

AMICUS CURIAE

Observaciones escritas a la solicitud de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad”.

24 de noviembre 2020

Presentado por:

Rafael Salgado
Enrique Flores
Sindy Osorto
José Izaguirre

Honduras, C.A.

24 de noviembre 2020

Doctor Pablo Saavedra Alessandri
Secretario
Corte Interamericana de Derechos Humanos

Somos un grupo de Abogados que trabajamos individualmente en pro de los Derechos Humanos, somos profesionales del Derecho comprometidos con promover y defender los derechos humanos, de distintos grupos en condición de vulnerabilidad. En el marco de nuestras labores individualmente hemos trabajado mano a mano, en la defensa, representación legal y acompañamiento, de personas refugiadas, privados de libertad mujeres y hombres, niñez en conflicto con la ley penal, migrantes víctimas de delito, personas LGBT víctimas de delitos y privadas de libertad, entre otros.

Conscientes de las dificultades que hemos atravesado en la representación legal de los distintos grupos en condición de vulnerabilidad antes mencionados, nos vemos interesados en promover cualquier actividad que fomente el litigio estratégico, capacitación, acompañamiento y promoción de acciones positivas para establecer herramientas necesarias e indispensables, para la protección y acceso de sus derechos en condiciones de equidad y sobre todo atendiendo un enfoque diferencial y especializado. Motivo por el cual decidimos hacer observaciones en el marco del proceso consultivo suscitado por la convocatoria abierta a la sociedad civil, hecha por la corte.

El presente *amicus curiae* es elaborado y firmado por el grupo de APDH, en aras de brindar herramientas que sirvan para la defensa y protección de las personas privadas de libertad en especial énfasis a: mujeres embarazadas, en lactancia y en situación de posparto que se encuentren privadas de libertad; niñez con madres en prisión y personas LGBT privadas de libertad



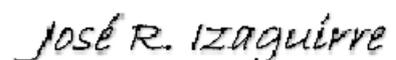
Rafael Andree Salgado Mejía



Sindy Osorto Velásquez



Enrique Flores Rodríguez



José Roberto Izaguirre

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	3
CONSIDERACIONES DE DERECHO Y PRINCIPIOS:	3
GRUPOS DE ESPECIAL RIESGO Y VULNERABILIDAD	9
Mujeres embarazadas privadas de libertad en centros penitenciarios	9
Mujeres en situación de posparto y lactancia	13
Niños y niñas con madres en prisión	22
Personas LGBT	26
CONCLUSIONES	32
BIBLIOGRAFIA	34

INTRODUCCION

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre “Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad”, de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, en razón de lo establecido en el artículo 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendimos dicha invitación con el objetivo de identificar los derechos involucrados y el respectivo desarrollo de estándares para garantizar el principio de igualdad y no discriminación respecto de las personas objeto de las observaciones aquí planteadas, cuya condición de vulnerabilidad necesita de especial protección y resulta un tema prioritario para la agenda de los Estados y los organismos de derechos humanos en la región. Esto permitirá atender las particularidades de los grupos respectivos, y asegurar que, a través de un enfoque diferenciado respecto del alcance de las obligaciones estatales involucradas, tengan igual acceso durante su privación de libertad a todos los servicios y derechos a los que acceden las demás personas.

CONSIDERACIONES DE DERECHO Y PRINCIPIOS:

El artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone que los derechos contemplados en el referido instrumento han de protegerse contra la discriminación y por otro extremo el artículo 26 dispone que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. Sobre esto a juicio del Comité de Derechos Humanos de la ONU en su recomendación general número 18 explica que:

[E]l artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha

ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.¹

De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH) en reiteradas ocasiones se ha pronunciado señalando que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación.²

En consecuencia, de lo anterior, los Estados partes de ambos instrumentos tienen la obligación genérica de respeto y garantía de los Derechos consagrados en la convención americana (art.1.1) y en el pacto de derechos civiles y políticos (art. 2) y; de igual manera, la obligación de respetar y garantizar cualquier otro derecho reconocido de manera formal por el Estado sea normativa nacional o internacional distinto a la convención (art. 24) o al Pacto (art. 26).

Asimismo, la Corte IDH se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser razonables y objetivas, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos³. En el mismo sentido, reconoce que existen grupos que son sometidos a discriminación y exclusión histórica, que le impide ejercer sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas, colocándolas en condición de vulnerabilidad por razón de su edad, género, estado físico o mental, por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales⁴. Por lo anterior, todo proceso enmarcado con uno de los grupos descritos, debe enmarcarse en una serie de principios básicos:

¹ Comité de Derechos Humanos, observación general número 18, No Discriminación (1989). Párr. 12.

² Corte IDH. Caso Átala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Párr. 82. Véase también: Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 217.

³ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C. No 257. Párr. 285

⁴ El concepto de condición de vulnerabilidad recogido de las 100 reglas de Brasilia para el acceso a la justicia (2008), define en la regla 3: Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el

Dignidad: Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos⁵. Para cualquier decisión debe tenerse en cuenta la dignidad del ser humano, entendido íntegramente y no reducido a una sola dimensión. Se refiere a la satisfacción de las necesidades esenciales de la persona, al ejercicio de sus libertades, a sus relaciones con otras personas⁶.

Enfoque Diferencial y especializado:

Enfoque diferencial: el primero es el principio rector para visibilizar vulnerabilidades y vulneraciones específicas de grupos e individuos específicos, y prioriza acciones de protección y restauración de los derechos vulnerados. Implica: identificar los vacíos y riesgos de protección de cada grupo y desarrollar herramientas para dar soluciones, promover la participación equitativa y planear y ejecutar medidas afirmativas basadas en caracterizaciones sistemáticas para la garantía del goce efectivo de los derechos de los diferentes grupos en condición de vulnerabilidad⁷.

Ello conlleva a una atención integral basada en las necesidades del grupo en condición de vulnerabilidad, recordando que, en el caso de personas privadas de libertad, el único derecho que se ve limitado por el *ius puniendi* es el ejercicio de su libertad, manteniendo incólume el resto de derechos como ser dignidad, trabajo, salud, educación, entre otros.

Recogido en las reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia en la regla número 2 “Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares”.

Enfoque especializado: Íntimamente ligado al enfoque diferencial, implica una reacción garante y proporcional a la necesidad del grupo de personas en condición de vulnerabilidad.

ordenamiento jurídico. En tanto la regla 4: Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

⁵ Artículo II de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre y artículo 1 de la CADH. En tanto el art. 5 numeral 2 de la CADH “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

⁶ Paráfrasis del concepto de dignidad humana hecho en el Concilio Vaticano II y por los últimos pontífices, del que puede ser un ejemplo el discurso de Juan Pablo II en las Naciones Unidas, el 2 de octubre de 1979

⁷ ACNUR-CO. "Directriz de enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado con discapacidad en Colombia Bogotá: Ministerio de la Protección Social-unhcr-acnur; 2011.

Enfocándose en la calidad de respuesta profesional (médico, legal u otra materia necesaria para una atención integral) y estructural en razón de la vulnerabilidad latente a modo de aminorar su condición en razón de equidad. Desarrollado e inspirado por la regla n 30 y 31 de las Reglas de Brasilia⁸, suma a la posición de garante la gratuidad en todo servicio.

Perspectiva de género: es un conjunto de enfoques específicos y estratégicos, así como procesos técnicos e institucionales que se adoptan para alcanzar la equidad entre los hombres y mujeres⁹. También es una herramienta que permite ver y denunciar los modos de construir y pensar las identidades sexuales desde una concepción de heterosexualidad normativa y obligatoria excluyente. Cada situación particular debe ser analizada transversal e interseccionalmente según las condiciones de la persona.

Igualdad y no discriminación: todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Todas las personas tienen derecho a ser iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección por parte de la ley, sin ninguna de las discriminaciones mencionadas, ya sea que el disfrute de otro derecho humano también esté afectado o no. La ley prohibirá toda discriminación de esta clase y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier forma de discriminación de esta clase¹⁰. Siendo terminantemente prohibida la arbitrariedad, debiendo procurar condiciones de igualdad tangibles¹¹.

⁸ (regla 30) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia. (31) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones.

⁹ Las conclusiones convenidas del ECOSOC de 1997 definían la incorporación de una perspectiva de género como: “El proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad [sustantiva] entre los géneros”.

¹⁰ Art.2 de los principios de Yogyakarta

¹¹ Corte IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2012. Párr. 267: Al respecto, la Corte considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la integridad física, psíquica y moral, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, “no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para

Mínimo existencial: Toda persona tiene derecho a los requerimientos básicos indispensables para una subsistencia en condiciones dignas; reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia¹².

Pro persona: Tomando la definición de Mónica Pinto:

[E]s un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.¹³

Como señala Ximena Medellín Urquiaga, “la mayoría de la literatura latinoamericana que ha estudiado el tema del principio pro persona utiliza la definición propuesta por Mónica Pinto y no se refieren directamente al voto del juez Piza Escalante, a pesar de ser cronológicamente anterior al trabajo de Pinto.”¹⁴ El Juez de la Corte IDH, Rodolfo E. Piza Escalante, en específico, en su opinión separada de la OC 07/86 señaló conducentemente que:

[...] el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental --principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aún a falta de las referidas "condiciones que establezca la ley", es un derecho exigible per se.¹⁵

garantizar (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana”

¹² El artículo 11 n 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹³ Medellín Urquiaga, Ximena, *Principio pro persona*, México, CDHDF, SCJN, OACNUDH México, 2013, p. 19.

¹⁴ Medellín Urquiaga, Ximena, Principio pro...”, *op cit.* p. 19.

¹⁵ Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante en Corte IDH, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica, párr. 36.

En atención a lo anterior, el *principio pro persona*, impone aquella norma o interpretación más favorable a la persona, imponiéndose aquella más amplia o extensiva al momento de reconocer derechos o a la más restringida al limitar derechos.

Trato empático: La persona que atienda población en condición de vulnerabilidad debe tener un trato profesional y empático, entendiendo este último como la capacidad o cualidad del ser humano para responder adecuadamente a la necesidad de la persona en condición de vulnerabilidad mediante un trato diferenciado, humano y digno.

Principio del Interés Superior del Niño y la Niña: La convención de los Derechos del Niño, en su artículo 3, párrafo primero establece:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

A su vez el comité de los Derechos del Niño¹⁶ ha enfatizado que es un concepto triple¹⁷, que debe ser entendido como un derecho sustantivo¹⁸, un principio jurídico interpretativo fundamental¹⁹ y como una norma de procedimiento²⁰.

Entendiendo que el objetivo del principio es garantizar el pleno disfrute de los derechos consagrados en la Convención de los Derechos del Niño, enfatizando que no hay una jerarquía de derechos, todos los derechos previstos responden al interés superior del niño, a su vez el comité ha enfatizado que ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño²¹ Por lo tanto no debe de analizarse desde un concepto

¹⁶ Comité de los Derechos del Niño, observación general N0. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), numeral 6.

¹⁷ Corina Giacomello. (2018) *Niños y niñas que viven en prisión con sus madres, una perspectiva jurídica comparada, primera edición*, ciudad de México, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Interés Superior del Niño, p. 22.

¹⁸ Ídem. **Como "derecho"**, el Interés Superior del Niño establece una obligación que se pone en práctica cuando se debe tomar una decisión que afecte a un niño, o un grupo de niños o a los niños en general. En este sentido, se trata de una obligación de aplicación directa que puede invocarse ante tribunales.

¹⁹ Ídem: **Como "principio"**, el Interés Superior del Niño tiene una función interpretativa que orienta a la interpretación que mejor satisfaga el interés superior del niño, cuando una disposición admite más de una interpretación

²⁰ Ídem: **Como "norma de procedimiento"**, que debe incluir una estimación de las posibles repercusiones de cualquier decisión en los niños; esta función incluye un deber de los Estados de explicar la forma en que se ha tomado en cuenta el Interés Superior del Niño en cada decisión

²¹ "En todas las medidas" El objetivo del artículo 3, párrafo 1, es velar por que el derecho se observa en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño. Esto significa que, en cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá. El término "medida"

estático, sino dinámico, que obliga al Estado a revisar y repensar constantemente sus normas y procedimientos, y cuyo cumplimiento puede garantizarse mediante un análisis y aplicación de caso por caso²².

GRUPOS DE ESPECIAL RIESGO Y VULNERABILIDAD

Mujeres embarazadas privadas de libertad en centros penitenciarios

Las mujeres privadas de libertad están dentro de los grupos vulnerables en cuanto a violaciones de Derechos Humanos, no solo por el hecho de ser mujeres, sino también por estar privadas de su libertad. En muchos casos también se encuentran en estado de gestación, lo que debería ser un punto muy importante en los temas relacionados al mejoramiento de las políticas penitenciarias para el tratamiento de las privadas de libertad en dicha condición, pues en definitiva esa situación de encierro involuntario hace que el Estado se encuentre en una posición de garante, y cualquier violación a derechos fundamentales lo hace responsable al tenor de los instrumentos internacionales sobre protección de Derechos Humanos. Sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Estado es responsable, en cuanto a la integridad física de los reclusos pues está en la condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, garantizando el respeto a los derechos de la integridad personal y la vida de todo individuo que se halla bajo su custodia por estar privados de la libertad en establecimientos de detención preventiva y reclusión. El Estado tiene el deber de salvaguardar la salud y el bienestar de las personas privadas de libertad, y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no exceda el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención.²³

incluye no solo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas.

²² La Observación General N. 5, el Comité de Derechos del Niño, señala que, para la aplicación del interés superior del niño, es necesario que los estados realicen un análisis sistemático de cómo los derechos de las niñas y niños se verán afectados por una determinada decisión o política pública; esto incluye las decisiones que conciernen directamente a las niñas y los niños, así como las que los impactan indirectamente: “ Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”

²³ Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejia y otros Vs Venezuela, Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 198.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre contienen normas que afirman el compromiso de los Estados para garantizar la igualdad ante la ley y la vigencia de los derechos reconocidos en las distintas convenciones “sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Asimismo, como instrumento regional tenemos la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer norma que también adopta el principio de igualdad ante la ley y no discriminación.

Ahora bien, es importante analizar si los establecimientos penitenciarios cumplen con los estándares internacionales sobre Derechos Humanos para el tratamiento de los reclusos (as) en general. Siendo más específico en relación a las privadas de libertad que por encontrarse en una condición de embarazo, el Estado debe proporcionar seguridad, asistencia rápida a atención médica, acceso a educación de los menores durante la permanencia en un centro penitenciario, etc., pero hay muchas situaciones que hacen que el encarcelamiento no cumpla con dichos estándares, como ser: hacinamiento, falta de clasificación, deficiencias en las estructuras físicas, riñas entre grupos a lo interno del centro, etc.

Las características de las cárceles en los países de la región son similares, por ejemplo el hacinamiento es un problema y el constante incremento de la tensión entre los internos (*rivalidad entre bandas o grupos delictivos organizados*), generado por la falta de espacio suficiente y adecuado para el desarrollo de las personas privadas de libertad, así como también en las mayores dificultades para evitar la transmisión de enfermedades y para garantizar una alimentación y asistencia sanitaria adecuada. La mayoría de centros penitenciarios no proporcionan una dieta alimentaria nutritiva a los privados de libertad, en el caso de las reclusas en estado de embarazo sería un aspecto negativo pues necesitan una alimentación adecuada por el estado en que se encuentran. En relación a la violencia dentro de las cárceles, en muchas ocasiones hay rivalidad entre grupos, ocasionando molestias innecesarias que pueden ocasionar tensión y estrés entre las mismas internas, esto hace que las cárceles sean inseguras y no ofrezcan un ambiente de tranquilidad y reposo especialmente a las mujeres en estado de gestación. En pocas palabras no son sitios compatibles con la dignidad humana.

La mayoría de las reclusas son jefas de hogar o responsables de sus hijos (as) menores de edad, esto debería ser un factor a tomar en cuenta al momento de decidir si se aplica o no una detención preventiva. Las responsabilidades maternas pueden ser una evidencia de menor

probabilidad de fuga, consignando un domicilio fijo para efectos de citaciones y notificaciones judiciales, así mismo debe tomarse en cuenta el impacto negativo que la detención de la madre tiene sobre el hijo(s) y éste debe ser un incentivo más para usar alternativas sin encierro en lugar de la detención preventiva. No sólo está la cuestión de la separación física, sino también el impacto emocional, económico, la desintegración de la familia pues en muchos casos es mono parental lo que trae como consecuencia que el resto de hijos queden al cuidado del Estado en centro especiales, alejados de su madre y del entorno familiar primario.

La prisión preventiva es la medida cautelar más aflictiva que se le puede imponer a un acusado (a), aunque esta sea excepcional. En todo caso en relación a las mujeres embarazadas que se encuentran guardando prisión, en muchos países, hay demasiadas personas entre ellas mujeres, que son mantenidas en prisión preventiva por períodos muy largos. La aplicación excesiva de la detención preventiva es sólo parte del fenómeno mundial de sobre encarcelamiento, es decir que no se limita a un país o región determinada, y plantea aspectos y cuestiones específicas que deben ser atendidos. Aunque existen otras alternativas en el caso de mujeres privadas de libertad en estado de embarazo que perfectamente pueden asegurar la presencia de la imputada en el proceso, tomando en consideración la supremacía del principio de interés superior del niño, la integridad física y el respeto a la vida de la madre.

Aunque muchas legislaciones en América Latina regulen la permanencia de las mujeres en estado de embarazo en establecimientos penitenciarios, eso no quiere decir que los Estados exceptúen desarrollar una gama de alternativas diferentes a la detención preventiva (*fianzas, reportes ante órganos jurisdiccionales o policiales, libertad vigilada en el domicilio, etc.*) que permitan a las privadas de libertad en estado de embarazo y que están acusadas por la posible participación en la comisión de un delito conservar su libertad mientras esperan un juicio y así garantizar un trato digno al que está por nacer. Dichas medidas “deberán emplearse en la etapa más pronta como sea posible” en virtud de las Reglas Mínimas de la ONU sobre las medidas no privativas de la libertad.²⁴

En todo caso, de no permitir medidas distintas a un encarcelamiento los centros penitenciarios deben garantizar acceso a los servicios médicos a las reclusas embarazadas o lactantes quienes en todo caso recibirán asesoramiento sobre su salud y dieta en el marco de un programa que elaborará y supervisará un profesional de la salud. Se suministrará gratuitamente a las

²⁴ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas mediante Resolución 45/110 de la Asamblea General, 14 de diciembre de 1990, Regla 6.2

embarazadas, los bebés, los niños y las madres lactantes alimentación suficiente y puntual, en un entorno sano en que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales.²⁵ Sobre este aspecto consideramos que los Estados deben supervisar dichos centros en acompañamiento de las autoridades de los órganos que regulan los sistemas penitenciarios, comisionado de los Derechos Humanos, ombudsman, sociedad civil, etc. y hacer las observaciones y recomendaciones pertinentes para prevenir cualquier violación a derechos fundamentales. Es muy importante agregar que los Estados deben respetar los protocolos y las normativas de respecto al trato digno de las privadas de libertad en estado de embarazo.

El personal técnico tiene que estar debidamente capacitado en la problemática penitenciaria, esto incluye al personal sanitario (médicos, odontólogos, psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, etc.). Así como formación especializada sobre sensibilización sobre el tratamiento que debe brindarles por la condición de embarazo. En cuanto a los controles todos los establecimientos penitenciarios deben contar con registros o expedientes médicos a efecto llevar un manejo adecuado del embarazo y además contar con personal y equipo necesario para atender a la mujer embarazada y al niño.

Sabemos que las cárceles en nuestra región están sobrepobladas y no cuentan con los espacios adecuados para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, así como para el parto e inmediatamente después. Consideramos que en la medida de lo posible los Estado deben procurar que el parto sea en un Hospital Civil²⁶ de preferencia del lugar donde reside la reclusa y así garantizar que no se rompa el vínculo con el padre y demás familiares. Por eso la importancia de garantizar el derecho a la familia que tiene el menor, pero al estar encerrado en una cárcel junto a la madre sería muy complicado en cuanto a su desarrollo afectivo.

En resumen, consideramos que los estados en primer lugar deben legislar a favor de las privadas de libertad en estado de gestación, promulgando leyes que permitan la aplicación de medidas alternativas a una prisión preventiva, independiente del delito que hayan cometido y así asegurar que la madre como el hijo se les brinde toda la asistencia médica sin ningún tipo de discriminación y un bienestar físico y mental en condiciones de igualdad en relación al resto de las personas. Como se explicó anteriormente la cárcel no resulta un ambiente propicio para el desarrollo satisfactorio de una reclusa en estado de embarazo o la crianza de los niños en los primeros años de la infancia, por la limitante en cuanto al acceso a los derechos a la salud e

²⁵ Regla número 48, Reglas de Bangkok.

²⁶ Regla 28, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Mandela).

higiene, alimentación, educación, vínculos con la familia, pues los establecimientos penitenciarios no cuentan con las condiciones para garantizar dichos derechos.

Consideramos que dentro de las medidas alternas a la prisión preventiva la libertad vigilada es idónea tanto como medida cautelar y cómo pena, pues además de asegurar la presencia de la acusada en juicio y el cumplimiento de la condena, permite que se desenvuelva en el ámbito laboral y así sostener económicamente a la familia, cosa que no se asegura con la imposición de una medida privativa de la libertad. La libertad vigilada en todo caso consistirá en la obligación que tiene la persona de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos, presentación periódica ante Juez competente, prohibición de residir en determinado lugar, prohibición de ausentarse del domicilio, etc.

Es importante recordar que el derecho a la libertad debería ser considerada como la regla general y las medidas alternativas a la prisión preventiva como ser la libertad vigilada u otro tipo de medidas menos aflictivas se puede aplicar tanto para mujeres procesadas como condenadas lo que constituye una solución para asegurar la presencia en el proceso.

En segundo lugar las cárceles deben mejorar los espacios físicos para asegurar un eficiente acceso a los servicios médicos, en la actualidad los establecimientos penitenciarias no cumplen con los espacios para atender la salud de las reclusas en estado de embarazo, además que el hacinamiento carcelario, los bajos presupuestos estatales para la atención de las reclusas en centros femeninos, la falta de personal médico son los problemas más comunes en la región y que los Estados deben de resolver para garantizar un respeto a la vida e integridad personal de las privadas de libertad y sus hijos.

Mujeres en situación de posparto y lactancia

En este apartado se hará alusión a los estándares internacionales sobre los derechos de las mujeres privadas de libertad en situación de posparto y lactancia. En primer lugar, se destacarán las recomendaciones claves para la administración de las prisiones para las mujeres y reducción de la población de reclusas y luego, sobre las obligaciones específicas que tienen los Estados para que cuenten con las condiciones de detención adecuadas atendiendo a las siguientes circunstancias particulares: acceso a asistencia médica y psicológica, alimentación y vestimenta.

Recomendaciones claves para la administración de las prisiones para las mujeres y reducción de la población de reclusas

Tomando como base el Manual sobre mujeres y encarcelamiento²⁷ se destacan las recomendaciones sobre: a) la administración de prisiones; b) Personal; c) evaluación y clasificación; d) Alternativas de encarcelamiento; e) Imposición de la pena para mujeres embarazadas y madres; e) actualización de leyes y reglamentos penitenciarios y; f) mujeres embarazadas, con hijos en prisión, en posnatal y lactantes.

a) *la administración de prisiones*: Se recomienda que se garantice que la administración de las prisiones se realice con “sensibilidad de género”, e incluya los siguientes componentes:

1. Empezar acciones afirmativas para contrarrestar la discriminación que enfrentan las reclusas.
2. Adoptar un estilo administrativo con enfoque de género.
3. Reconocer las necesidades particulares de las reclusas y ofrecer programas y servicios que las aborden.
4. Cerciorarse de que las múltiples necesidades de las mujeres que pertenecen a minorías étnicas y raciales o que son extranjeras sean tomadas en cuenta en la elaboración de los programas.²⁸

b) *Personal*: Dentro de las recomendaciones que se destacan respecto al personal se enumeran las siguientes:

1. Debe haber personal penitenciario femenino en puestos superiores con responsabilidad clave en el desarrollo de políticas y estrategias y en la impartición de programas para las reclusas.²⁹
2. El personal asignado para supervisar a las reclusas debe recibir capacitación sobre las necesidades de género de las reclusas, y sobre el enfoque y estilo gerencial.³⁰
3. También deben abordarse las necesidades de apoyo psicosocial del personal femenino, junto con las de las reclusas.³¹
4. Implementación de políticas concretas contra la discriminación y el acoso sexual en el lugar de trabajo.³²
5. Capacitar al personal masculino sobre sensibilidad de género, sobre la prohibición de la discriminación y sobre el acoso sexual en el lugar de trabajo.³³

²⁷ Naciones Unidas, Manual sobre mujeres y encarcelamiento, 2da ed., trad. (no oficial) Unión Europea, a través del Proyecto de Cooperación en Seguridad con Panamá (SECOPA) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe en Panamá (UNODC ROPAN). Viena, UNODC, 2014.

²⁸ *Ibidem*, p. 133.

²⁹ *Ibidem*, p.29.

³⁰ *Ídem*.

³¹ *Ídem*.

³² *Ídem*.

³³ *Ibidem*, p. 29-30.

c) *evaluación y clasificación*: La evaluación de riesgos y clasificación de las prisioneras con enfoque de género debe:

- Tomar en cuenta el riesgo muy bajo que la mayoría de las reclusas presentan para las demás y los efectos particularmente nocivos que pueden tener sobre ellas las medidas de alta seguridad y los altos niveles de aislamiento;
- Ofrecer información esencial sobre los antecedentes de la mujer, como si han sufrido violencia, su historial de discapacidades mentales y abuso de drogas, además de las responsabilidades parentales y de cuidado que deben ser tomadas en cuenta en el proceso de ubicación y de planeación de la condena;
- Asegurar que los planes de sentencia de las mujeres incluyan programas acordes con sus necesidades de género;
- Garantizar que las reclusas con necesidades de atención de salud mental sean puestas en los sitios menos restrictivos y reciban tratamiento adecuado, en lugar de ser colocadas en niveles de alta seguridad, simplemente por sus problemas de salud mental³⁴

d) *Alternativas de encarcelamiento*: Implementar alternativas al encarcelamiento usando un enfoque de género y tomando en cuenta las necesidades más comunes de las delincuentes³⁵.

Entre las opciones se podrían incluir:

- La exculpación absoluta o condicional;
- Sanciones verbales;
- Un acuerdo arbitrado;
- Mandamiento de restitución a la víctima o de indemnización;
- Imposición de servicios a la comunidad;
- Mediación entre la víctima y la transgresora;
- Conferencia grupal familiar;
- Otro proceso restaurativo, como los círculos de sentencia.³⁶

d) *Imposición de la pena para mujeres embarazadas y madres*: Dentro de las recomendaciones claves se enlistan:

1. Se deben desarrollar directrices apropiadas para los tribunales, según las cuales únicamente considerarían sentencias privativas de libertad para las mujeres embarazadas y las mujeres con

³⁴ Ibidem, p. 35.

³⁵ Ibidem, p. 142.

³⁶ Ibidem, p. 108.

hijos dependientes cuando el delito haya sido grave y violento, cuando la mujer aún represente un peligro, y después de tomar en cuenta el interés superior de su hijo o hijos.³⁷

2. Cuando una mujer embarazada o una madre lactante cometa determinadas categorías de delitos, la sentencia podría ser diferida, por ejemplo, hasta que el hijo alcance cierta edad, y se revisaría la sentencia en ese momento, con base en criterios preestablecidos, que deben disponer la elegibilidad para la cancelación del encarcelamiento o la reducción a una sanción no privativa de la libertad bajo ciertas condiciones (p. ej. no cometer un delito durante ese periodo).³⁸
3. Si el encarcelamiento de una mujer que tiene hijos dependientes es inevitable, se deben hacer arreglos alternativos para el cuidado de sus hijos antes de que la mujer sea encarcelada.³⁹

e) *actualización de leyes y reglamentos penitenciarios*: Se debe considerar la posibilidad de actualizar las leyes y los reglamentos penitenciarios para aplicar condiciones más flexibles para conceder beneficios y libertad condicional en el caso de las madres, en línea con la política administrativa con enfoque de género.⁴⁰

f) *Mujeres embarazadas, con hijos en prisión, en posnatal y lactantes*: Dentro de las recomendaciones se destacan:

1. Las embarazadas y las mujeres con hijos dependientes no deben ser encarceladas a menos que sea absolutamente necesario. Deben existir leyes apropiadas y las directrices para la imposición de sentencias para los tribunales deben subrayar este principio. Si se les encarcela, el Estado asume la responsabilidad de ofrecer atención adecuada a las mujeres y a sus hijos.⁴¹
2. La atención pre- y posnatal provista debe ser equivalente a la que está disponible fuera de prisión.⁴²
3. Las embarazadas deben ser transferidas a hospitales civiles para el parto.⁴³
4. Las medidas de seguridad aplicadas al llevar a la embarazada al hospital y durante el parto deben ser las mínimas necesarias. Asimismo, es inaceptable el aplicar medios coercitivos a las embarazadas durante las revisiones, durante el traslado hacia y desde el hospital, el parto e inmediatamente después del parto.⁴⁴

³⁷ Ibidem, p. 121.

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ibidem, p. 80.

⁴¹ Ibidem, p. 84.

⁴² Ídem.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem.

5. Los niños durante pasen en prisión con sus madres deben recibir servicios de atención médica primaria constante y de buena calidad, y su desarrollo debe ser monitoreado por un psicólogo de la prisión y por especialistas en desarrollo infantil.⁴⁵
6. La disponibilidad de guarderías en las prisiones también es importante para garantizar que las mujeres que tienen hijos puedan participar en las actividades y programas penitenciarios sobre una base de igualdad con otras reclusas.⁴⁶
7. Los niños que viven en prisión nunca deben ser tratados como reclusos.⁴⁷

Obligaciones específicas: acceso a asistencia médica y psicológica, alimentación y vestimenta

Respecto al acceso a asistencia médica y psicológica, en términos generales, el artículo 12 numeral 2 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* dispone que los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia. En relación a esa disposición, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su recomendación General No.24 sobre el artículo 12 señaló que las mujeres corren peligro de muerte o incluso, pueden quedar discapacitadas “por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de recursos económicos para disfrutar de servicios que resultan necesarios o acceder a ellos, como los servicios previos y posteriores al parto y los servicios de maternidad”, en consecuencia, es obligación de los Estados “garantizar el derecho de la mujer a servicios de maternidad sin riesgos y a servicios obstétricos de emergencia, y que deben asignar a esos servicios el máximo de recursos disponibles.”⁴⁸

Por otro extremo, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica en el informe del 2016 aborda la cuestión de la discriminación contra la mujer con respecto a la salud y la seguridad, y se destaca que:

Las demoras en la búsqueda de atención médica apropiada, en llegar a un centro de salud y en recibir una atención adecuada una vez en él, junto con la falta de acceso a servicios de atención de la salud de la madre, son las principales razones que explican las altas tasas de mortalidad y

⁴⁵ Ibidem. p.85.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Ibidem. 86

⁴⁸ CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N.º 24 (1999) 2 de febrero de 1999. párr. 27.

morbilidad maternas. Un enfoque basado en los derechos humanos que proporcione un sistema de salud eficaz dotado de suministros, equipo e infraestructura suficientes, así como un sistema eficaz de comunicación, derivación y transporte son, por lo tanto, indispensables para que no se produzcan estas muertes prevenibles y para asegurar los derechos de la mujer a la salud y a la vida.

La salud mental de las mujeres durante el embarazo, el parto y el puerperio requiere estabilidad en su entorno y apoyo emocional. Los casos de falta de respeto y malos tratos durante el parto en los centros de salud en muchos países dan una imagen muy preocupante del grado en que están expuestas las mujeres a un trato degradante, falta de intimidad e incluso violencia verbal y física. A veces se deniegan a las embarazadas los analgésicos durante el parto o la anestesia durante la interrupción del embarazo por legrado. El uso en algunos países de medidas privativas de libertad o punitivas en lugar de medidas educativas para prevenir las lesiones al feto como resultado del consumo de alcohol o de drogas por las embarazadas adictas es otra manifestación de la discriminación de género.⁴⁹

Adicionalmente en ese informe el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica se refiere en específico sobre las mujeres privadas de libertad y se resalta que en el mismo señala que “las mujeres detenidas tienen necesidades de salud específicas, en particular en materia de atención de salud mental y reproductiva, que con frecuencia son desatendidas”⁵⁰. De igual manera, agrega que “[l]as reclusas presentan tasas elevadas de problemas de salud mental debido a la violencia y el trauma a los que han estado expuestas y que se ven exacerbados por el encarcelamiento.”⁵¹ Aunado a lo anterior, la preocupación por sus hijos tiene una repercusión considerable en la salud mental de las mujeres privadas de libertad, “especialmente cuando los están alimentando al pecho; la separación de sus hijos les provoca ansiedad y culpabilidad, todo lo cual es motivo de grandes sufrimientos.”⁵²

En los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas adoptados por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (CIDH) mediante su Resolución 1/08 del 13 de marzo de 2008, se marca que:

⁴⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, A/HRC/32/44. 8 de abril de 2016. párrs. 38 -39.

⁵⁰ Ibidem, párr. 59.

⁵¹ Ibidem, párr. 60.

⁵² Ídem.

[L]as mujeres y las niñas privadas de libertad tendrán derecho de acceso a una atención médica especializada, que corresponda a sus características físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva. En particular, deberán contar con atención médica ginecológica y pediátrica, antes, durante y después del parto, el cual no deberá realizarse dentro de los lugares de privación de libertad, sino en hospitales o establecimientos destinados para ello. En el caso de que ello no fuere posible, no se registrará oficialmente que el nacimiento ocurrió al interior de un lugar de privación de libertad.

En los establecimientos de privación de libertad para mujeres y niñas deberán existir instalaciones especiales, así como personal y recursos apropiados para el tratamiento de las mujeres y niñas embarazadas y de las que acaban de dar a luz.

Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez.⁵³

Dentro de las reglas de Bangkok que se pueden destacar con respecto al tratamiento de las reclusas en periodo de lactancia, la regla 5 establece que los recintos destinados al alojamiento de las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que se encuentren en período de lactancia. Asimismo, la regla 22 estipula que no se aplicarán sanciones de aislamiento o segregación disciplinaria a las madres en período de lactancia.

Respecto a las mujeres en situación de postparto, *inter alia*, las Reglas de Bangkok señalan en particular que “no se utilizarán medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior.”⁵⁴ En los comentarios a las Reglas de Bangkok⁵⁵ se explica que “es importante que la historia clínica sobre la salud

⁵³ CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Resolución 1/08 del 13 de marzo de 2008, Principio X.

⁵⁴ ONU, 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/RES/65/229 (16 de marzo de 2011). Regla 24.

⁵⁵ Los comentarios a las reglas de las naciones unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para mujeres delincuentes no integran formalmente las Reglas. Los comentarios a las Reglas de Bangkok fueron preparados por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), y acordados por el Grupo intergubernamental de expertos de composición abierta, para desarrollar reglas complementarias específicas para el tratamiento de mujeres detenidas y sometidas a medidas privativas y no

reproductiva de las mujeres se encuentre registrada en sus archivos médicos para ayudar en la determinación de cualquier tratamiento futuro”⁵⁶ y que las “complicaciones actuales de la salud reproductiva deberían recibir una respuesta médica apropiada y sin dilación.”⁵⁷ Por ejemplo, las mujeres “quienes recientemente han dado a luz requieren cuidados post-natales y, frecuentemente, asesoramiento sobre esta circunstancia.”⁵⁸ Empero, en todo momento se respetará el derecho de las reclusas a la confidencialidad de su historial médico, incluido expresamente el derecho a que no se divulgue información a ese respecto y a no someterse a reconocimiento en relación con su historial de salud reproductiva.⁵⁹

El comentario sobre la regla 13 , señala que “las mujeres son particularmente susceptibles a la depresión y a la angustia mental en ciertos momentos”, por ejemplo, después del parto, en consecuencia, el personal penitenciario debe brindar atención y contar con entrenamiento “para reconocer los síntomas de angustia mental y para responder a estas necesidades de forma adecuada, respondiendo a las necesidades de las mujeres con comprensión y refiriéndolas al apoyo especializado, según sea necesario (por ejemplo, servicios de apoyo psico-social, incluyendo aquellos proporcionados por organizaciones especializadas de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, etc.).”⁶⁰

Respecto a la alimentación, en general, el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica en el informe del 2016 aborda la cuestión de la discriminación contra la mujer con respecto a la salud y la seguridad ha señalado que:

[D]urante el embarazo, muchas mujeres están expuestas a la malnutrición debido a la discriminación en la distribución de alimentos. Ello puede dar lugar a un deterioro grave e irreversible de la salud general de la mujer y aumentar el riesgo de parto prematuro, peso bajo

privativas de libertad (Bangkok, Tailandia, 23-26 noviembre 2009). La traducción al español (no oficial) fue realizada por el Servicio Penitenciario Federal de Argentina, y posteriormente revisada y complementada por la Oficina de Programas de UNODC en Panamá.

⁵⁶ Ibidem, comentario a la Regla 6(3).

⁵⁷ Ídem.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ Reglas de Bangkok, Regla 8.

⁶⁰ Ibidem, Comentario a la Regla 13.

al nacer y defectos congénitos en el niño. Después del parto, la discriminación puede seguir afectando a la salud de la mujer, incluso en relación con la lactancia materna.⁶¹

Para prevenir la situación anterior, y en atención al principio XI de los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas* las mujeres en situación de posparto y lactantes privadas de la libertad tendrán derecho a recibir una alimentación que responda, en cantidad, calidad y condiciones de higiene, a una nutrición adecuada y suficiente, tomando en consideración, *inter alia*, las necesidades o dietas especiales determinadas por criterios médicos. Dicha alimentación será brindada en horarios regulares, y su suspensión o limitación, como medida disciplinaria, deberá ser prohibida por la ley.⁶²

Asimismo, las madres lactantes deben tener disponibilidad de amamantar a sus bebés en un ambiente cómodo y el régimen penitenciario debe ser flexible tanto para las mujeres embarazadas como para las madres lactantes y se “deberá disponer de alimentos para los bebés, los niños y la alimentación de las madres lactantes, de forma gratuita.”⁶³ De igual manera, no se debe impedir “que las reclusas amamanten a sus hijos, a menos que existan razones sanitarias concretas para ello”⁶⁴, en consecuencia, se deberá respetar la decisión de la madre de amamantar y auspiciar las condiciones necesarias para ello y en los programas de tratamiento “se tendrán en cuenta las necesidades médicas y de alimentación de las reclusas que hayan dado a luz recientemente y cuyos bebés no se encuentren con ellas en la prisión.”⁶⁵

En relación a la vestimenta, debe ser suficiente y adecuada a las condiciones climáticas, y en ningún caso las prendas de vestir podrán ser degradantes ni humillantes.⁶⁶ Asimismo, se debe garantizar los medios necesarios para el mantenimiento de que toda la vestimenta se mantenga limpia y en buen estado, tanto para la madre e hijo o hija, que la ropa interior se cambie y lave con la frecuencia necesaria para cuidar la higiene personal.⁶⁷ En consecuencia de lo anterior, se es necesario que las madres cuenten de manera permanente con los elementos indispensables para la limpieza de su hijo o hija, como ser toallas, pañales desechables, bañeras, agua caliente,

⁶¹ Naciones Unidas, Asamblea General, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, A/HRC/32/44 (8 de abril de 2016), párr. 37.

⁶² Véase también la regla 48, reglas de Bangkok.

⁶³ UN- UNODC, *Manual para Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres encarceladas*, 2011. p.61.

⁶⁴ Reglas de Bangkok, regla 48.2.

⁶⁵ *Ibidem*, regla 48.3.

⁶⁶ CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas...*, *op cit.* Principio XII.

⁶⁷ Asamblea General, Resolución aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre de 2015: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), Regla 19.

etc., y que en los centros penitenciarios tengan espacios de lavandería para garantizar a las madres lactantes, cuenten diariamente con ropa limpia y acorde a las condiciones ambientales para su hijo o hija. De igual manera, deberán de disponer de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, entregada limpia, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza.⁶⁸

Niños y niñas con madres en prisión

Previo abordar los niños y niñas que viven con sus madres en prisión, es necesario señalar que las mujeres que viven en prisión con sus hijos e hijas; son víctimas de violencia por razones de género, edad o situación jurídica, como es el caso de las mujeres privadas de libertad, paralelo a esta condición de género, está la condición biológica de ser madres. Entendiendo que este contexto de violencia por el que atraviesan las mujeres en prisión se ve intrínsecamente relacionado con el rol social que se les impone, es decir además de sufrir discriminación por ser mujeres lo sufren por ser reclusas-madres, esta situación de discriminación abarca distintos niveles; su familia, su pareja y la comunidad.

En este contexto que atraviesan las mujeres en prisión, se ven envueltos sus hijos e hijas; los cuales enfrentan barreras para acceder a sus derechos humanos, como el **derecho de niños y niñas a convivir con su madre, familia y medio comunitario**, las reglas de Bangkok N0. 51, numeral 2, establece que: “En la medida de lo posible, el entorno previsto para la crianza de esos niños será el mismo que el de los niños que no viven en centros penitenciarios”.

Para garantizar este derecho establecido en las reglas de Bangkok, es necesario enfatizar que tanto la madre, como sus hijos e hijas se encuentran bajo la tutela del Estado, cuando se encuentra en prisión preventiva o cumpliendo una condena. En tanto, el Estado debe hacerse responsable de proporcionar todo aquello que el niño o la niña necesite para su protección y desarrollo.

En una situación donde la familia, y sobre todo la madre se encuentra en prisión, y, por lo tanto, no pueda proveer materialmente todo lo que el niño o la niña necesita, el Estado tiene la obligación de apoyar a estas familias para que permanezcan juntas y puedan proporcionar todo lo necesario para el desarrollo de las niñas y niños.

⁶⁸ Ibidem, regla 21.

La Convención de los Derechos del Niño⁶⁹, en su artículo segundo, señala el rol del Estado para garantizar y promover la no discriminación de las niñas y niños, independientemente, entre otros puntos, de la condición de sus padres.

Para esto es necesario señalar: “que no discriminar no es sinónimo de no hacer, sino de hacer para proteger, promover y garantizar la no discriminación en el espacio público y privado, a través del aparato legislativo, judicial y las políticas públicas”⁷⁰

No podemos separar la condición de mujeres, madres y reclusas, en tal sentido las medidas de privación aplicadas a las mujeres en prisión, afectan también a los niños y niñas que se encuentren junto a ellas; es necesario tomar en consideración que las mujeres que viven en prisión, suelen ser olvidadas y en algunas ocasiones abandonadas por sus familiares.

En este sentido para asegurar **el derecho a la familia, la comunidad y el desarrollo personal** de niños y niñas en prisión, será importante garantizar que las mujeres sean recluidas en centros penitenciarios que estén cerca de sus hogares, de tal forma que se permita que sus familiares las visiten, es importante contar con fondos de apoyo para familiares de mujeres privadas de libertad que permitan cubrir gastos de transporte, a efectos que puedan ir a visitarlas a los centros penales y asegurar que los niños y niñas no pierdan el vínculo y contacto con sus familiares en el exterior. También puede considerarse extender la duración de las visitas, cuando las familias enfrentan dificultades para realizarlas debido a las distancias involucradas, o por la falta de recursos y de transporte.

Para las autoridades penitenciarias y jueces de ejecución encargadas de aplicar estas medidas, podrán sustentar sus resoluciones y debidamente motivarlas; desde un enfoque de derechos, partiendo del Interés Superior del Niño; el Comité de Derechos del Niño ha hecho hincapié en lo siguiente:

[C]uando la acusada tenga la responsabilidad de atender a un hijo, el Comité recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño (art. 3) y que ello se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena, y en las decisiones relativas a la internación del niño.⁷¹

⁶⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19, también prevé el derecho de niñas y niños a medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado.

⁷⁰ Niños y niñas que viven en prisión con sus madres, una perspectiva jurídica comparada, Corina Giacomello, artículo 2, principio de no discriminación, página 21.

⁷¹ Comité de los Derechos del Niño, "Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Tailandia", marzo de 2006, párr. 48.

De esta forma el Interés Superior del Niño y su interpretación deberá primar sobre otras interpretaciones, es decir que cualquier medida impuesta a la madre en su condición de privada de libertad, deberá ser analizada paralelamente en la afectación que pueda tener hacia los hijos e hijas que se encuentren con ella en prisión, abordando un enfoque diferencial e interseccional. La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, exhorta a los Estados para que garanticen ese trato especial:

Art. 30. Hijos de madres reclusas.

Los Estados Parte en la presente Carta se comprometerán a dar un **trato especial** a las **madres embarazadas y de niños recién nacidos o pequeños** que sean declaradas culpables de infringir la ley penal, y en particular:

-garantizarán que, cuando dichas madres sean condenadas, en primer lugar, **se considerará una sentencia de no reclusión;**

-establecerán y promoverán **medidas alternativas al internamiento institucional** para el tratamiento de dichas madres; establecerán **instituciones alternativas especiales para dichas madres;**

-garantizarán que no se impondrá una sentencia de muerte a dichas madres;

-garantizarán que el **objetivo** esencial **del sistema penitenciario** será la **formación, la integración de la madre en la familia y la reinserción social.**

Como medidas afirmativas, los Estados deberán facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños y niñas cuando no se hallen atendidos por su madre o padre; proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas⁷²

En ningún caso las niñas y niños que viven con sus madres en prisión, deberán ser tratados como reclusos, ni como si estuviesen en conflicto con la ley penal, cabe resaltar que estos últimos no son objeto de proceso penal ni están siendo sometidos al control jurisdiccional y punitivo del Estado. En tanto los niños y niñas que viven en prisión tienen derecho a no ser discriminados como resultado de las acciones cometidas por sus madres y padres⁷³, ni

⁷² Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), regla N0. 29.

⁷³ Reglas de Bangkok, registros personales, regla N0. 19, 20 y 21:

Artículo 19: Se adoptarán medidas efectivas para resguardar la dignidad y asegurar el respeto de las reclusas durante los registros personales, que serán realizados únicamente por personal femenino que haya recibido

sometidos a procesos que son exclusivos para el personal penitenciario y para las personas privadas de libertad, como requisas u otros procedimientos establecidos en reglamentos y/o leyes penitenciarias que pudieran resultar contrarios a la dignidad humana tanto de la madre como de sus hijos e hijas.

El encarcelamiento de una madre o un padre puede conllevar el deterioro de las condiciones de vida materiales de la niña o del niño, así como de su equilibrio emocional y psicológico. En este sentido, las medidas que se apliquen a las mujeres privadas de libertad con niños y niñas bajo su cuidado, siempre deberán ser analizadas bajo un enfoque de derechos; considerando una perspectiva de género, el interés superior del niño o la niña y el principio de igualdad y no discriminación a razón de garantizar un trato diferencial y especializado en cada caso concreto. Ninguna sanción debería establecerse por encima del interés superior del niño y la niña.

La propia Corte IDH se ha pronunciado respecto a los efectos de la separación entre las mujeres privadas de libertad con los hijos o hijas, señalando que “la incomunicación severa” tiene efectos particulares en las internas madres y que diversos órganos internacionales han enfatizado que es obligación de los Estados “tomar en consideración la atención especial que deben recibir las mujeres por razones de maternidad, lo cual implica, entre otras medidas, asegurar que se lleven a cabo visitas apropiadas entre madre e hijo.”⁷⁴

En el Manual para Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres encarceladas se subraya que:

Los hijos fuera de la prisión son causa de gran angustia para sus madres, quienes se preocupan por la separación, por si el hijo será separado de ellas o no y cómo serán criados. Si hay varios hijos y están siendo criados por diferentes personas o instituciones, esto será una causa adicional de preocupación. Los estudios sobre hijos de reclusos reportan consistentemente que “los niños experimentan una variedad de problemas psicosociales durante el encarcelamiento de un padre, incluyendo: depresión, hiperactividad, conducta agresiva, abandono, retardo, tendencia a apegarse, problemas de sueño y de alimentación, huidas, ausentismo escolar, bajas calificaciones escolares y delincuencia.” Además, “la separación del hijo y sus padres puede

capacitación adecuada sobre los métodos apropiados de registro personal y con arreglo a procedimientos establecidos. **Artículo 20:** Se deberán preparar otros métodos de inspección, por ejemplo, de escaneo, para sustituir los registros sin ropa y los registros corporales invasivos, a fin de evitar las consecuencias psicológicas dañinas y la posible repercusión física de esas inspecciones corporales invasivas. **Artículo 21:** Al inspeccionar a los niños que se hallen en prisión con sus madres y a los niños que visiten a las reclusas, el personal penitenciario deberá proceder de manera competente, profesional y respetuosa de su dignidad.

⁷⁴ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

experimentarse como abandono, que puede causar angustia a los hijos.” Sin embargo, los derechos y necesidades de los niños dependientes que están fuera de la prisión raramente se toman en cuenta al tomar decisiones de detener o sentenciar a sus madres.⁷⁵

En relación a lo anterior, las Reglas de Bangkok disponen que las visitas en que se lleve a niños o niñas “se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ellos.”⁷⁶ De igual manera, las sanciones disciplinarias para las reclusas “no comprenderán la prohibición del contacto con sus familiares, especialmente con los niños.”⁷⁷

Personas LGBT

Las personas lésbicas, gais, bisexuales y trans: LGBT⁷⁸, como lo establece la CIDH, enfrentan afectaciones desproporcionadas debido a la estigmatización y prejuicios existentes con base en la orientación sexual, identidad de género o características sexuales diversas, identificando situaciones que incrementan el grado de vulnerabilidad al que están expuestos y por los cuales ven limitados el acceso a sus derechos. Identificando una serie de afectaciones entre ellas: i) la exposición a un mayor riesgo de violencia; ii) determinación del ingreso a las unidades carcelarias sin considerar la identidad de género; iii) segregación dentro de la misma prisión, iv) falta de reconocimiento de la identidad y expresión de género, v) mayores obstáculos para la realización de visitas íntimas, y vi) falta de acceso a servicios de salud adecuados. Bajo esta problemática podemos puntualizar las siguientes observaciones:

Víctimas de violencia simbólica y violencia estructural: frente al poder punitivo del Estado, las personas privadas de libertad se encuentran bajo su tutela y protección garante⁷⁹. Dentro del ámbito de la violencia simbólica podemos observar distintas prácticas, más invisibles, que

⁷⁵ UN- UNODC, *Manual para Operadores de Establecimientos*, op cit. pp.15-16.

⁷⁶ Reglas de Bangkok, regla 28.

⁷⁷ Ibidem, regla 23.

⁷⁸ Sin menoscabo de considerar a los demás grupos en vulnerabilidad afectados como ser travestis, queer, entre otros.

⁷⁹ Entendiendo el garantismo penal de Ferrajoli los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, el derecho penal es un límite frente al poder del “más fuerte”, por tanto, no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puniciones.

generan al igual que la violencia directa, daños irreparables⁸⁰. Son prácticas normalizadas por un ambiente machista, que perpetúan la discriminación, como la falta de reconocimiento por su identidad de género, maltrato por motivo de su identidad de género u orientación sexual, constante hostigamiento por los prejuicios y estereotipos alrededor de la persona, ahondado a una “masculinidad forzada” y una “feminización forzada”⁸¹, que puede ser característicos de un trato cruel, inhumano y degradante, producto de violencia sexual y machismo generalizado. Mientras la violencia estructural agrava la situación mediante la limitación de la satisfacción de las necesidades básicas humanas (supervivencia, bienestar, identidad o libertad) como resultado de procesos de consolidación de dicha discriminación por violencia tanto directa como indirecta. En ese sentido, es necesario que el personal del sector justicia (incluido el penitenciario) goce de perspectiva de género, se encuentre especializado y sensibilizado⁸², en enfoque de derechos humanos y se provea a los centro de reclusión de protocolos adecuados de actuación, que permitan una aplicación diferencial y especializada, en el trato que reciben las personas privadas de libertad LGBT, lo que permitiría deconstruir las prácticas machistas y discriminatorias, además de servir de contrapeso a cualquier norma y práctica de carácter heteronormativa y patriarcal. Por ejemplo en este punto al momento de ingresar a un centro de reclusión, se debe respetar la identidad de género y las expresiones de género de la persona, y el Estado en su posición de garante, debe velar por dicho respeto, mediante procedimientos que no atenten la dignidad de la persona privada de libertad, permitiendo su reclusión en módulos adecuados y designados, atendiendo su situación potencialmente vulnerable, frente a la violencia que impera en los centros penitenciarios, esta discriminación positiva debe atender

⁸⁰ Informe sobre la “Situación de los derechos humanos de las personas LGBT y Privadas de libertad en América” relativo a la audiencia temática dentro del 168° periodo ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) 2015.

⁸¹ Informe sobre la “Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América Latina”. OAS/Ser.L/V/II.rev.2. (CIDH) 2015. Par. 148: De conformidad con la información recibida por la CIDH, las personas LGBT privadas de su libertad enfrentan un riesgo mayor de violencia sexual –incluido un riesgo más alto de múltiples agresiones sexuales – y otros actos de violencia y discriminación, a manos de otras personas privadas de libertad o del personal de seguridad. La Relatora Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha expresado su preocupación en relación a las mujeres lesbianas que son ubicadas en celdas con hombres como castigo por rechazar las propuestas sexuales del personal de custodia de la cárcel. Según se alega, las mujeres privadas de libertad que son percibidas por parte del personal de custodia como “masculinas” son sometidas a acoso, abuso físico y “feminización forzada.” Adicionalmente, los hombres gais o las mujeres trans privadas de libertad pueden ser sometidos a situaciones de servidumbre forzada por parte de otros internos y son obligados u obligadas a proveer “servicios sexuales”.

⁸² Principio de Yogyakarta n° 9 inciso G) Emprenderán programas de capacitación y sensibilización dirigidos al personal penitenciario y a todos los otros funcionarios y funcionarias de los sectores público y privado involucrados en los establecimientos de detención sobre las normas internacionales de derechos humanos y los principios de igualdad y no discriminación, incluidos los referidos a la orientación sexual y la identidad de género

el enfoque diferencial y en ningún momento puede significar una violencia estructural, ni una política de exclusión o marginación. En tal sentido, la especialización de los funcionarios(as) penitenciarios debe ser acompañada por una política de empoderamiento a los reclusos.

La igualdad y no discriminación frente a la heteronormatividad⁸³ y la cisnormatividad⁸⁴: A pesar que casi todas las constituciones de la región recogen el principio de igualdad y no discriminación⁸⁵, además del reconocimiento convencional del mismo⁸⁶, presentan una problemática constante al momento de su aplicación e interpretación frente a las regulaciones carcelarias de la región, sobre todo teniendo en cuenta la problemática de las visitas conyugales⁸⁷; a priori parecieran incluyente, pero todavía las autoridades penitenciarias mantienen un sesgo discriminatorio excluyente por razón de la orientación y preferencia sexual, al momento de su aplicabilidad. Por tanto, para un efectivo enfoque diferenciado es necesario un exhaustivo análisis de todas aquellas normas y procedimientos, que representen una limitante del acceso a la atención de las personas en condiciones de dignidad y todas las

⁸³ Heteronormatividad: sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género. Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales, y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes (en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos., y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 31.)

⁸⁴ Cisnormatividad: idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres (en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015, párr. 32, y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. *Conceptos Básicos*. Disponible al 31 de octubre de 2020 en <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>)

⁸⁵ Art. 1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, art. 13 Constitución Política de Colombia de 1991, art. 11 Constitución Política de la República de Ecuador de 2008, y art. 60 Constitución Política de la República de Honduras de 1982, con sus respectivas reformas, como ejemplo.

⁸⁶ Artículo II de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre y artículo 1 de la CADH

⁸⁷ Por ejemplo, en Honduras la ley del Sistema Penitenciario en su artículo 89 establece que “las personas internas pueden gozar del beneficio de recibir visitas íntimas de su cónyuge o compañera (o) en las instalaciones”, sin embargo, en el reglamento de la ley del Sistema Penitenciario establece en el art. 269 sobre el estudio de casos para el ingreso al establecimiento en calidad de visitante en su n°1 versa “En el caso de la visita conyugal sólo se permitirá entre personas de diferente sexo”, una norma discriminatoria y heteronormativa. En tanto, en el caso de Colombia tuvo que pronunciarse la Corte Constitucional el criterio central de estas reglas consiste en considerar que las personas privadas de la libertad en razón de una condena penal tienen una especial sujeción respecto del Estado, en dos niveles diferenciados. Por un lado, la privación de la libertad permite que se impongan restricciones a algunos derechos fundamentales y limitaciones a otros. De otro, los establecimientos penitenciarios tienen la obligación constitucional de garantizar aquellos derechos no sujetos a restricción, pues el recluso está en situación de especial sujeción antes mencionada (Corte Constitucional Colombia, Sentencia, T - 061, 2011)

implicaciones que conllevan, atendiendo las necesidades y los derechos de las personas LGBT. Construyendo procedimientos y una cultura de respeto, para romper los prejuicios y estereotipos que fomentan las violaciones de los derechos fundamentales de las personas en aras de su humanidad⁸⁸, para ellos también es necesaria la inclusión de los miembros de sociedad civil que representan a los distintos grupos en condición de vulnerabilidad, en las mesas o comisiones de administración y vigilancia penitenciarias, para velar por los derechos a la salud, educación, familia y trabajo de las personas en condiciones dignas y especializadas. Este abordaje permitirá garantizar el acceso a todos los derechos que les asisten como personas privadas de libertad, entre otros, que las visitas de la pareja no se vean limitadas por estereotipos o prejuicios por razones de su orientación sexual y únicamente respondan al derecho de integración familiar y social, y al respeto de su dignidad.

Diferenciado no es desigual ni marginado: un problema prioritario que parece invisibilizado por las autoridades es la segregación dentro del mismo establecimiento penitenciario, en ocasiones pretenden justificar un uso inadecuado del enfoque diferenciado. Un ejemplo claro de esta situación, es que las cárceles siguen siendo clasificadas bajo un sistema binario y en razón del sexo, con la salvedad de algunos centros de detención que atienden la vulnerabilidad de otros grupos⁸⁹, las personas privadas de libertad LGBT siguen siendo forzadas a un sistema penitenciario que únicamente responde a una clasificación por sexo y no por razón de su identidad de género. Mientras algunos centros de privación de libertad tienen sus módulos dentro de las penitenciarías en razón de su sexo y no de su género, crean espacios físicos para personas LGBT, que lejos de ser una forma de establecer un espacio diferenciado, representa una forma de marginación dentro del mismo panóptico, donde ellos son aislados.

Bajo esta problemática, para una correcta aplicación del enfoque diferenciado es necesario filtrar cada precepto que involucre a los privados de libertad LGBT bajo tres ejes: primero en razón del derecho a la vida privada, familiar y al libre desarrollo de la personalidad⁹⁰. Segundo,

⁸⁸ En razón de los Principios de Yogyakarta n° 9 el derecho de toda persona privada de su libertad a ser tratada humanamente: D) Establecerán medidas de protección para todas las personas privadas de su libertad que resulten vulnerables a la violencia o los abusos por causa de su orientación sexual, identidad de género o expresión de género y asegurarán que dichas medidas no impliquen más restricciones a sus derechos de las que experimenta la población general de la prisión, en la medida en que esto pueda llevarse razonablemente a la práctica; E) Asegurarán 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.

⁸⁹ Por ejemplo, los centros para niñez en conflicto con la ley penal.

⁹⁰ Por ejemplo, en aras de la Declaración Universal de DDHH Corte Constitucional de Colombia señaló en la Sentencia T-69 de 2002: Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no,

con relación amplia al acceso a sus derechos como ser salud⁹¹ y ejercicio pleno de la sexualidad⁹²; y un tercero que atienda a su condición de vulnerabilidad⁹³, en equidad para facilitar el acceso a la gama de sus derechos.

Transversalización, interseccionalidad y categorías sospechosas: Todo acto administrativo o judicial que implique una afectación directa o indirecta de una persona LGBT, debe ser puesto a prueba mediante herramientas que permitan una acción positiva para el enfoque diferenciado, como ser transversalización, interseccionalidad y categorías sospechosas. La transversalización o mainstreaming de género⁹⁴, puede aplicarse perfectamente para que asociaciones civiles en representación de personas LGBT privadas de libertad y sus familiares, puedan participar en la creación de políticas y acciones positivas, para garantizar el acceso de los y las privadas de libertad, en el ámbito de su reinserción mediante un tratamiento penitenciario progresivo y

el derecho a la visita íntima, constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta. Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano, el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva a una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula. Además, el Artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

⁹¹ El derecho a la salud recibe una proyección aún más relevante en el escenario jurídico internacional con la aprobación del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fundamentado en el texto del artículo 12.1 de este instrumento legal: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

⁹² La Organización Mundial de Salud precisa que la salud sexual es: un estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad; no es meramente la ausencia de enfermedad, disfunción o debilidad. La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia. Para que la salud sexual se logre y se mantenga, los derechos sexuales de todas las personas deben ser respetados, protegidos y cumplidos. En la OMS. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994. Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>

⁹³ Debemos interpretar de manera amplia el sentido del concepto de vulnerabilidad de las 100 reglas de Brasilia (regla 3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dónde género debe definirse en un sentido pro persona y de mayor protección que incluya la identidad y expresión de género.

⁹⁴ Puede entenderse como un método de gestión reducir la desigualdad por género. Por ejemplo, contemplado en el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea parr.2: El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

restaurador⁹⁵; exigiendo como primer paso el uso no sexista en las comunicaciones administrativas, el uso de indicadores no binarios, la creación de protocolos con perspectiva de género incluyente, entre otros.

Interseccionalidad: el abordaje interseccional permite consolidar la no discriminación⁹⁶, a favor de las personas privadas de libertad LGBT. Dilucida las relaciones de poder y las experiencias de cada persona frente a las desigualdades y su punto de intersección. Entendiendo que la política estatal en materia carcelaria se dirige a un grupo desigual de forma general o concreta (privados de libertad hombre y mujer) por lo que no son equitativas con las demás desigualdades o grupos cuyas vulnerabilidades se cruzan⁹⁷. El abordaje interseccional permite un mejor enfoque diferencial, atendiendo las particularidades de cada persona en su individualidad, pero sin desconocer todas las categorías sospechosas que le atraviesan y evaluar los riesgos a los que se exponen las personas⁹⁸, por la aplicabilidad de herramientas,

⁹⁵ Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de Reclusos (reglas Nelson Mandela) Regla 4 1. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos sólo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo. 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos. El art. 19 del Conjunto de principios para la protección de personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión: Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho.

⁹⁶ Discriminación interseccional: cuando convergen en la identidad y el contexto de una persona dos o más condiciones o categorías consideradas como “sospechosas” (la edad, la discapacidad, la orientación sexual, etc.), que al interactuar incrementan las posibilidades que la persona sea excluida, limitada o restringida en sus derechos; e incluso, que aumente su situación de vulnerabilidad y de asimetría de poder. El Principio de Igualdad de Género en la Jurisprudencia Comparada. En una muestra analítica de criterios internacionales y nacionales. Véase, Women’s Link Worldwide y Programa de Equidad de Género, Suprema Corte de Justicia de la Nación, en SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, p. 30.

⁹⁷ Por ejemplo, La “interseccionalidad estructural” se refiere a la experiencia directa que tienen las personas de cómo las intersecciones entre diferentes desigualdades pueden afectar estructuralmente sus oportunidades económicas, políticas y sociales, creando desventajas para sujetos que se encuentran en el punto de intersección entre desigualdades concretas, como es el caso de las mujeres afroamericanas. Véase, Lombardo, Emanuela, and M. M. T. Verloo. "La ‘interseccionalidad’ del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea." (2010).

⁹⁸ Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia aplicó un enfoque interseccional y contextual para las mujeres y niñas desplazadas como consecuencias del conflicto armado, donde “las autoridades colombianas están en la obligación constitucional e internacional, imperativa e inmediata, de identificar y valorar, los riesgos específicos a los que están expuestas las mujeres en el marco del conflicto armado”, Corte Constitucional Colombiana (Sala segunda de Revisión) auto 092/08. En el caso de México dentro del protocolo para juzgar con perspectiva de

resoluciones y protocolos tanto política, administrativa y judicialmente, que no han abordado el enfoque. Lo anterior para facilitar su deconstrucción y un abordaje más inclusivo.

Categorías sospechosas: definidas también como rubros prohibidos de discriminación⁹⁹. Sirven para identificar cada una de las condiciones que trascienden a la persona, implica que cada decisión tanto en el ámbito judicial como administrativo debe someterse a un escrutinio estricto para establecer la legitimidad de una restricción, exclusión o limitación de un derecho. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México lo enfoca con el fin de evitar un trato discriminatorio institucional:

...también conocidas como "categorías sospechosas" (el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas), requieren que el operador de la norma realice un escrutinio estricto de la medida para examinar su constitucionalidad a la luz del principio de igualdad. Al respecto, es de señalar que tanto la Constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Mexicano, prevén la posibilidad de otorgar un trato desigual a quienes no se encuentran en una paridad frente a los otros sujetos, si dicho trato implica una distinción justificada; pero si, por el contrario, la medida adoptada carece de razonabilidad, entonces será excluyente y, por ende, discriminatoria.

CONCLUSIONES

En principio, las mujeres con hijos e hijas dependientes, como madres en situación de embarazo, posparto y lactantes, no deben ser encarceladas a menos que sea absolutamente necesario. Entendiendo que la prisión preventiva es de carácter excepcional; en este sentido la imposición de medidas y de la sentencia, deberá valorar este criterio desde un enfoque de derechos humanos. En caso contrario, si se les encarcela, el Estado asume la responsabilidad de garantizar los servicios de salud, educación, alimentación y recreación a los niños y niñas en prisión y garantizar a las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de libertad, un trato digno y respetuoso de acuerdo a su condición. Asimismo, los Estados deben garantizar, *inter alia*, emprender acciones afirmativas para contrarrestar la discriminación que enfrentan

Género establece que un enfoque interseccional trae consigo la deconstrucción de algunas figuras jurídicas y una evolución inclusiva como en el caso del matrimonio igualitario.

⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, en SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género, 2017. p. 56

las reclusas en razón a su condición; adoptar en las prisiones un estilo administrativo con enfoque de género y capacitar al personal asignado para supervisar a las reclusas sobre las necesidades de género de las mismas.

Los Estados deben asegurar que las privadas de libertad en estado de embarazo, postparto y en lactancia, tengan un efectivo acceso al derecho a la salud, entendida como el disfrute del nivel más alto en cuanto al bienestar físico, mental, social. Se debe incluir una atención médica especializada como ser en el área de ginecología y pediatría; la disponibilidad permanente en todos los establecimientos penitenciarios de personal médico idóneo, esto debe incluir además el acceso a medicamentos apropiados y gratuitos. Los Estados también deben garantizar que dichos servicios funcionen en coordinación con los sistemas de salud pública de manera que dichas políticas y prácticas incluya a las mujeres embarazadas que están privadas de libertad sin ningún tipo de exclusión.

Es importante recalcar lo que consta en diversos instrumentos internacionales, no deben ser consideradas discriminatorias todas las medidas destinadas a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres privadas de la libertad, y en particular de las mujeres embarazadas, en postparto o de las madres lactantes, “ya que las mismas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial”¹⁰⁰; estas medidas deben ser consideradas una acción reivindicatoria.

El Estado debe garantizar a las personas LGBT, espacios adecuados de reclusión, políticas penitenciarias inclusivas y medidas no discriminatorias, como garante de las personas privadas de libertad debe mantener el control y la seguridad interna de los establecimientos penitenciarios, a medida de disminuir y desaparecer la violencia de género sufrida por este grupo. Debiendo velar por una reinserción integral que incluya la esfera familiar en un sentido amplio, el acceso a los servicios de salud, educación, la visita conyugal en condiciones dignas, entre otros.

Para garantizar un enfoque diferenciado en el ámbito de aplicación del *amicus curiae*, en los grupos que se cruzan por la variable de género, es necesario el pronunciamiento sobre el

¹⁰⁰ ONU, Asamblea General, *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, resolución 43/173, 9 de diciembre de 1988. Véase también: CIDH, *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas...*, op cit. Principio II.

escrutinio de todas las normas que de alguna manera limitan el acceso a los derechos de los grupos en condición de vulnerabilidad. Para ello, debe hacer uso de herramientas y enfoques como interseccionalidad, transversalización y categorías sospechosas, para una correcta aplicabilidad del enfoque diferenciado.

BIBLIOGRAFIA

ACNUR-CO. *Directriz de enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de las personas en situación de desplazamiento forzado con discapacidad en Colombia*, 2011. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7536.pdf>

CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, Resolución 1/08 del 13 de marzo de 2008.
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf>

CEDAW, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N.º 24 (1999). 2 de febrero de 1999.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría de Derechos LGTBI. Conceptos Básicos. <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 12 de noviembre 2015.

Comité de Derechos Humanos, observación general número 18, No Discriminación, 1989.
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6622&Lang=es

Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención. Observaciones finales*. Tailandia, marzo de 2006.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General No.5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/5. 27 de noviembre de 2003.

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G0345517.pdf>

Comité de los Derechos del Niño, observación general No. 14. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). CRC/C/GC/14. 29 de mayo de 2013.

https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf

Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre del 2008.

Constitución de la República de Honduras, 20 de enero de 1982.

Constitución Política de Colombia, 4 de julio de 1991.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 5 de febrero de 1917.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979.

Corina Giacomello, niños y niñas que viven en prisión con sus madres, una perspectiva jurídica comparada, Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2018.

Corte Constitucional Colombiana (Sala segunda de Revisión) auto 092/08.

Corte Constitucional de Colombia señaló en la Sentencia T-69 de 2002

Corte Constitucional Sentencia, T - 061, 2011

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C. No 257.

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289.

Corte IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. Caso Hermanos Landaeta Mejia y otros Vs Venezuela. (Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 27 de agosto de 2014. Serie C No. 281.

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

Corte IDH, Opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante en Corte IDH, OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 convención americana sobre derechos humanos) solicitada por el gobierno de Costa Rica.

Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, 1948.

Informe sobre la “Situación de los derechos humanos de las personas LGBT y Privadas de libertad en América” relativo a la audiencia temática dentro del 168º periodo ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Informe sobre la “Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América Latina”. OAS/Ser.L/V/II.rev.2. (CIDH) 2015.

Instituto Nacional de las Mujeres y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF)

niñas y niños invisibles, hijos e hijas de mujeres reclusas, México, enero 2002.

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

Lombardo, Emanuela, and M. M. T. Verloo. "La ‘interseccionalidad’ del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea." (2010).

Medellín Urquiaga, Ximena, Principio pro persona, México, CDHDF, SCJN, OACNUDH México, 2013.

Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, A/HRC/32/44. 8 de abril de 2016.

Naciones Unidas, Manual sobre mujeres y encarcelamiento, 2da ed., trad. (no oficial) Unión Europea, a través del Proyecto de Cooperación en Seguridad con Panamá (SECOPA) de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe en Panamá (UNODC ROPAN). Viena, UNODC, 2014.

OMS. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>

ONU, Asamblea General, Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, resolución 43/173, 9 de diciembre de 1988.

<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>

Principios de Yogyakarta, *principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, 2007.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1966.

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).

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), adoptadas mediante Resolución 45/110 de la Asamblea General, 14 de diciembre de 1990.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, Protocolo para juzgar con perspectiva de género. 2017.

UNODC, Manual para Operadores de Establecimientos Penitenciarios y Gestores de Políticas para Mujeres encarceladas, 2011.

https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf

f