube.com/watch?v=hs_-IJhiL2g

que los sistemas de justicia propios no son estáticos, por su lado, su constante cambio se ha dado en parte por las dinámicas sociales que han tenido que enfrentar estos pueblos.

Así mismo, este diálogo intercultural debe llevar a la comprensión por parte de los operadores judiciales de las distintas concepciones de justicia de los pueblos indígenas, que están basadas en el equilibrio, no solo terrenal, sino también espiritual y ancestral. Por lo que los delitos cometidos no son actuaciones lesivas puntuales, sino que son desarmonizaciones que afectan al individuo, a la comunidad, al territorio, y lo divino. Así, las penas, no son castigos sino el restablecimiento de la armonía a través de la espiritualidad, la oralidad, y la participación de la comunidad, la familia y el individuo.

En este sentido, la coordinación de las jurisdicciones no se debe reducir a reglas procedimentales concretas. Por el contrario, debe existir la vinculación de las autoridades indígenas en los procesos judiciales, dado que los operadores judiciales –jueces, fiscalía, auxiliares de justicia- durante el proceso penal no indagan sobre la identidad del procesado y no vinculan a las autoridades correspondientes.

Esta vinculación de las autoridades indígenas permitiría asegurar una mejor defensa material que asegure la comprensión de la situación jurídica y la posibilidad de buscar alternativas a la privación de la libertad.

Por su parte, la fase de criminalización primaria debe estar en consonancia con los distintos contextos que enfrentan los pueblos indígenas. Se ha visto la tendencia punitivista en la tipificación de delitos justificados en políticas como la lucha contra las drogas, sin embargo, los efectos de estas políticas han significado revictimizaciones en la población en situación de vulnerabilidad, en general en América Latina, como son las mujeres y los indígenas. La política criminal no puede remplazar las deficiencias de las políticas sociales de los estados como la protección y defensa de los territorios indígenas, la seguridad alimentaria, el acceso a los servicios públicos y la garantía de los derechos fundamentales.

5.5 Enfoque diferencial para la población indígena privada de la libertad

De conformidad con los parámetros enunciados:

- Los Estados deberán asegurar que las autoridades y operadores judiciales en todo el proceso de judicialización vinculen las autoridades indígenas que correspondan, para que puedan acompañar la defensa material y en caso de que se llegue a la privación de la libertad deberán asegurar el contacto permanente con sus autoridades indígenas.

- Los Estados a través de las autoridades penitenciarias deberán evitar e impedir traslados injustificados que alejen a los privados de la libertad de sus territorios y de sus familias.

- Los Estados deberán adoptar medidas legislativas y administrativas de manera concertada con las autoridades indígenas para evitar el encarcelamiento en

establecimientos intramurales y brindar la alternativa de cumplimiento de penas de acuerdo con los sistemas de justicia propia en los respectivos territorios.

- Los Estados deberán asegurar la asignación de recursos para el funcionamiento de las justicias indígenas y el ejercicio jurisdiccional por parte de las autoridades indígenas en la intervención de los procesos llevados por la justicia ordinaria, la provisión de la defensa técnica y el acompañamiento durante los procesos judiciales.

- En caso de que los indígenas estén privados de la libertad en establecimientos carcelarios, estos deben contar con intérpretes que les permitan entender los reglamentos internos y los derechos que tienen al interior de los establecimientos.

- Los Estados deberán procurar por la conformación y ejercicio efectivo de organismos al interior de las cárceles que realicen veeduría sobre el cumplimiento de los derechos de los indígenas, los cuales deben ser integrados por miembros de estas comunidades, sus autoridades tradicionales y las autoridades penitenciarias.

- Los Estados deben proveer los recursos suficientes para intérpretes que acompañen a los indígenas privados de la libertad a las audiencias correspondientes con el objetivo de asegurar la comprensión de cada etapa procesal.

- Los Estados deberán asegurar el ingreso a los establecimientos penitenciarios de las autoridades tradicionales, sin restricción alguna, para la realización de los ritos de sanación y armonización de los miembros de la población indígena privados de la libertad. Adicionalmente, deben asegurar procedimientos claros y públicos para el ingreso de medicinas tradicionales y deberán asegurar la atención por parte de los médicos tradicionales.

- Los Estados deberán asegurar la realización de actividades de resocialización, de educación y de trabajo correspondientes a las cosmovisiones de los pueblos indígenas de acuerdo con sus sistemas de justicia propia en coordinación con las autoridades tradicionales.

- Los Estados deberán incorporar dentro de los organismos de defensa de derechos humanos y dentro de los sistemas judiciales y penitenciarios la participación de autoridades y miembros de comunidades indígenas que orienten la protección de los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y garanticen su efectivo ejercicio.

6. Personas mayores y en condiciones de discapacidad

Respecto de este grupo poblacional, los Estados asumen como mínimo cinco obligaciones específicas:

1. Promover los derechos de las personas mayores en cada uno de los ámbitos en los que desarrollan su vida cotidiana.
2. Brindar seguridad personal, médica y alimentaria a fin de garantizar condiciones mínimas de existencia, todo en el marco del respeto de las diferencias culturales.
3. Fomentar en la comunidad carcelaria la toma de conciencia sobre las aportaciones de las personas mayores, sobre el valor de la diversidad humana y sobre su contribución al desarrollo.
4. Eliminar los actos de discriminación por motivos de edad.
5. Prohibir tratos crueles e inhumanos sobre las personas adultas privadas de la libertad.

El artículo 4 de la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores (en adelante CDPM) dispone que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar prácticas tales como asilamiento, sujeciones físicas prolongadas, hacinamiento, negación de nutrición, malos tratos y demás actos que atenten contra la integridad de la persona.

En Colombia el concepto de adulto mayor es reconocido y regulado en la constitución en el artículo 46 donde impone al Estado, la sociedad y la familia la obligación de asistir y proteger a las personas que se encuentran en la tercera edad. La ley 1251 de 2008 trae el concepto de adulto mayor y lo define como aquella persona que tiene 60 años o más. Actualmente en Colombia se encuentran recluidos alrededor de 5.700 adultos mayores, conforme a las cifras del instituto nacional penitenciario.

Si bien no hay una norma que expresamente señale obligaciones específicamente en favor de los adultos mayores privados de la libertad existe un conjunto de normas, y un desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana que imponen al Estado y a la sociedad obligaciones relacionadas con la población privada de la libertad y con el adulto mayor en general como sujeto de especial protección constitucional.

La población reclusa en Colombia hace parte de los sujetos de especial protección constitucional, por ende, existe a juicio de la corte Constitucional un contenido mínimo de obligaciones estatales frente a las personas privadas de la libertad, de '*imperativo cumplimiento*' independientemente de los crímenes cometidos por la persona o del grado del nivel de desarrollo socioeconómico del país.

Estas obligaciones tienen como fin la protección a la dignidad humana en un estado social y democrático de derecho de todas y cada una de las personas. Toda persona, sin importar cuál sea su condición, es igualmente digna a las demás y requiere una protección amplia de parte del Estado.

La Corte Constitucional ha reconocido en sentencia T-388 de 2013 los derechos concretos y específicos que hacen parte de ese conjunto de derechos fundamentales mínimos de toda persona privada de la libertad decantados por el comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los cuales son impostergables, de inmediato e imperativo cumplimiento:

(*i*) el derecho de los reclusos a ser ubicados en locales higiénicos y dignos,

(*ii*) el derecho de los reclusos a contar con instalaciones sanitarias adecuadas a sus necesidades y al decoro mínimo propio de su dignidad humana,

(*iii*) el derecho de los reclusos a recibir ropa digna para su vestido personal,

(*iv*) el derecho de los reclusos a tener una cama individual con su ropa de cama correspondiente en condiciones higiénicas, y

(*v*) el derecho de los reclusos a contar con alimentación y agua potable, suficiente y adecuada.

Sobre este particular el alto tribunal Consideró en sentencia T-581 de 2017 que uno de los aspectos que contribuyen a la protección de los derechos a la vida, a la salud y a la integridad de los reclusos es el suministro de una *alimentación adecuada y suficiente*, ya que la falta de víveres en la cantidad, calidad y valor nutricional pertinente no solo contribuye a que surjan enfermedades, sino que también debilita su sistema inmunológico, e incluso, en casos de ausencia total, podría considerarse como una modalidad de tortura o trato cruel, en contra de lo previsto en el Texto Superior y en los instrumentos internacionales de derechos humanos Respecto de los servicios de acueducto, alcantarillado y energía en esa misma sentencia el alto tribunal estimó qué: "tienen una incidencia trascendental en la población carcelaria, pues ellos son indispensables para que existan buenas condiciones de higiene, que haya suficiente agua para limpiar y preparar alimentos y que los reclusos puedan dedicar sus jornadas a actividades productivas que les generen conocimientos y destrezas como parte de su resocialización. La prestación de estos servicios también resulta necesaria para garantizar la seguridad y la convivencia pacífica dentro del recinto".

La Corte Constitucional determino que esta es otra de las obligaciones que tiene el Estado con miras a garantizar las condiciones mínimas de existencia de las personas privadas de la libertad, es asegurar el disfrute de su derecho a la salud. Sobre el particular, la Corte ha considerado que, como sucede con el agua, el citado derecho es un elemento esencial para preservar otras garantías fundamentales, como ocurre con la vida, la integridad personal y la dignidad humana, de ahí que su amparo se convierta en una obligación positiva de las autoridades penitenciarias frente a las personas condenadas o sindicadas por un delito, en virtud de la relación de especial sujeción que existe entre ambas.

La Corte ha recalcado que en la sentencia T 374 de 2019 que las personas privadas de la libertad por encontrarse bajo la guardia y vigilancia del Estado, automáticamente se imponen a este último responsabilidades relacionadas con la seguridad dentro de las cárceles, así como obligaciones relativas a las condiciones materiales de existencia y de reclusión.

Así mismo este tribunal ha reconocido el derecho a la comunicación del recluso con el mundo exterior, y en particular con sus familiares, está ligado a la protección constitucional

de la integridad de la familia, de la intimidad familiar y de la inviolabilidad de las comunicaciones. [206]

Todo este conjunto de derechos reconocidos en favor de la población carcelaria, son también los Derechos con los que cuentan los adultos mayores privados de la libertad y que con mayor razón deben ser garantizados por el Estado dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra este grupo de especial protección constitucional.

6.1 ¿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 libertad?

Teniendo en cuenta que movilidad y accesibilidad son cuestiones que giran alrededor de un mismo eje: la autonomía del ser humano[207], los Estados deberán asumir frente a este segmento de la población como mínimo cinco (5) obligaciones específicas:

1. Diseñar los entornos y espacios carcelarios bajo las normas técnicas que garanticen la accesibilidad universal.
2. Eliminar las barreras físicas que puedan llegar impedir a las personas mayores el disfrute de sus libertades y necesidades básicas, así como el acceso a las prerrogativas y beneficios carcelarios, en igualdad de condiciones que los demás.
3. Cuando las anteriores medidas no sean suficientes, adoptar, con carácter particular, los ajustes razonables que sean necesarios para asegurar el goce efectivo de los derechos de la población carcelaria adulta.
4. Implementar medidas de acción afirmativa para garantizar la inclusión y plena participación de las personas mayores en los asuntos que atañen a la comunidad.
5. Sancionar la denegación injustificada de ajustes razonables o medidas de acción afirmativa, o la imposición desproporcionada de dichas medidas[208].

El artículo 26[209] de la CDPM pone de relieve que la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural es un derecho humano, al igual que la movilidad personal. En esa misma línea, dispone que los Estados deberán tomar medidas para asegurar que las entidades públicas y privadas adopten criterios efectivos para detectar las barreras que impiden el acceso a los bienes y servicios.

En el panorama nacional para la cuestión en concreto, si bien no existe una norma expresa que consagre obligaciones expresas en materia de accesibilidad y movilidad para las personas adultos mayores recluidos, consideramos que resulta posible darle aplicación

[206] T 276 de 2017
[207] El principio de autorrealización está contemplado en el artículo 3 de la CDPM
[208] En virtud del artículo 4 de la CDPM, las medidas diferenciadoras deberán mantenerse solamente mientras se alcanza el objetivo propuesto y no podrán suponer el mantenimiento de derechos separados para grupos distintos.
[209] En una misma dirección apunta el artículo 9 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

analógica a la normativa sobre accesibilidad prevista para las personas en condición de discapacidad.

La ley 1618 de 2013 define la accesibilidad como: "condiciones y medidas pertinentes que deben cumplir las instalaciones y los servicios de información para adaptar el entorno, productos y servicios, así como los objetos, herramientas y utensilios, con el fin de asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones" definición que debe hacerse extensiva a las personas de la tercera edad.

Frente a la accesibilidad el Estado se ha obligado mediante la ley a garantizar el acceso de estas personas, en igualdad de condiciones, al entorno físico, al transporte, a la información y a las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, el espacio público, los bienes públicos, los lugares abiertos al público y los servicios públicos, tanto en zonas urbanas como rurales.[210]

La Corte Constitucional ha estableció en sentencia T-553 de 2011 que la *accesibilidad* constituye un puente para el disfrute de otras garantías constitucionales como la libertad de locomoción, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía como expresión de la dignidad humana, pues a través de la posibilidad de acceder a diferentes espacios físicos, el individuo puede elegir hacia dónde quiere dirigirse de manera autónoma y seguir el plan de vida que él mismo se ha trazado.

En consecuencia, de lo anterior resulta como una obligación clara e imperativa para el Estado colombiano con miras a garantizar los derechos de los adultos mayores privados de la libertad garantizar la accesibilidad en los diferentes complejos penitenciarios y evitar de esa manera la vulneración de los derechos de los reclusos de la tercera edad.

6.2 ¿Cuáles son las obligaciones estatales en materia de atención médica y psicológica a personas mayores privadas de la libertad?

En cuanto a atención médica y psicológica, el Estado debe asumir como mínimo las siguientes obligaciones:

1. Incluir dentro de los protocolos de atención en salud los principios de autonomía, justicia, beneficencia y no maleficencia.
2. Prohibir tratos degradantes.
3. Adoptar las medidas de apoyo que resulten pertinentes para que la persona, sin ninguna intermediación, pueda otorgar el consentimiento libre e informado.
4. Adjuntar a la historia clínica las directivas anticipadas de voluntad.
5. Promover en los establecimientos carcelarios hábitos de vida saludables.

El artículo 11 de la CDPM dispone que la persona tiene derecho a manifestar el consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud. Asimismo, que el Estado deberá adoptar las medidas necesarias (ajustes razonables) para que la persona efectivamente

[210] Artículo 14 ley 1618 de 2013

pueda expresar su voluntad, para lo cual, se exige, que la información que se brinda a la persona sobre el alcance del tratamiento médico o quirúrgico sea clara, accesible y adecuada a sus necesidades. De acuerdo con esta normatividad el derecho a otorgar el consentimiento implica la posibilidad de aceptar, negarse a recibir o interrumpir el tratamiento médico.

Dicho artículo debe ser interpretado a la luz de los principios de la Convención (Art. 3) y del artículo 30, el cual reconoce el derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad[211].

Es de anotar, que el artículo 22 de la CDPM establece que la persona adulta tiene derecho a acceder a los servicios de recreación, deporte y esparcimiento con el fin de mejorar su salud, calidad de vida y autorrealización.

En cuanto al derecho a la salud de las personas privadas de la libertad en Colombia, se debe resaltar amplio desarrollo dentro de la jurisprudencia nacional donde se resaltan las principales obligaciones que ahí se han reconocido en cabeza del Estado, en la Sentencia T-825 de 2010, la Corte Constitucional estableció que quienes están cumpliendo una pena de prisión, la garantía del derecho a la salud tiene tres ámbitos de protección. I) Dar atención integral y oportuna a las necesidades médicas del interno. II) Garantizar su integridad física en la cárcel. III) preservar las condiciones de higiene, salubridad y alimentación al interior del establecimiento.

En el ámbito de la satisfacción del derecho a la salud, la sentencia T-762 de 2015, se dispuso que la protección que se debe brindar por el Estado tiene que ser permanente y que la misma debe implicar la actuación coordinada entre los múltiples órganos intervinientes del Estado.

Aunado a lo anterior, se establecieron los parámetros que debía cumplir el Ministerio de Salud, al expedir la regulación técnica sobre la materia, entre los que se encuentran: la necesidad de exámenes integrales de ingreso sobre el estado de salud del interno, la prestación de servicios odontológicos por un profesional calificado, la oferta de servicios ginecológicos en establecimientos donde estén recluidas mujeres, la revisión diaria por médicos cuando un interno padezca enfermedades y la confidencialidad de las historias clínicas entre otros.

Por último, en lo referente a las instalaciones dispuestas para la atención en salud, el alto tribunal afirmó que el centro de reclusión debe contar con (i) una sala de espera protegida; (ii) una sala de tratamiento y entrevista; (iii) espacios de oficina y descanso para personal médico y (iv) un área de aislamiento.

---

[211] Este derecho ya había sido reconocido en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (Art. 12)

El cumplimiento de los ámbitos de protección del derecho a la salud en el caso de los adultos mayores privados de la libertad se intensifica pues son ellos quienes más los requieren dado que son una población que por su edad resulta más vulnerable a la contracción de enfermedades o el agravamiento de las preexistencias médicas, por ende, es deber del Estado garantizar el acceso a los servicios de salud de forma oportuna y con altos estándares de calidad.

6.3 ¿Cuáles son los deberes específicos de los Estados para garantizar a estas personas su plena reinserción social?

Los compromisos que asume el Estado para garantizar la plena reinserción social de la población carcelaria adulta son los siguientes:

1. Promover, dentro del centro carcelario, planes y programas de formación y capacitación que sean acordes a las necesidades y preferencias de las personas mayores.
2. Fomentar dentro del centro carcelario actividades lúdicas y deportivas que faciliten la interacción social, la salud física y mental, y el fortalecimiento del espíritu humano.
3. Velar por el fortalecimiento de los lazos familiares.
4. Implementar programas de empleo que permitan a las personas mayores que ya han recobrado su libertad integrarse nuevamente al sistema productivo y obtengan así un medio de subsistencia.
5. Crear cupos educativos en entidades oficiales o a través de convenios con instituciones privadas, para asegurar que las personas mayores que han recobrado su libertad, y que no cuentan con los recursos suficientes, puedan acceder al sistema de educación formal.

Resulta pertinente hacer mención a los artículos 8 y 18 de la CDPM. El artículo 8 establece que "la persona mayor tiene derecho a la participación, productiva plena y efectiva dentro de la familia, la comunidad y la sociedad para su integración en todas ellas". Por su parte, el artículo 18 dispone que los Estados deberán promover programas de formación y certificación de conocimiento a fin de garantizar mercados laborales más incluyentes.

En la legislación interna, es la corte constitucional en un papel activo quien ha reconocido la existencia de un deber relacionado con la finalidad del tratamiento penitenciario, consistente en procurar la resocialización del condenado, lo que implica para el Estado la obligación promover la participación de los internos en actividades, como la formación espiritual, la cultura, el deporte, la recreación, el trabajo y el estudio, algunas de las cuales permiten redimir el tiempo de la pena.

Sobre la importancia del trabajo penitenciario y las cargas para el Estado, en la Sentencia T-1303 de 2005 se dijo que:

> "En virtud del papel relevante que cumple el trabajo penitenciario en orden al logro de los fines de la pena, en particular la resocialización, y la materialización del derecho a la libertad, el sistema penitenciario radica en las autoridades

> penitenciarias unos deberes de acción y otros de omisión respecto de este derecho. En cuanto a lo primero, las mencionadas autoridades están obligadas a crear espacios que garanticen, promuevan y hagan posible el acceso a fuentes de trabajo de manera que se materialice el carácter imperativo del trabajo penitenciario (art.79 de la Ley 95 de 1993). En cuanto a lo segundo, se trata de un derecho frente al cual las autoridades penitenciarias se deben abstener de realizar actos vulneratorios. La protección que el propio régimen penitenciario prodiga a este derecho de los reclusos inhibe a las autoridades penitenciarias para aplicar a su arbitrio y de manera discrecional mecanismos como la cancelación de órdenes de trabajo como respuesta retaliativa a comportamientos de los reclusos que consideren impropios. (…)".

Todo lo anterior permite evidenciar que la resocialización como fin de la pena y como política pública es una obligación expresa en cabeza del Estado que reivindica los derechos fundamentales de los reclusos, y el contenido de dicha obligación ha sido ampliamente especificado por el tribunal constitucional, sin que este haya sido atendido a cabalidad por los órganos del Estado tal y como lo demuestra el Estado de cosas inconstitucionales en las que se mantiene el sistema penitenciario y carcelario de Colombia.

Antes de pasar al último tema queremos detenernos en el tema de los detenidos(as) con necesidades psicológicas y psiquiátricas.

6.5 Personas privadas de libertad con necesidades psiquiátricas

Garantizar la salud mental como derecho fundamental y generar trato diferencial.
Recordar que las necesidades psiquiátricas van a ser diferenciales y dependen de distintos tipos de diagnósticos, nivel de funcionalidad, riesgos, tipo de tratamiento requerido, género y edad; así como de otros aspectos relacionados con el enfoque diferencial. Y en cualquier caso debe basarse en enfoques de derechos.

Dentro de las posibles obligaciones del Estado como tal, la primera es una consideración de que el derecho a la salud no se debe ver afectado por las dinámicas del sector justicia y los procedimientos relacionados con la detención mencionada, o sea con la restricción de la libertad.

En relación con las necesidades psiquiátricas habría tres grandes poblaciones:

- Las que tiene antecedentes de trastornos mentales previos a la detención
- Las que puede desarrollar trastornos mentales durante la detención
- Aquella población considerada inimputable como una población definida dentro de las doctrinas jurídicas en relación con los trastornos o alteraciones mentales que hayan incidido de alguna manera, y dictaminado por perito, sobre la comisión de un delito.

Hay que recordar que las necesidades psiquiátricas son diferenciales y deben tenerse en cuenta el tipo de diagnóstico, los riesgos implícitos, la funcionalidad del paciente, la edad y

el género, y otros elementos de enfoque diferencial que puedan resultad pertinentes para su abordaje.

Consideramos que en la primera población debe ser definida y protocolizada la posibilidad de detectar con algún procedimiento clínico que puede ser realizado por profesional médico o de salud mental, estas necesidades psiquiátricas que, en la práctica, correspondería a establecer objetivamente una vulnerabilidad o antecedente en salud mental o la presencia o antecedente de algún trastorno identificable.

Si esto lleva a establecer esta condición la persona debe ser atendida de manera inmediata por profesional de salud mental para establecer más detalles e indicar un manejo especializado si lo requiere, así como unas recomendaciones en el manejo de la detención.

Esto requiere a su vez que el personal encargado de los procedimientos judiciales y de la detención y custodia de la persona tenga una capacitación mínima en temas relacionados con salud mental y que haya (no solo para esta población sino para cualquier población) un manejo amigable y un buen trato desde el comienzo.
Debe proscribirse y sancionarse institucionalmente que una condición de salud no sea detectada y tratada oportunamente por los operadores de la justicia; así como cualquier trato discriminatorio y cualquier tipo de violencia.

Deben considerarse también la necesidad de una comunicación asertiva, precisa y clara de los operadores de justicia o la policía sin agresiones ni intimidaciones que permita que la persona, en el caso de tener un trastorno mental grave previo pueda comprender bien su situación.

Debe establecerse si necesita una condición de internamiento, detención o algún cuidado especial, sobre todo por riesgos de auto o hetero agresiones derivadas de una condición de salud mental que pueda agudizarse por la experiencia de la detención.

Debe garantizarse la presencia de un familiar o un tutor ante la detección de un antecedente de salud mental importante para mediar la comunicación y disminuir el impacto del procedimiento.

Debe garantizarse también que haya cuidado del grupo en el que se incorpore, o preferiblemente garantizar alguna condición de aislamiento el cuidado de sí, en el caso de tener dificultades para interacciones, sobre todo en contexto carcelario en el que puede convertirse (dependiendo del trastorno) en objeto de abusos o agresiones por parte de otro(a)s interno(a)s.

Si la detención es permanente la persona debe ser puesta bajo tutela médica en condiciones especiales para personas con trastornos mentales y proveer el tratamiento indicado por un especialista y el cuidado de enfermería según el caso.

Debe producirse un abordaje en principio interdisciplinar y contar con la asesoría en su caso o proceso judicial; así como un concepto que oriente a los jueces, fiscales,

defensores sobre la condición de salud mental de la persona, el tipo de riesgos, los cuidados que debe tener.

El ambiente de la detención para esta población y cualquier otra debe cumplir con unos estándares mínimos de espacio, sanidad, calidez, alimentación, hidratación, medicación si la necesita, atención psicoterapéutica, entretenimiento, entre otros. Trato amable y los cuidadores deben cumplir protocolos de comunicación y buen trato orientados por relaciones que sean promotoras del vínculo sano.

En el caso de la población que adquiere una necesidad psiquiátrica o desarrolla un trastorno mental en el ámbito de la detención o en el ámbito carcelario solo habría que agregar que las anteriores indicaciones se harían necesarias para esta persona una vez se detecta o sospecha un trastorno mental particular.

Esto solo es posible si se tiene el personal de guardia y custodia capacitado y sensibilizado a estas circunstancias o condiciones y si se cuenta con un equipo de salud y salud mental que pueda generar un diagnóstico oportuno y certero de la condición de salud mental que se está expresando.

De manera inmediata debe considerarse la consulta especializada para indicar tratamiento (farmacológico o psicoterapéutico) y considerar su caso para un manejo especial en servicio de enfermería. Es importante en los dos casos poder identificar el diagnóstico, la funcionalidad del paciente, comorbilidades y los riesgos presentes (incluido el riesgo suicida). Esto debe llevar a seguir estrictamente unos protocolos, rutas de atención, medidas especiales que protejan la salud mental de las personas del caso y sobre todo que mitiguen los estresores propios del ambiente carcelario o de detención y tengan en cuenta su condición de salud y vulnerabilidad.

Siempre se debe contar de manera inmediata con algún familiar e informar a los encargados de los procesos judiciales y al juez que tenga el caso para ordenar las medidas especiales de protección que requiera.

En todos los estamentos carcelarios, de detención y de servicios judiciales deben hacerse campañas de detección, promoción y prevención en temas de salud mental, no solo para los procesados o internos sino para todo el personal.

La población inimputable tiene un manejo particular que está definido en las legislaciones y normativas relacionadas con la inimputabilidad por trastorno mental.

Sin embargo, las medidas previamente señaladas pueden ser aplicadas en este caso, salvo que estas personas tienen por obligación que tener su detención y reclusión en una institución no carcelaria sino clínica y atendido primordialmente por equipos interdisciplinarios de salud mental.

Una segunda pregunta es la siguiente: ¿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 **con necesidades psiquiátricas** privadas de libertad?

En relación con las necesidades psiquiátricas detectadas o establecidas, y con la evolución de los cuadros clínicos, las personas con problemáticas o trastornos de salud mental deben ser tratados como poblaciones diferenciales con una vulnerabilidad particular que deberá ser evaluada y considerada para los planes de trabajo dentro del sistema carcelario.

Además de los cuidados señalados anteriormente debe garantizarse que no habrá ningún grado de discriminación, exclusión, o mal trato por su condición. Y que, al contrario, deberán darse medidas de discriminación positiva y equilibrio de oportunidades para que pueda tener acceso a todos los servicios de rehabilitación que haya disponibles en el proceso. Adicionalmente se deberá contar con asesoría e indicaciones de equipos de salud mental y rehabilitación para acompañar su reclusión evitando exponerle a situaciones que puedan afectar su salud mental o que no aporten a la conservación y optimización de sus capacidades.

En cuanto movilidad personal y accesibilidad dentro de los centros de detención, debe entenderse que, tanto los pacientes o personas con problemáticas de salud mental como la población en general, en ambientes de detención o carcelarios están sometidos por la misma situación a un alto nivel de estrés, frustración, ansiedad, depresión, temor ocasionado por el encierro y la pérdida de libertad y la incertidumbre frente a su inmediato futuro. En este sentido no tendrán por qué darse restricciones de la movilidad al interior de la institución ni exclusión de ninguna de las rutinas o actividades propias de estos centros. Sin embargo, debe cuidarse siempre que los lugares sean seguros en términos de no configurarse en fuentes de estrés psicosocial adicional y en evitar espacios, objetos, dinámicas grupales, que inciten la impulsividad, la pérdida de control, la auto o la hetero agresión condicionada por la combinación entre un estrés intenso y la vulnerabilidad de salud mental.

Por otra parte, vale la pena reflexionar sobre ¿Cuáles son las obligaciones estatales en materia de atención médica y psicológica a personas con **necesidades psiquiátricas** privadas de la libertad? En particular, ¿qué deberes tiene el Estado respecto de cuidados paliativos que puedan requerir estas personas?

Los cuidados paliativos como tal se refieren a aquellos que se provén a personas en situaciones extremas de enfermedad, cronicidad, discapacidad o cercanía a la muerte. En general los cuidados paliativos como otro tipo de servicios de salud en Colombia, si bien están reglados y hacen parte de los planes de beneficios dentro del sistema, terminan dependiendo en su calidad, acceso e integralidad, de la oferta de paquetes de atención de los distintos prestadores de servicios.

La función del Estado es la garantía del derecho a la salud para cualquier ciudadano sin ninguna restricción, aún con un mayor compromiso en la medida que la persona se encuentre bajo la tutela del Estado mismo, como es el caso de encontrarse en detención o reclusión, y aún más si se trata de una población vulnerable como aquella que tiene necesidades psiquiátricas por sus condiciones de salud mental. Sin embargo, el sistema derivado de la ley 100 prevé que los operadores de la salud o los prestadores (EPS-IPS) estructuren una red de servicios y el Estado debe velar porque esos servicios se den dentro de ciertos estándares de calidad, estructura, acceso, oportunidad. Para esto el Estado

desarrolla un sistema de vigilancia y control de estos servicios, sea el caso de los paliativos, para la población en cuestión.

Finalmente, ¿Qué medidas deben adoptar los Estados para asegurar que las personas **con necesidades psiquiátricas** privadas de la libertad tengan contacto exterior con su familia?

Las personas con necesidades psiquiátricas deben ser atendidas por un equipo interdisciplinario que debe incluir intervenciones de tipo terapéutico con la familia como uno de los servicios necesarios dentro de una atención integral.

Adicionalmente las personas con necesidades psiquiátricas pueden tener algunas limitaciones para comprender las situaciones o para manejar sus emociones, lo que hace pensar que de manera inmediata debe ser puesto en contacto con su familia o con personas de referencia afectiva.

Se deberá hacer una evaluación de profesionales en salud mental que conceptúen e indiquen sobre la forma como las personas deben ponerse en contacto con su familia. Debe además hacerse un esfuerzo adicional institucional para que se propicien y se den encuentros o reencuentros de las personas con necesidades psiquiátricas con sus familias cuando ha habido separación por cuenta de los procesos judiciales.

7. Niños y niñas en compañía de sus madres privadas de la libertad

7.1 Consideración Inicial

Bajo ninguna circunstancia un niño o niña menor de tres años puede ser destinatario de alguno de los objetivos o fines de la pena estatal, aunque se encuentre en situación de limitación de la libertad en centro carcelario porque su madre esté reducida al cumplimiento de una sanción privativa de la libertad. Tampoco un niño o niña con tales características puede vincularse en manera alguna con los fines estatales de la privación preventiva del mencionado derecho fundamental. En similar sentido, si bien el régimen de privación preventiva de infancia y adolescencia, como la privación en centro especializado en virtud de la sanción, puede tener efectos diversos y pretende ser social e individualmente beneficioso para la madre adolescente, tales efectos no pueden ser nocivos para el niño o niña cuya madre se encuentre afectada en su libertad.

La permanencia del menor en cualquier centro de privación de la libertad se explica única y exclusivamente en virtud de la necesidad de evitar un mayor perjuicio a su desarrollo inicial y, por ende, la proximidad con la madre aconseja la ubicación del hijo o hija con ella por un tiempo limitado, en el que los infantes serán beneficiados de todos los cuidados esenciales idóneos para ese momento de su vida, por medio del cumplimiento de concretas obligaciones estatales que buscan evitar traumatismos en cualquier esfera vital del niño o niña.

Para reconocer dichas obligaciones estatales concurrentes en esta situación debe tenerse en cuenta que, si bien las cárceles por lo general muestran un alto porcentaje de internos de sexo masculino, se presenta igualmente un porcentaje de personas privadas de su libertad

que corresponde a mujeres[212]. Muchas de estas, antes o durante el encarcelamiento se ven enfrentadas a la maternidad[213] que puede ser ejercida en el centro penitenciario siempre que la situación de la madre así lo exija o permita. Lo anterior requiere un trato diferenciado frente a la especial situación psicológica, de salud ante la presencia de un sujeto de especial protección como es el recién nacido, el lactante y el niño o niña en la primera infancia.

Para analizar esta problemática, debe tenerse presente que investigaciones independientes revelan que en Colombia aproximadamente el 65% de las mujeres en prisión se encuentran en etapa reproductiva[214], lo que tiene por efecto una alta probabilidad del surgimiento de la maternidad en situación de detención, especialmente si se considera la ineficacia del sistema de justicia, los altos índices de congestión judicial y el populismo punitivo tendiente, no solo al aumento de los delitos y las penas, sino también a la aplicación de la pena privativa de la libertad como *prima ratio*.

Ante esa realidad, que no se muestra muy diferente en el resto de Suramérica, existe una alta probabilidad de que la mujer pueda permanecer en el lugar de detención en estado de gravidez, como madre lactante o durante los tres primeros años de vida de su hija o hijo, esto dependiendo de diversas legislaciones que, usualmente, aceptan la permanencia de los hijos o hijas de las reclusas en centros de detención en una edad que va de los dieciocho meses a los tres años como máximo, en el caso de Colombia, pero que puede variar. Esto en una muy difícil decisión de política carcelaria, dado que una permanencia extendida del niño en el centro de reclusión puede producir efectos indeseados en la formación de la niña o niño, cuyo interés superior debe ser el criterio orientador de cualquier decisión a este propósito[215].

---

[212] Según datos de la Procuraduría General de la Nación, para 2020 Colombia muestra un total de 117.620 personas en establecimientos de reclusión, de los cuales 8.132 son mujeres, esto según el INPEC, entidad encargada de la vigilancia y administración de cárceles, excepto de los centros de internamiento de infancia y adolescencia https://www.inpec.gov.co/estadisticas-/tableros-estadisticos. Un análisis de estas cifras se encuentra en: "*Documento de vigilancia a los derechos de las madres gestantes y lactantes, niños y niñas hasta los 3 años de edad en establecimientos de reclusión procuraduría delegada para la defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia, la familia y las mujeres".* Es de anotar que la Procuraduría general de la nación es una institución que constitucionalmente tiene asignadas las funciones de vigilar el cumplimiento de la constitución y la ley, proteger y velar por los derechos humanos, defender los intereses de la sociedad, la defensa de los intereses colectivos en especial el medio ambiente y el cumplimiento de las funciones administrativas en todo es el país. Esto para diferenciarla de la Fiscalía General de la Nación, que es la entidad que tiene a su cargo la persecución penal ante los jueces por la comisión de delitos.

[213] El número de menores en reclusión varía constantemente y las cifras oficiales no son lo suficientemente claras, al tiempo que solo se tiene acceso al INPEC, de donde se puede deducir que se mantiene una cifra cercana a los cien niños menores de 3 años en centros carcelarios.

[214] A.L. SÁNCHEZ-MEJÍA, L. RODRÍGUEZ CELY, G. FONDEVILA y J. MORAD ACERO, *Mujeres y prisión en Colombia, Desafíos para la política criminal desde un enfoque de género*, (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; Comité Internacional de la Cruz Roja; Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2018), 39.

[215] Es claro que las prisiones no ofrecen un ambiente adecuado de desarrollo a los niños y niñas, al tiempo que la separación forzada de sus madres es indeseable y, en todo caso, no debe ser la primera opción en función de los derechos consagrados, entre otros, en la Convención sobre Derechos del Niño. Cfr. Entre otros, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Korneykova and Korneykov v. Ukraine*, 2016, § 129; *X v. Latvia* [GC], 2013, § 95.

A la anterior problemática se une el que existan casos de una doble situación especial, como es el de las madres menores de dieciocho años, pero mayores de catorce, que se encuentran en situación de detención en centro especializado, tanto por una medida preventiva, como por ser responsables de una conducta delictiva y, por ende, en situación de internamiento como sanción dentro del sistema penal de infancia y adolescencia. La problemática asistencial y de recursos se hace aún más intensa en este evento, dado que el sistema penal de responsabilidad propio de infancia y adolescencia enfoca sus fines hacia una particular forma de sanción que está centrada en la joven infractora que no se desenvuelve en un sistema en el que se haya previsto la maternidad como una de las situaciones a afrontar.

Si bien se busca que la madre y su hijo o hija se encuentren juntos para el mejor desarrollo de estos, algunos aspectos se muestran ambiguos en las medidas adoptadas por el Estado pues la simple cercanía de la madre no garantiza el amplio margen de necesidades propias de la reciente maternidad durante ese momento crucial de la existencia de todo ser humano. Por ello, emerge la obligación el Estado de proveer todo lo necesario tanto a la madre como al hijo o hija, constituyéndose este aspecto en un reto económico y organizativo de las políticas carcelarias, pues a los recién nacidos no solamente se les debe garantizar la proximidad familiar, sino que su especial cuidado involucra además salud, nutrición, integración comunitaria, educación, recreación y el velar por que el ambiente del centro sea lo menos lesivo y traumático para quien se ve en la obligación coyuntural de permanecer en un centro carcelario o de internamiento cuando no ha tenido ningún acto reprochable ante la sociedad. Adicionalmente, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella comporta que la proximidad familiar se deba garantizar no solo en relación con la madre, sino también en relación con su padre –para garantizar la biparentalidad y el ejercicio responsable de la paternidad– y con los parientes de ambos progenitores.

Es por tal razón que durante el tiempo que la madre y el hijo o hija se encuentran a disposición del Estado deberán ser cobijadas del mejor escenario jurídico, físico, de salud, recreación y socioafectividad posibles para el desarrollo de los primeros momentos de vida común, esto más allá de si el lugar de reclusión es el domicilio[216], el centro carcelario, o el centro de internamiento de infancia y adolescencia. Ello no puede hacer perder de vista que cada momento de vida en esa etapa debe estar basado en una articulación de actos encaminados a hacer surgir la mejor condición de la madre y su hijo o hija, en el entendido de que en términos generales el bien de la madre es el de la hija o hijo y viceversa.

De todo lo expuesto se puede llegar a la conclusión de que la protección de los niños niñas y adolescentes no emerge al momento en que la madre es puesta en prisión y se encuentra vinculada a uno o varios hijos o hijas, sino que los deberes de garantizar el conjunto de derechos de ambos sujetos, basados en la situación de interdependencia inicial, debe

[216] Un documento oficial, preparado por el Programa de Atención a la Primera Infancia, De 0 a 5iempre del Gobierno colombiano reveló que la presencia de la madre en su lugar de domicilio en realidad no era por sí misma beneficiosa para su maternidad, teniendo en cuenta que, ante la difícil situación económica, la permanencia en el lugar de residencia estaba muy lejos de solucionar las carencias asistenciales para sobrellevar las últimas etapas del embarazo y los primeros días de vida del menor: *Análisis de la situación en que viven las mujeres gestantes, lactantes con sus niños y niñas en centros de reclusión en Colombia*, (Bogotá: Gobierno de Colombia, 2014), 40.

extenderse a antes del nacimiento, durante la etapa que se permita la permanencia de hijos e hijas en prisión, y de allí las obligaciones dentro de un plazo mínimo razonable posterior a la separación de ambas personas, puesto que a la segregación puede ocurrir que el niño sea recibido en un ambiente inconveniente para su desarrollo. De igual manera, este problema debe valorarse también en relación con el estado del proceso de investigación, juzgamiento y sanción penal. Así las cosas, las obligaciones del Estado en relación con el enfoque diferencial etario se predican de todas las etapas procesales y no solo del momento de ejecución de la pena.

Finalmente, encontramos que en la primera infancia puede ocasionarse una seria afectación de los niños y niñas, ante la privación de la libertad de su madre por parte del Estado, sobre todo en caso de que ella sea la única responsable del cuidado e incluso de su manutención, tal como ocurre en Colombia en donde un porcentaje alto de las situaciones de detención de mujeres afecta a madres cabeza de familia, como también a madres que son las únicas cuidadoras de sus hijas e hijos[217]. A este escenario conviene sumar la proliferación de estereotipos que producen una feminización del cuidado, presentes tanto en la sociedad como en las decisiones de política pública, judiciales y de tipo administrativo, con lo cual se excluye a priori a los hombres del ejercicio de labores de cuidado y se les desresponsabiliza de la crianza.

Desde ya es necesario anotar la necesidad de que los Estados configuren las políticas públicas de manera que estén orientadas a la toma de decisiones a partir de un criterio de interseccionalidad de los enfoques diferenciales, de manera que se pueda hacer frente efectivo a las violaciones de derechos humanos con un criterio de integralidad. En particular, debe atenderse a la necesidad de combatir eventuales agregaciones de vulnerabilidad, en particular, se destacan las condiciones de: *género* (en relación con las mujeres, pero también con la población LGBTIQ+; y, en el caso de las mujeres, el enfoque diferencial no puede estar orientado de manera exclusiva a la condición de mujer-madre, mujer-gestante, sino que debe considerarse también a la mujer en cuanto tal), *edad* (niños, niñas, adolescentes y adultos mayores), *etnia*, *origen nacional o condición de migrante* (especialmente dada la fuerte presión migratoria a lo largo del continente), *condición de discapacidad física o psíquica*, *condición de víctima de violencia*.

Adicionalmente, es necesario atender a la condición de pobreza que encuentra una relación directa con las vulnerabilidades ligadas a la maternidad[218], para evitar "una prisionización en masa de la pobreza, generada por una degeneración clasista de la justicia penal y sostenida por una ideología de la exclusión que criminaliza a los pobres, los marginales, o peor aún, a los que son considerados 'diferentes' –el extranjero, el islámico, el inmigrante

---

[217] El informe de A.L. SÁNCHEZ-MEJÍA, L. RODRÍGUEZ CELY, G. FONDEVILA y J. MORAD ACERO, *Mujeres y prisión en Colombia*, 45, muestra como el 75% de las madres eran cabeza de familia y un 54 % correspondían a madres que ejercían como única responsable en el hogar.

[218] Según A.L. SÁNCHEZ-MEJÍA, L. RODRÍGUEZ CELY, G. FONDEVILA y J. MORAD ACERO, *Mujeres y prisión en Colombia*, 49, "las mujeres son más proclives a estar en situación de pobreza, lo que se agudiza en hogares con mayor presencia de niños". Cfr. N. GHERARDI, "Acceso a la justicia y servicios jurídicos gratuitos en experiencias comparadas", en H. Birgin y B. Kohen (comp.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas* (Buenos Aires: Biblos, 2006), 129-175.

clandestino– bajo la insignia de una antropología racista de la desigualdad"[219]. En ese sentido se recomienda instituir la obligación para los Estados de aplicar el análisis interseccional en todos los niveles de decisión y en todas las ramas del poder público, no limitando la valoración a un enfoque diferencial determinado, sino como la obligación de considerar de manera conjunta todas las categorías diferenciales pertinentes "para entender las necesidades y las capacidades de las personas"[220].
De las anteriores situaciones podemos identificar tres grandes grupos en los que se identifican obligaciones concretas del Estado, sobre los que en adelante se harán algunas consideraciones.

7.2 Deberes estatales anteriores al nacimiento de una niña o niño en situación de privación de la libertad de su madre

7.2.1 Mujeres que resultan embarazadas mientras se encuentran en situación de detención o son privadas de su libertad en gestación

En el ingreso de una mujer con posibilidad inminente de maternidad, podrían identificarse dos situaciones que deben analizarse desde una perspectiva diferenciada en relación con la posible llegada de un niño o niña al internamiento carcelario:

I. Aquellos eventos en los que la mujer en desarrollo de su gestación entra en situación de privación de la libertad en centro carcelario, ocasionando con ello un riesgo especial para el embarazo y, por ende, para el recién nacido.
II. En un segundo supuesto, se parte del hecho de que la mujer, a pesar de estar en situación de privación de la libertad, no ve cercenados sus derechos sexuales y reproductivos. Como efecto de lo anterior las diferentes legislaciones permiten las visitas conyugales de quienes están privados de la libertad. En desarrollo de esa activad sexual la mujer puede quedar en embarazo, pues si bien el Estado se encuentra en el deber de invitar a la mujer a planificación o a evitar embarazos no deseados y a suministrar preservativos o cualquier método idóneo y digno para la planificación familiar, no puede compeler u obligar a la mujer o su pareja a no quedar embarazada ni mucho menos a abortar.

De estas dos situaciones surge que, ante la gravidez, deberá el Estado por medio de su sistema carcelario asumir la atención de salud de la embarazada en detención y es lo más recomendable que a partir de ese momento se inicie la protección del que está por nacer, pues al estar en situación de privación de la libertad, no es una especulación sostener que podrían surgir riesgos adicionales a los de un embarazo normal.

---

[219] L. FERRAJOLI, "La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública", en *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*, (Buenos Aires: Ministerio Público de la Defensa, 2008), 79.
[220] MAX PLANCK FOUNDATION FOR INTERNATIONAL PEACE AND THE RULE OF LAW y UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS, *Enfoque diferencial e interseccional*, (Bogotá: 2017), 18.

Igualmente, la protección del niño que se espera nazca en reclusión obliga a brindar la atención en salud en varios frentes dentro de los que puede identificarse la asistencia médica en obstetricia, ginecología y nutrición, así como lo relacionado con el apoyo sicológico de la madre[221], entre otras cosas para determinar situaciones de consumo de sustancias estupefacientes o alcohólicas durante el embarazo, hecho que puede poner en peligro el desarrollo, la salud o la vida del niño o niña e implicaría la imposibilidad de que el recién nacido permanezca en el centro de reclusión por la adicción de la madre, debiéndose analizar las diferentes opciones de custodia y cuidado en estos eventos.

De estas situaciones se pueden concretar algunas obligaciones del Estado:

a. Al momento de la detención de una mujer en edad reproductiva, en aplicación del enfoque diferencial de género, se debe indagar por parte de las autoridades encargadas de los procedimientos sobre su situación de maternidad, así como sobre los niños o niñas que puedan estar bajo su cuidado y que afronten riesgo a su vida o salud ante la situación de detención de su cuidadora. Estas previsiones deberán ser incorporadas a las declaraciones mínimas a cumplir al momento de la detención de mujeres por la comisión de delitos de forma independiente a los motivos de la privación de la libertad.

b. En relación con la anterior, los Estados deben establecer protocolos de reacción en estos casos, para determinar si es necesario que las autoridades acudan a la vivienda o lugar de estadía de los niños o niñas en riesgo para procurar la asignación de su cuidado al padre, a miembros de la familia extensa o, en caso de madres lactantes, la posibilidad de reunirlos para garantizar la lactancia. Esto comporta que las entidades encargadas de la custodia de la madre deban contar con espacios adecuados para los niños y niñas durante el tiempo en el que deba esperar la determinación de la situación jurídica de la madre, en condiciones de respeto de la dignidad humana y con la exigencia de las garantías mínimas de salubridad[222].

c. También en relación con estas obligaciones, los Estados deben establecer un esquema de formación, capacitación y actualización de los funcionarios que intervienen en el proceso de captura, investigación y juzgamiento de las conductas punibles, así como de aquellos que hacen parte del sistema penitenciario y carcelario, de manera que se garantice que la toma de decisiones estará fundamentada en las obligaciones de respeto de las garantías y derechos fundamentales, incluida la obligación de aplicar los enfoques diferenciales y de considerar el impacto diferenciado de dichas decisiones en virtud de condiciones específicas de

[221] Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Korneykova and Korneykov v. Ukraine*, 2016, § 131.
[222] Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Popov v. France*, 2012, §§ 92-103; *R.M. and Others v. France*, 2016, §§ 72-76; *A.B. and Others v. France*, 2016, §§ 111-115; *A.M. and Others v. France*, 2016, §§ 48-53; *R.K. and Others v. France*, 2016, §§ 68-72 y *R.C. and V.C. v. France*, 2016, §§ 36-40. Todos referidos a detenciones de corto tiempo (entre siete y quince días) de niños y niñas entre los cuatro meses y los cuatro años de edad.

vulnerabilidad que, por la composición de los órganos del Estado, pueden conducir a la aplicación sesgada de las normas[223].

d. El estado de embarazo de una mujer durante el encarcelamiento deberá estar acompañado de algunos procedimientos mínimos exigibles al sistema carcelario, no solo enfocados a la mujer en estado de gestación como sujeto de especial protección sino bajo el entendido que la vida que está por llegar estará a cargo del Estado en muchas de las esferas de su ciclo vital inicial, por ello, el seguimiento de ginecología y obstetricia de la gestante será un imperativo para el Estado. Igualmente deberá mantenerse al margen de cualquier trabajo, actividad o situación que presente riesgo para el embarazo y, por ende, para el futuro hijo o hija.

e. Un componente muy importante de las obligaciones estatales consiste en hacer un diagnóstico efectivo, rápido y fundamentado en torno a determinar si, no obstante, la unión de la madre con el recién nacido es fundamental para su desarrollo y salud, las condiciones y conductas de la madre durante el embarazo pueden poner en riesgo la salud del que está por nacer y, por tanto, aconsejan la separación de madre e hijo. Pero independiente de esta situación, el sistema estatal deberá estar suficientemente informado para establecer casos como la instrumentalización del hijo o hija por parte de la madre, el consumo de estupefacientes o bebidas alcohólicas que afecten la salud física o psicológica como sería el rechazo de la madre a los mismos. El criterio orientador debe ser evitar cualquier conducta que pueda traducirse o provocar un daño a la salud del que está por nacer o del niño o niña.

7.3 Las Obligaciones Estatales en relación con la permanencia de la niña o niño durante su permanencia en centro carcelario.

7.3.1 Permanencia del infante en prisión

El que un niño o niña desde su nacimiento hasta los tres años de edad permanezca en un centro de reclusión, aunque sea al lado de su madre, no es la situación óptima para su desarrollo, ello obliga a que necesariamente la garantía de que el recién nacido reciba todos aquellos elementos que se hacen necesarios para un desarrollo armónico de sus esferas vitales. Salud, recreación propia de su edad, formación socioafectiva y, en general, todos los aspectos que un niño en los albores de la primera infancia exige para su desarrollo deberán ser garantizados por parte del sistema carcelario.

[223] Llama la atención la imposibilidad de acceder a datos oficiales desagregados por género que permitan comprender si en la gestión de los recursos humanos, las entidades involucradas en el proceso de captura, investigación y juzgamiento de las conductas punibles y aquellas del sistema penitenciario y carcelario cuentan con un personal conformado en respeto de la equidad de género y la diversidad propia de las naciones latinoamericanas. En ese sentido, es recomendable que la perspectiva de género se concrete ya desde la contratación del personal para garantizar la consideración de las necesidades específicas de las mujeres y madres.

En Colombia, por medio de la ley 1804 de 2016, se ha desarrollado un conjunto de requerimientos para que las autoridades públicas cumplan a cabalidad con un desarrollo mínimo de la primera infancia.

Si bien estas exigencias a nivel legal son importantes para brindar más y mejor seguridad al tratamiento de los niños y niñas en los primeros años de vida, no es menos cierto que la normatividad parte de ciertas condiciones de acceso a médicos, alimentos y locaciones óptimas para los niños y niñas que no están disponibles en un centro carcelario. No es menos cierto que esta clase de disposiciones se quedan en la intención y en la expresión de que el Estado "acompañará" y hará seguimiento a los procedimientos, pero no se ha estructurado un conjunto de reglas mínimas que más allá del *soft law*, de normas como las reglas de BANGKOK, concreten de forma específica y exigible situaciones como –y esto a título de ejemplo– el número de pediatras disponibles por número de niños y niñas en el centro para los controles y emergencias. En esa misma línea ejemplificativa, tener concretos aspectos como la obligatoriedad y disponibilidad de datos provenientes de los protocolos de crecimiento, vacunación y en general todos los elementos mínimos para la atención en esa etapa de la primera infancia. Se trataría entonces de erradicar las cláusulas generales y de buenas intenciones, para establecer reglamentos concretos, exigibles y accesibles a las autoridades carcelarias y de conocimiento de las madres y padres si están al tanto de la atención de sus hijas o hijos.

Adicional a lo anterior, desde el punto de vista psicológico, el internamiento deberá ofrecer instalaciones compatibles con la primera infancia como también los elementos de recreación y formación socioafectiva exigibles a todo recién nacido en condiciones aceptables de acuerdo con los estándares profesionales.

Igualmente, en los centros en donde permanezcan los niños y niñas deberán tener un mínimo de profesionales de distintas disciplinas que estén calificados para la dirección de las actividades que correspondan mientras sus madres no están disponibles en el centro de atención.

Finalmente, el personal encargado de los lugares en donde se encuentren recluidas madres próximas a dar a luz o que convivan con sus hijos, en lo posible deberán ser personas que tengan una capacidad y sensibilidad especial en relación con la niñez y maternidad, de tal manera que, si bien ejercen control y disciplina, ofrecen seguridad y capacidad de respuesta ante cualquier eventualidad en que haya peligros o riesgos a los niños y niñas de tres años.

Lo anterior lleva consigo que el régimen disciplinario aplicable a las mujeres que conviven con sus hijas o hijos menores deberá evitar a toda costa que las posibles sanciones aplicables a la madre se transmitan al niño a su cargo o que afecten el desarrollo o bienestar de la niña o niño. En el mismo sentido, la imposición de la disciplina debe garantizar el respeto del debido proceso y la transparencia para evitar el abuso y la instrumentalización de la relación filial para generar control social basado en la amenaza de separación.

El Estado, en desarrollo de una política carcelaria que afecte en menor medida a los niños y niñas que deben permanecer en centros de reclusión con sus madres, deberá analizar la posibilidad de que el trabajo materno de cuidado en el centro de reclusión sea tenido como

parte del trabajo que se autoriza para los descuentos punitivos[224], incluso extendiendo el valor que este tiene sobre la reducción la sanción penal frente al que desarrollan otros internos o internas. Este último aspecto, deberá tener como contrapartida, el análisis detallado de la condición de la madre para determinar que nunca se instrumentalice al hijo o hija con el fin de obtener beneficios y descuentos. Tal como ocurre con todo trabajo en situación de detención, el ejercicio de la maternidad deberá ser reconocido aun en el caso de que la madre se encuentre en prisión domiciliaria. El fundamento de este reconocimiento está en el valor de la contribución de los trabajos vinculados al cuidado en el desarrollo económico y social de los países, con impacto directo en su Producto Interno Bruto. A este respecto sería contrario a la igualdad no considerarlo en este contexto en función de la situación de privación de la libertad de la mujer.

La actividad materna de descuento de pena por ejercicio de la maternidad y de los trabajos de cuidado deberá estar acompañada de una etapa previa de capacitación evaluable y ser objeto de medición por los profesionales del centro y, por ende, cualquier actividad por acción u omisión, de parte de la madre, que sea incompatible con el ejercicio de la maternidad responsable hará perder el beneficio de redención bajo el entendido de que debe ser un esquema de beneficios pensado para el mejor desarrollo de los hijos e hijas de las mujeres recluidas.

El Estado deberá analizar, según sus esquemas y disponibilidad, la posibilidad de extender el trabajo con los hijos e hijas de personas recluidas a los padres, de tal manera que con los mismos requisitos pudieran complementar la formación y educación, así como el fortalecimiento de los lazos familiares, todo esto mediante análisis exhaustivo de los reales propósitos paternales de quién se postule para este efecto.

Un criterio de valoración útil puede ser el que ofrece, en Colombia, la Ley 1413 de 2010 en relación con que la economía del cuidado se refiere a "trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado" (art. 2º). En virtud de ello, las actividades a considerar son, por ejemplo: la organización, distribución y supervisión de tareas domésticas; la preparación de alimentos; la limpieza y mantenimiento de enseres; la limpieza y mantenimiento del vestido; el cuidado, formación e instrucción de los niños y niñas (art. 3º). Para la apreciación del tiempo dedicado a las actividades de cuidado con miras a su valoración para posibles descuentos de pena, la misma ley prevé la Encuesta de Uso del Tiempo, como un "instrumento metodológico que permite medir el tiempo dedicado por las personas a las diferentes actividades, trabajo remunerado y no remunerado, estudio, recreación y ocio, entre otros" (art. 2º). Dicha herramienta podría ofrecer elementos al sistema penitenciario y carcelario para la aplicación de esta recomendación.

---

[224] Cfr. M.C. SOLANO DE OJEDA, "Políticas públicas para proteger el desarrollo integral y la unidad familiar de niños y niñas entre cero y tres años, hijos de mujeres recluidas en el centro penitenciario de Picaleña en Ibagué", en M. Gutiérrez Quevedo y A.M. Olarte Delgado, *Política criminal y abolicionismo. Hacia una cultura restaurativa* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018): 297-328.

Si bien es usualmente aceptado en las normatividades nacionales, basadas en la presunción de inocencia que acompaña a todo ciudadano, que el derecho de descontar el quantum de la pena privativa de la libertad por trabajo o estudio, solo puede ser invocado justamente cuando el fallo condenatorio se encuentre en firme y, por ende, la condenada se encuentre en periodo de ejecución de la sentencia, debe tenerse en cuenta que las condiciones de reclusión de las mujeres-madres adquiere una dimensión propia[225] circunstancia que impondría valorar la posibilidad de aceptar el tiempo dedicado al cuidado y la maternidad como válido para el descuento aún durante el lapso en que la mujer se encuentre en prisión provisional, ello dependiendo de circunstancias específicas atendibles por las autoridades penitenciarias, como la existencia de otras condiciones de vulnerabilidad o la exigencia concreta del bienestar del niño o niña.

El derecho invocado por la madre, sin embargo, tendrá que ser estrictamente amparado por la presunción de inocencia, y en razón de ello las medidas que se adopten en este sentido serán ejecutadas bajo reserva entre las autoridades administrativas y la interesada, pues las autoridades encargadas de la acusación o los jueces del caso no podrán de forma implícita o explícita derivar ninguna conclusión de la situación de descuento de sanción que está realizando la madre.

7.3.2 La remisión al domicilio, un beneficio relativo en situación de embarazo y lactancia

En legislaciones como la colombiana se establece un beneficio para la mujer que le otorga la posibilidad de que pueda sustituir el lugar de retención de la privación intramural por la prisión domiciliaria por lo menos dos meses antes del parto y hasta seis meses después de dar a luz[226], medida con la que el legislador colombiano pretende reducir los efectos de la prisión en momentos en que la madre debe estar en las mejores condiciones para la salud y la lactancia del recién nacido/a.

A pesar de la aparente conveniencia de esta medida, ella no puede ser interpretada *per se* cómo una verdadera solución a la situación de la vulnerabilidad de la mujer en la última etapa de gestación y del niño recién nacido y en la etapa de lactancia, pues si bien no se puede negar que la permanencia en un domicilio puede generar bienestar y tranquilidad, factores de vulnerabilidad como la pobreza, la ausencia de un hogar estable o el hacinamiento en viviendas que no ofrecen los espacios y dotación a la mujer en esas épocas cruciales de embarazo y lactancia pueden ocasionar que la salida de la interna constituya un factor de riesgo frente a su situación, generando una sensación simplemente aparente de bienestar de la mujer y su recién nacido, pero sin que el sistema carcelario asuma cargas consistentes, por lo menos, en la verificación y confirmación, por medio de autoridades idóneas, de que la madre y su hijo o hija disponen de salud y elementos mínimos de

[225] Así lo ha reconocido la propia Corte IDH, *Del penal Castro Castro v. Perú*, 2006.

[226] Según el código de procedimiento penal colombiano, Art. 314 de la ley 906 de 2004 en su numeral 3o, establece que la madre puede acceder a la detención domiciliaria, cuando a la imputada o acusada le falten (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los seis (6) meses siguientes a la fecha de nacimiento.

cuidado básico, acceso a obstetricia y ginecología según el caso y, en general, las garantías mínimas para el desarrollo de la salud y nutrición en ese momento.

Igualmente, la permanencia en el domicilio de la madre, o eventualmente del padre, debe garantizar la sustitución de lugar de reclusión en función del cuidado del niño o niña, evitando situaciones como: trabajos que alejen de forma riesgosa a la madre del hijo, realización de actos incompatibles con la reciente maternidad y cuidado del hijo o hija, consumo de sustancias ilícitas, alcohol, entornos violentos etc. Por ello, la única manera en que realmente se garantiza la seguridad en salud y vida de la madre se basa en la presencia periódica de especialistas en el domicilio por medio de visitas especializadas, que acrediten el correcto desarrollo del recién nacido y las condiciones de la madre y el padre si es el caso.

De lo expuesto, encontraríamos las siguientes obligaciones del Estado en relación con la atención del niño o niña mientras se encuentra en el centro de reclusión con su madre:

a. Establecer reglamentos pormenorizados, accesibles y actualizables de las necesidades de los recién nacidos o las recién nacidas en donde se hagan expresos los servicios médicos, de higiene y nutrición adecuada, incluyendo su frecuencia y cobertura, como también los elementos, recursos, artículos y demás insumos que deben proveerse a las madres o encargados del cuidado de los niños mientras se encuentran en un centro carcelario en compañía de sus madres, de tal manera que dichos elementos sean fácilmente identificados por las madres o los cuidadores y puedan exigir su suministro a las autoridades carcelarias incluso por vía judicial si es el caso, como sería mediante acciones de amparo o tutela. En ese sentido, es recomendable que dichos reglamentos y protocolos establezcan responsabilidades precisas y obligaciones medibles, de manera que su incumplimiento pueda ser susceptible de derivar responsabilidad civil, disciplinaria, fiscal y/o penal, en función de persuadir sobre la necesidad impelente de garantizar los derechos de los niños y niñas.

b. Es fundamental un criterio diferenciador en relación con las personas, procedimiento y régimen disciplinario de las mujeres que tienen a cargo el cuidado de sus hijos e hijas en el centro de reclusión, por cuanto ningún acto de los encargados de la guardia o de las madres mismas deberá poner en riesgo el desarrollo normal, la vida o la salud del niño o niña, por tanto, el sistema carcelario deberá ofrecer todas las garantías de preparación, reglamentación y profesionalismo necesarios para el cuidado de los niños y niñas que permanecen en un centro de reclusión.

c. Si las legislaciones del país establecen el beneficio de la prisión domiciliaria, deberá entenderse no como un abandono de la tutela estatal. Por el contrario, la madre y su hijo están aún bajo tutela estatal y, por tanto, se mantiene la obligación de velar por la salud de la madre e hijo y de este último en especial cuando la madre realice actos que puedan generar riesgos en su contra.

d. Allí donde la ejecución de la pena se adelante en centros de reclusión, es imperativo garantizar una infraestructura que permita que el niño o niña no esté expuesto a la vida propia y cotidiana de la prisión, con riesgo por exposición a conductas violentas o inadecuadas para su desarrollo. Esto exige a los Estados la garantía de adecuación de espacios dedicados exclusivamente a los niños y niñas, en los que puedan tener contacto con su madre y tengan asistencia de profesionales especializados en distintas disciplinas para garantizar unas mínimas condiciones de higiene y salubridad para su desarrollo y ejercicio de sus derechos[227], para evitar sufrimientos físicos y ansiedad o estrés, así como para posibilitar a la madre el cumplimiento de sus deberes parentales. Para el cumplimiento de esta obligación, una alternativa para la optimización de los costos puede ser la celebración de convenios que permitan la concreción de alianzas estratégicas con el sector privado y entidades de salud y educación para, por ejemplo, la realización de prácticas profesionales de los estudiantes de nivel técnico, tecnológico o universitario en el área de la salud, ciencias de la formación y ciencias sociales (sociología, trabajo social, psicología, etc.).

e. El Estado debe garantizar un esquema de comunicación efectiva y personal con el otro padre, aun cuando también esté privado de la libertad, como forma de promover un cumplimiento efectivo de la biparentalidad y comenzar a erradicar estereotipos que asocian los trabajos de cuidado de manera exclusiva al rol femenino.

f.Bajo la consideración de que la pena privativa de la libertad la cumple la madre, los niños y niñas deben contar con un régimen especial de visitas que permita una comunicación efectiva con sus familiares y, por lo tanto, la garantía de su derecho a tener una familia y no ser separado de ella, así como la unidad y la estabilidad familiar. Las condiciones de la visita a los niños y niñas pueden definirse en consideración a la posibilidad de que estos puedan salir de la prisión con su padre o con miembros de su familia extensa, previa verificación de los beneficios de mantener relaciones significativas con aquellos. La flexibilización del régimen de comunicación de las niñas y niños también se puede dar con una mayor frecuencia de visitas para ellos y/o hacer uso de las nuevas tecnologías y la posibilidad de la virtualización, sin que esta última pueda ser la regla general. Cuando se trate de la visita en el centro de reclusión el espacio de reunión de los niños y niñas con sus parientes debe garantizar la intimidad familiar y evitar su exposición a prácticas violentas o degradantes.

g. El Estado debe facilitar las condiciones para que ambos padres cumplan con sus deberes parentales, so pena de incumplimiento, el cual debe sancionarse no solo con las medidas tradicionales dirigidas a perder la custodia o la responsabilidad parental. Para ello, los Estados deben prever medidas alternativas como la responsabilidad civil (con la posibilidad de ordenar formas de reparación simbólica),

[227] Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.F. and Others v. Bulgaria*, 2017, §§ 84-93.

servicio comunitario, espacios de formación y capacitación sobre los deberes parentales y las consecuencias de su incumplimiento, mecanismos alternativos de resolución de conflictos alternativos a la violencia.

h. En relación con la anterior, el Estado tiene la obligación de ofrecer las condiciones que faciliten la obtención de autonomía e independencia de la madre con miras a su salida del centro de reclusión, de manera que esté en condiciones de asumir las obligaciones de la crianza y cuidado de sus hijos e hijas. A este respecto es vital que se ofrezcan rutas de formación que superen la visión estereotipada de la adquisición de competencias tradicionalmente femeninas o ligadas al ámbito doméstico (costura, cocina, etc.) y que se ofrezca acceso a rutas de formación de todos los niveles (incluido el profesional universitario) dirigidas a garantizar la formación en cualquier área del conocimiento. Para ello se pueden generar convenios con universidades y centros de formación técnica y tecnológica para garantizar unos cupos mínimos[228].

i. Los Estados deben procurar el cumplimiento de la pena por parte de la madre en establecimientos carcelarios que no sean distantes de los lugares de residencia de sus familias para garantizar un régimen de comunicación efectivo y significativo con los parientes que luego estarán llamados a asumir el cuidado de los niños y niñas. Esto evitaría extremar las condiciones de aislamiento y facilitaría la integración comunitaria.

j. Teniendo en cuenta las obligaciones anteriores y que está demostrado que las mujeres en prisión son escasamente visitadas y padecen en mayor medida estigmas por su condición[229], los Estados deben garantizar un régimen de visitas para las madres de niños y niñas que viven en establecimientos de reclusión que sea respetuoso de la dignidad de las personas, evitando abusos por parte de los miembros de la guardia durante los controles de seguridad, de manera que no se desincentive el contacto.

7.4 Obligaciones ante el advenimiento de la separación de la madre e hijo o hija por cumplimiento de la edad máxima permitida.

En el régimen nacional colombiano, conforme se ha analizado, ante el cumplimiento de los tres años de edad, la niña o niño que se encuentra en el centro carcelario deberá ser separado de este pues el legislador así lo ha considerado pertinente.

---

[228] Cfr. F.J. DEL POZO SERRANO, "El enfoque diferencial de género en las intervenciones socioeducativas en ámbitos penitenciarios", *RES, Revista de Educación social*, n.º 22 (2016): 109-121.

[229] CEJIL, *Mujeres Privadas de Libertad. Informe regional: Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay, Uruguay* (Buenos Aires: CEJIL, 2006), 28; C. ANTONY GARCÍA, *Las mujeres confinadas: estudio criminológico sobre el rol genérico en la ejecución de la pena en América Latina y en Chile* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 68.

Este momento que muestra una especial complejidad dado que la separación de la madre de su hijo o hija deberá estar previamente diseñada, estudiada y socializada con la madre y aquellas personas que van a continuar con la formación del niño.

Dentro de las posibilidades existentes en el desarrollo del niño, encontramos que se puede presentar que la madre tenga una red de apoyo familiar suficientemente consolidada, de tal manera que la llegada de la separación pueda ser preparada y organizada paulatinamente, por lo que varios meses antes de la ocurrencia de la partida de la niña o niño del centro carcelario ya se hayan hecho los correspondientes procedimientos previos de adaptación al nuevo medio para evitar el mayor traumatismo posible.

El establecimiento carcelario y el sistema encargado de la ejecución de la política pública en materia de familia e infancia deberán asumir, por medio de los profesionales correspondientes, el control de la situación compleja que se avecina, sobre todo para establecer si existe la red de apoyo suficiente para el niño que se incorpora a una situación de vida sin la compañía de la madre que estuvo a su lado y, desde luego, teniendo en cuenta factores reales como, por ejemplo, el tiempo que restaría para que la madre recupere su libertad, o los antecedentes personales de esta que pueden desaconsejar la incorporación de la red familiar por ser insuficiente o desinteresada frente la situación del niño o niña.

Finalmente, solo una completa evaluación de los antecedentes de las condiciones de salud, desarrollo general de la madre y su hija o hijo, podrán diagnosticar la mejor forma de realizar la separación, por tanto, la obligación estatal estará centrada en obtener todos los elementos de conocimiento para que la incorporación al medio social más amplio no se convierta en un factor de riesgo.

El momento de salida puede también establecer una posible reubicación en un lugar diferente a la residencia de la madre o su familia, en eventos en los que definitivamente las condiciones que ofrecen no sean satisfactorias.

En consecuencia, tenemos que las obligaciones a cargo del Estado, al advenimiento de la salida de los menores de 3 años implican los siguientes aspectos:

a. En los meses anteriores a la salida de la niña o niño, los profesionales del centro deben haber recopilado información suficiente sobre la existencia o no de una red de apoyo familiar, en lo posible realizar una visita domiciliaria y de tal manera conformar un criterio fundamentado de cuáles son las mejores opciones de salida, desde luego, respetando en lo posible el criterio de la madre. En la determinación de la red de apoyo familiar y de la familia extensa se debe evitar una lectura sesgada o estereotipada de la situación concreta, siendo recomendable indagar también con el padre o con familiares hombres que puedan garantizar la asistencia familiar y, en todo caso, participar de la crianza del niño o niña.

b. Si no es posible la ubicación del infante en un medio familiar que garantice la educación, acceso a la salud y un ambiente sano, deberá realizarse la ubicación en un hogar o institución que permita el desarrollo integral del niño o la niña, debiendo

considerar que la institucionalización debe ser siempre la última opción en virtud de las mejores condiciones para la realización de los derechos e intereses del niño o niña.

c. En los meses previos a la separación cobra mayor importancia la posibilidad de flexibilizar el régimen de visitas para garantizar relaciones significativas de la niña o niño con sus parientes y, en particular, con las personas llamadas a asumir su cuidado; de manera que la separación no sea demasiado traumática por la separación de la madre y la llegada a un escenario completamente desconocido con grandes retos en materia de adaptación.

d. Con posterioridad a la separación y, en función del interés superior de la niña o niño y de las circunstancias de la madre, se deben disponer medidas que aseguren el contacto con la madre, evitando la interrupción de la relación filial y el desmembramiento del grupo familiar. Deben evitarse traslados de prisión que comporten un distanciamiento aún mayor entre la madre y sus hijos e hijas.

e. En cumplimiento de la obligación de corresponsabilidad del Estado y bajo la consideración de que la madre continúa bajo su tutela, los Estados tienen la obligación de hacer seguimiento de las condiciones de las niñas y niños separados de sus madres, para asegurar el respeto de sus derechos y allí donde la situación lo exija, por cambio en las condiciones o inadecuada valoración de los primeros llamados a asumir el cuidado de los niños y niñas, designar una nueva medida de protección o reasignarlos a otra persona.

Como se vio en la presente disertación bajo la óptica de la igualdad y no discriminación, surge un conjunto de consideraciones para las obligaciones que tienen los Estados para con los detenidos, relación de responsabilidad que se afirma, conforme lo vimos anteriormente, bajo el deber de custodia.

8. Conclusiones

- Con base en las normas internacionales de derechos humanos, encontramos un Corpus Iuris universal, que reconoce a todo ser humano detenido, dos premisas fundamentales como punto de partida: El reconocimiento a la dignidad humana: Según la cual se debe dar al detenido(a) un trato acorde con ésta, prohibiendo de antemano cualquier forma de tortura o trato cruel inhumano o degradante y el fin social y de readaptación de las penas: Conforme a lo cual el fin principal de la pena de prisión consiste en buscar la readaptación de los(as) detenidos (as).

- Tanto en la esfera general del DIDH como en el caso específico de la CADH -de conformidad con la interpretación de la Corte IDH-, el uso de enfoques diferenciales es

permitido siempre y cuando esté debidamente justificado en razón de sus fines e impactos. En el caso concreto de las personas privadas de la libertad se ha reconocido el *principio de trato diferenciado* el cual tiene el objetivo de valorar y tener presentes las condiciones especiales de las personas recluidas para garantizar de manera efectiva sus derechos, garantizando que el trato que les sea ofrecido al estar privadas de la libertad no lesione sus derechos ni su dignidad humana.

- Diferenciar a los seres humanos según el género antes que ser una consecuencia de ciertas genitalidades, en realidad produce esa diferencia y educa a los sujetos en determinados roles y comportamientos supuestamente derivados de su biología. La segregación por sexos (genitales) se funda en estereotipos heteronormativos sobre la masculinidad y la feminidad que perpetúan los imaginarios sobre las diferencias sexuales como hechos de la naturaleza y, simultáneamente, estimulan roles de género tradicionales, caracterizados por la subordinación de lo femenino. En materia carcelaria, la segregación ha sido vista como un mecanismo de contención de ciertas conductas vinculadas con la masculinidad hegemónica y, en tal sentido, una forma de proteger los intereses de la población femenina. Sin embargo, la comisión de afrentas penales no discrimina por sexos y los ataques contra la libertad sexual al interior de centros penitenciarios son una constante que golpea con especial contundencia a las personas LGBT incluso bajo el modelo de segregación espacial.

- Para mejorar la garantía de los derechos de la población indígena privada de la libertad, es relevante tener en cuenta las fases de criminalización previas, una de las dificultades es la falta de legitimidad de las decisiones de las autoridades indígenas por parte de los operadores judiciales basados en la incapacidad y en la inferioridad de los primeros, para juzgar graves violaciones a los derechos fundamentales.

- Los Estados deberán asegurar que las autoridades y operadores judiciales en todo el proceso de judicialización vinculen las autoridades indígenas que correspondan, para que puedan acompañar la defensa material y en caso de que se llegue a la privación de la libertad deberán asegurar el contacto permanente con sus autoridades indígenas. Los Estados a través de las autoridades penitenciarias deberán evitar e impedir traslados injustificados que alejen a los privados de la libertad de sus territorios y de sus familias.

- En relación con las personas mayores y. en condición de discapacidad, los Estados deben, diseñar los entornos y espacios carcelarios bajo las normas técnicas que garanticen la accesibilidad universal. Eliminar las barreras físicas que puedan llegar impedir a las personas mayores el disfrute de sus libertades y necesidades básicas, así como el acceso a las prerrogativas y beneficios carcelarios, en igualdad de condiciones que los demás. Implementar medidas de acción afirmativa para garantizar la inclusión y plena participación de las personas mayores en los asuntos que atañen a la comunidad y sancionar la denegación injustificada de ajustes razonables o medidas de acción afirmativa, o la imposición desproporcionada de dichas medidas.

- La política criminal, carcelaria y penitenciaria debe considerar una aplicación interseccional de todos los enfoques diferenciales y, en relación con las mujeres, debe estar dirigida también a garantizar el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. Adicionalmente, toda vez que la aplicación de la pena privativa de la libertad afecta de manera inevitable a la familia y que de ella pueden hacer parte sujetos en posición de vulnerabilidad, la imposición de las penas, así como la disciplina carcelaria debe buscar la mínima afectación de

la familia y evitar al máximo su fragmentación. De igual manera, se debe promover la erradicación de estereotipos de todo orden en las decisiones de las autoridades, así como la posibilidad de mantener los vínculos afectivos y familiares de la mujer con miras a garantizar su salud emocional y la de su hijo o hija, así como la consolidación de una red de apoyo en la crianza de estos.

- Como recomendación general a los Estados, las políticas y decisiones públicas deberían estar fundamentadas en la realidad, por lo que es necesaria la creación de un mapa de la vulnerabilidad y de unos protocolos para la recolección de datos confiables que estén desagregados por edad, capacidades, situación socioeconómica, nivel educativo, etnia, necesidades específicas, orientación sexual, identidad de género, red de apoyo externa, origen nacional o condición de migrante, situación de victimización de violencias y, en general, cualquier otra condición que determine un impacto diferenciado desproporcionado por vulnerabilidades específicas. Es esencial que la recolección, procesamiento e interpretación de los datos se haga con una perspectiva de enfoque diferencial, para evitar decisiones sesgadas. Además, es fundamental que existan los datos, preferiblemente con vocación de uniformidad regional, de manera que no solo se puedan tomar decisiones fundamentadas, sino que sea posible hacer un seguimiento efectivo al cumplimiento de las obligaciones de los Estados y al respeto de los derechos humanos de la población privada de la libertad.
-
- La garantía de los derechos de los niños y niñas hijos de personas privadas de la libertad pasa por un cumplimiento irrestricto de los deberes parentales, pero también de las obligaciones del Estado derivadas de la corresponsabilidad. Esto comporta que los Estados deban asumir un cambio de perspectiva relacionado con los efectos económicos que a largo plazo tiene la inyección de recursos económicos destinados, por ejemplo, a la ampliación de la infraestructura carcelaria (para evitar la fragmentación de la familia frente a la falta de centros penitenciarios y carcelarios de mujeres en el lugar de residencia de la familia o la inexistencia de pabellones especiales para niños y niñas hijos de mujeres en prisión), o a la contratación de profesionales especializados (que apoyen a las madres y padres en el proceso de crianza de sus hijos).

- Para la solución de algunos problemas vinculados a la protección de los niños y niñas hijos de personas privadas de la libertad y, en aplicación de la corresponsabilidad de la sociedad, los Estados deben permitir y promover la supervisión por parte de las organizaciones de la sociedad civil de las condiciones de internamiento de los niños y niñas, de manera que se vele por el respeto de sus derechos, pero también se busque la posibilidad de que puedan contribuir a su mejoramiento.

JUAN CARLOS HENAO
Rector