



Dejusticia

EQUIS
Justicia para las mujeres

27 de noviembre de
2020

Señor

Pablo Saavedra Alessandri

Secretario

Corte Interamericana de Derechos Humanos

San José, Costa Rica

REF.: Comentarios a Solicitud de Opinión Consultiva sobre enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad

Las organizaciones abajo firmantes, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y de los artículos 70 y 73.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), presentamos observaciones a la solicitud de Opinión Consultiva puesta a consideración de este tribunal por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) el 25 de noviembre de 2019. El objeto de la solicitud consiste en lograr una interpretación conjunta de varias normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) sobre las obligaciones diferenciadas que el principio de igualdad y no discriminación impone a los Estados en el contexto de privación de la libertad, a fin de enfrentar la situación de desigualdad real de grupos en situación especial de riesgo. En particular, de personas embarazadas, en

periodo de posparto y lactantes; personas LGBTI; personas indígenas; personas mayores; y niñas y niños que viven con sus madres en prisión.

Nuestras observaciones buscan fortalecer la aplicación de los estándares internacionales sobre privación de la libertad con enfoque de género y diferencial para i) las personas gestantes, en posparto y lactancia, ii) las mujeres trans, y iii) niñas y niños que viven con su madre en prisión, a la luz los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 y 24 de la CADH, del artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (en adelante Convención Belém Do Pará) y del artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), entre otras normas de carácter obligatorio para los Estados parte del SIDH. El énfasis que hacemos en estas poblaciones particulares se relaciona con la experticia de las organizaciones y con el grado de evidencia que se ha podido recolectar.

El documento se divide en cinco secciones. En la primera exponemos algunas consideraciones relacionadas con la obligación que tienen los Estados parte de la CADH con los enfoques diferenciales para la población privada de la libertad (en adelante PPL), y se resalta la importancia de establecer una integración entre diferentes estándares, principios y documentos de carácter internacional con el SIDH. En la segunda sección, abordamos las obligaciones específicas de los Estados con respecto a las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad que se adecúan al SIDH, presentamos un contexto de la PPL que está en esta situación, así como la implementación de estos estándares. En la tercera sección abordamos las cuestiones planteadas con respecto a la PPL trans (enfocado en el trabajo de la sociedad civil con mujeres trans), allí presentamos un contexto de las condiciones regionales de reclusión y el desarrollo de los estándares interamericanos sobre enfoque diferencial que se aplica sobre las mujeres trans. La cuarta sección aborda el problema del enfoque diferencial desde el punto de vista de niñas y niños en prisión con sus madres. Allí exponemos los datos disponibles en la región, los antecedentes y marco de interpretación internacional que deberían aplicarse en el SIDH. La quinta y última sección contiene las principales recomendaciones que realizamos a la Corte IDH en relación con la Opinión Consultiva.

Tabla de contenido

1.	Consideraciones generales sobre los estándares internacionales a la luz del SIDH.	4
a)	Consideraciones sobre el uso del lenguaje inclusivo en el documento y en el proceso de la Opinión Consultiva	4
b)	El enfoque diferencial en los instrumentos del SIDH	5
c)	Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos	6

d) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres privadas de la libertad	8
e) Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	9
f) Informes de procedimientos especiales dedicados a la cuestión de mujeres privadas de su libertad.	10
g) Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas	11
h) Otros documentos relevantes para el análisis de estas poblaciones	12
2. Obligaciones específicas de los Estados con respecto a las personas gestantes, en posparto y lactantes privadas de la libertad que se adecúan al SIDH	16
a) Contexto de personas gestantes, en posparto y lactantes privadas de la libertad en América Latina	16
b) Implementación de los estándares relacionados con las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad en el SIDH	20
3. Obligaciones específicas de los Estados con respecto a las personas trans privadas de la libertad que se adecúan al SIDH	24
a) Contexto de las personas trans privadas de la libertad en América Latina	24
b) Implementación de los estándares relacionados con las personas trans privadas de la libertad a la luz del SIDH	28
4. Obligaciones específicas de los Estados sobre niños que viven con sus madres en la cárcel que se adecúan al SIDH	36
a) Contexto de los niños con referentes significativos privados de la libertad en América Latina	36
b) Antecedentes y marco de interpretación internacional	39
c) Los niños en prisión con sus madres en el SIDH	42
5. Recomendaciones específicas a la Corte IDH sobre las obligaciones de los Estados parte del SIDH	48
a) Generales con respecto a las tres poblaciones incluidas en este documento	48
b) Con respecto a las personas, en posparto y lactantes privadas de la libertad	48
c) Con respecto a las mujeres trans privadas de la libertad	50
d) Con respecto a niños en prisión con sus madres	51

1. Consideraciones generales sobre los estándares internacionales a la luz del SIDH.

a) Consideraciones sobre el uso del lenguaje inclusivo en el documento y en el proceso de la Opinión Consultiva

1. En los últimos años se han producido importantes cambios en la forma de utilizar el lenguaje de manera inclusiva, en particular en lo referido al reconocimiento y la protección de derechos. El lenguaje estructura las relaciones sociales, de manera que las consideraciones sobre lo que se incluye y lo que se nombra (así como sobre lo que no se nombra ni incluye) tiene un impacto directo en la existencia jurídica de los derechos. Desde el punto de vista jurídico, nada que no tenga un nombre o categoría clara puede ser valorado y protegido, más allá de la ambigüedad propia del lenguaje.
2. Si la CIDH ha solicitado la opinión de la Corte IDH sobre “Enfoques Diferenciados en materia de PPL”, en particular “mujeres embarazadas, en período de posparto y lactantes; personas LGBT; personas indígenas; personas mayores; y niños y niñas que viven con sus madres en prisión”, este tribunal debe partir de la premisa que la manera en que nombramos las cosas crea relaciones jurídicas concretas que afectan a poblaciones particularmente afectadas por el encarcelamiento.
3. El espíritu de redacción del presente documento es armonizar la terminología con los avances en el terreno de reconocimiento de identidades, proponiendo un lenguaje no sexista y no binario en la medida de lo posible. En los presentes comentarios realizamos nuestros aportes con criterios de especificidad a lo solicitado por la Corte y concreción a la experticia de las organizaciones firmantes, pero evitando el uso de categorías restrictivas o que por algún motivo resultan discriminatorias. En lugar de esto, hemos realizado un esfuerzo por nombrar y abarcar otras identidades, así como superar conceptos que si bien hacen parte de los documentos oficiales de las Naciones Unidas o del SIDH generan una estigmatización o restricción del goce efectivo de derechos para ciertas poblaciones en situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, creemos importante señalar al universo de identidades que no se auto perciben mujeres y tienen la capacidad de gestar (como por ejemplo varones trans y personas no binarias). Lo mismo ocurre con la utilización binaria del término “niños y niñas”, que anula la posibilidad de identidades diversas.
4. Las organizaciones firmantes invitan a la Corte IDH a tener en cuenta estas sugerencias de lenguaje. En ese sentido, los documentos y estándares recopilados (por ejemplo, las Reglas Nelson Mandela y las Reglas de Bangkok entre otros) fueron redactados hace años y en contextos socioculturales distintos. Su interpretación y reproducción textual puede resultar en una posición limitada en el reconocimiento de derechos en la actualidad, tanto

en lo que se refiere a identidades de género, como en lo referente a lenguaje estigmatizante como el término “mujeres delincuentes”, no debería ser usado en documentos de derechos humanos. Las elecciones de lenguaje que haga la Opinión Consultiva la pueden ubicar en un lugar de avanzada, que no solo reafirme estándares, sino que amplíe su alcance, reflejando los debates más actuales en la materia.

b) El enfoque diferencial en los instrumentos del SIDH

5. El SIDH se basa en el respeto y garantía de derechos a las personas sin distinción por motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹. De hecho, la CADH también declara que todas las personas tienen derecho “al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”² y a la igual protección de la ley “sin discriminación”³. Lo que en últimas resalta el propósito de los Estados firmantes de ese instrumento internacional de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales de la persona humana”⁴.
6. Hay varias normas del SIDH que complementan y desarrollan las obligaciones de los Estados en materia de enfoque diferencial relacionadas con la PPL. En el caso de las personas embarazadas, en posparto o lactantes, vale la pena recordar que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará establece la obligación de los Estados de tomar medidas apropiadas para modificar las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer, tanto en los espacios de la vida pública y privada, como en los escenarios de privación de la libertad. De hecho, el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará establece que todas las medidas adoptadas por los Estados partes deben tener especial consideración de situaciones de vulnerabilidad que puedan padecer las mujeres en razón de estado de embarazo, de su edad y de la privación de su libertad.
7. Las obligaciones dentro del SIDH relacionadas con el enfoque diferencial para las personas trans que son PPL, se pueden inferir a partir del artículo 5 de la Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, que recientemente entró en vigor. Allí se plantea que los Estados Partes tienen la obligación de promover condiciones equitativas de igualdad de oportunidades, inclusión y progreso para personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia en razón de desventajas e

¹ Artículo 1.1 de la CADH.

² Artículo 11 de la CADH.

³ Artículo 24 de la CADH.

⁴ Preámbulo de la CADH.

inequidades históricas y estructurales, como las que ha enfrentado la población trans. La interpretación de las disposiciones de este instrumento internacional permite afirmar que las acciones que se enmarquen en el enfoque diferencial no son discriminatorias ni llevan al mantenimiento de derechos separados de los distintos grupos de la sociedad, por el contrario, son medidas temporales y adecuadas al objetivo de goce igualitario de los derechos.

c) Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos

8. Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (en adelante Reglas Nelson Mandela) fueron adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015⁵, con el propósito de recopilar los principios y prácticas que se reconocen como idóneos para el tratamiento de la PPL en centros de reclusión y administración penitenciaria. Estas reglas aplican los enfoques de dignidad y respeto de la PPL, así como la prohibición de todo tipo de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. Se afirma que las reglas en su conjunto representan las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas en la privación de la libertad. Allí se establece el principio de no discriminación “por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”⁶, además se deriva una obligación internacional en cabeza de los Estados de adoptar “adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales”⁷, sin que estas medidas se consideren discriminatorias.
9. Las Reglas Nelson Mandela manifiestan que aquellas medidas que como la prisión tienen el efecto de separar a una persona del mundo exterior, son en esencia aflictivas por el hecho de que la despojan de su derecho a la autodeterminación. Si bien en los sistemas penitenciarios existen medidas que restringen el ejercicio de los derechos, como la separación justificada y aquellas necesarias para mantener la disciplina al interior de los centros de reclusión, se consideran inadmisibles aquellas medidas que agraven los sufrimientos inherentes a la privación de la libertad⁸. Tal aflicción se fundamenta en que las penas privativas de la libertad tienen el objetivo de proteger a la sociedad y las víctimas contra el delito y reducir la reincidencia. Por lo que el régimen penitenciario

⁵ En esta asamblea se adoptó una versión actualizada de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1977, aprobadas 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.

⁶ Regla No. 2.

⁷ Ibid.

⁸ Regla No. 3.

debe reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad que “tiendan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a su dignidad como ser humano”⁹, de manera que la administración penitenciaria debe facilitar las instalaciones y condiciones “para asegurar que los reclusos con discapacidades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión”¹⁰.

10. Las Reglas Nelson Mandela abogan por la aplicación de diferentes enfoques diferenciales en el tratamiento de la PPL. Así, se reconoce la importancia que en el sistema de gestión de la información de la PPL se consigne la “identidad personal del recluso [o reclusa], respetando el género con el que el propio recluso [o reclusa] se identifique”¹¹; la separación de las personas en centros de reclusión en razón del sexo, edad, antecedentes o motivos de detención¹²; el uso de ropa suficiente para mantener la buena salud y adecuada al clima, que en ningún caso “podrá ser en modo alguno degradante ni humillante”; entre otras¹³. La PPL también tiene derecho de comunicarse con sus familiares y de recibir visitas conyugales sin discriminación, por lo que el sistema penitenciario debe contar “con procedimientos y locales que garanticen el acceso equitativo e igualitario y [prestar] la debida atención a la seguridad y dignidad”¹⁴.
11. De igual manera, la Regla No. 24 establece que la PPL debe tener un acceso “gratuito a los servicios de salud necesarios sin discriminación por razón de su situación jurídica”, lo que significa que debe garantizarse a esta población “la continuidad exterior del tratamiento y la atención, incluso en lo que respecta al VIH, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas, y la drogodependencia”. Con relación a las personas gestantes, la Regla No. 28 indica que en los establecimientos penitenciarios de mujeres deben facilitarse instalaciones “para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, así como durante el parto e inmediatamente después”¹⁵, además, que está prohibido el uso de “instrumentos de coerción física [cadenas, grilletes y otros instrumentos de coerción física que por su naturaleza sean degradantes o causen dolor]¹⁶”

⁹ Regla No. 5.

¹⁰ Regla No. 5.

¹¹ Regla No. 7.

¹² Regla No. 11.

¹³ Regla No. 19. Esta regla toma especial relevancia en relación con la expresión de género de una persona reclusa, pues no es admitido a la luz de las reglas y en virtud de la CADH que sea obligada a usar prendas de vestir que corresponden a una expresión de género distinta a la que se identifica.

¹⁴ Regla No. 58.

¹⁵ Regla No. 28.

¹⁶ Regla No. 47.

en el caso de las mujeres que estén por dar a luz, ni durante el parto ni en el período inmediatamente posterior”¹⁷.

d) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres privadas de la libertad

12. Las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para Mujeres Delincuentes¹⁸ (en adelante Reglas de Bangkok), fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2010 al efecto de complementar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de la PPL con una perspectiva de género. De acuerdo con el principio de no discriminación que las fundamenta, las necesidades especiales de las personas embarazadas, lactantes y en posparto están presentes a lo largo de todas las Reglas, incluyendo la obligación de localizar el centro de detención cerca del hogar de la mujer detenida, teniendo en cuenta las personas bajo su responsabilidad¹⁹; la obligación de proporcionar servicios de salud que suministren o faciliten “programas de tratamiento especializado del uso [problemático] de drogas para las mujeres, teniendo en cuenta (...) las necesidades especiales de las mujeres embarazadas y mujeres con niños”²⁰; la prohibición de las medidas de aislamiento a las personas embarazadas, con hijos o en período de lactancia²¹; o la preferencia por las medidas alternativas a la privación de la libertad para las personas embarazadas o que tengan niños a cargo²². Además, las personas embarazadas o lactantes constituyen una de las categorías especiales previstas por las Reglas de la 48 a la 52, en las que se establecen unas condiciones específicas de mayor protección y flexibilidad, así como el principio del interés superior de la niñez.
13. Desafortunadamente, las Reglas de Bangkok no reflejan la diversidad de identidades existentes en nuestras sociedades, ya que no contienen ninguna referencia a las necesidades específicas de mujeres lesbianas, bisexuales, trans, así como de otras

¹⁷ Regla No. 48.

¹⁸ Hay que señalar que las Reglas de Bangkok usan terminología como los calificativos “delincuente” y “reclusa”, que reducen las personas en toda su complejidad a un suceso específico en sus vidas. En su lugar, se deberían emplear términos como “personas en contacto con el sistema penal”, “personas privadas de la libertad, o “personas condenadas, procesadas, o acusadas de la comisión de un delito”. (Ver García Castro, T., Santos, M. (2020). *Mujeres trans privadas de la libertad: La invisibilidad tras los muros*, p. 1., https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Mujeres-trans-privadas-de-libertad.-La-invisibilidad-tras-los-muros_Final-8.pdf).

¹⁹ Regla No. 4.

²⁰ Regla No. 15.

²¹ Regla No. 22.

²² Regla No. 64.

identidades del colectivo LGBTI²³. Esta carencia no tiene una justificación específica, ya que las mujeres trans enfrentan situaciones de especial riesgo y vulnerabilidad en las prisiones²⁴. Ello hace aún más urgente la necesidad de solventar la falta de estándares sobre la situación de las personas trans privadas de la libertad en el SIDH²⁵.

e) Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

14. En 2016, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes presentó un informe de gran trascendencia sobre las diversas formas de violencia experimentadas por las mujeres, las niñas, y las personas LGBTI²⁶, incluyendo un apartado específico sobre las experiencias propias vividas por las mujeres en situaciones de privación de libertad. En dicho informe, el Relator Especial recordó a los Estados sus obligaciones de asegurar que las personas embarazadas, lactantes, y en posparto no sufran situaciones de tortura o malos tratos mientras están detenidas²⁷. Ello incluye la prohibición de grilletes y esposas²⁸, la prohibición del régimen de aislamiento para embarazadas y madres de niñas y niños de corta edad²⁹, la obligación de proporcionar atención sanitaria especializada³⁰, y la recomendación de no separar madres lactantes de sus hijos³¹.
15. El informe del Relator Especial también deja claro que las personas LGBTI corren un riesgo particular de sufrir abusos y violencias constitutivas de tortura o malos tratos cuando están privadas de la libertad³², ya que los sistemas penitenciarios tienden a ignorar su situación y necesidades particulares. En consecuencia, sufren porcentajes más elevados de violencia sexual, física y psicológica bajo custodia, incluyendo registros corporales

²³ Barberet, R., Jackson, C. (2017). UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Sanctions for Women Offenders (the Bangkok rules): A gendered critique, *Papers: Revista de sociología* 102(2), <https://ddd.uab.cat/record/171318>.

²⁴ UNODC (2014). *Handbook on women and imprisonment*, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/women_and_imprisonment_-_2nd_edition.pdf, p. 11.

²⁵ García Castro, T., Santos, M. (2020). *Mujeres trans privadas de la libertad: La invisibilidad tras los muros*, p. 5., https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Mujeres-trans-privadas-de-libertad.-La-invisibilidad-tras-los-muros_Final-8.pdf.

²⁶ Naciones Unidas, Consejo de los Derechos Humanos (2016). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

²⁷ Párr. 16 a 28.

²⁸ Párr. 21.

²⁹ Párr. 22.

³⁰ Párr. 26.

³¹ Párr. 28.

³² Párr. 34 a 36.

humillantes e invasivos³³. En ese sentido, señala que las autoridades públicas tienen la obligación de tomar medidas razonables para evitar que ello ocurra, teniendo en cuenta que los regímenes de aislamiento para “proteger” a las personas LGBTI pueden constituir por sí mismos una forma de tortura o malos tratos³⁴.

f) *Informes de procedimientos especiales dedicados a la cuestión de mujeres privadas de su libertad.*

16. En 2013, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, desarrolló un informe que estudiaba las causas, condiciones y consecuencias del encarcelamiento en mujeres³⁵. El informe respondía al importante aumento de la tasa de encarcelamiento de mujeres en el mundo. También identificaba que existe un fuerte vínculo entre la violencia contra la mujer y la encarcelación de las mujeres, ya sea antes, durante o después de la encarcelación. El informe dedica una sección especial a las mujeres con hijos y embarazadas, en la que se reconoce la paradoja de que la evidencia empírica muestra que las cárceles, en términos generales, no son lugares seguros para madres embarazadas, bebés o niños pequeños, pero al mismo tiempo, no es recomendable separar a los pequeños de sus madres³⁶.
17. Más recientemente, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la cuestión de la Discriminación contra la Mujer en la Legislación y en la Práctica dedicó un informe temático en 2019 a las Mujeres privadas de Libertad³⁷. El informe destaca no sólo cuestiones relativas al tratamiento de mujeres durante la privación de libertad, sino también los factores estructurales de discriminación que en algunos casos llevan a mujeres embarazadas a la cárcel, como el intento de aborto o el uso de drogas. Se señala que el desafío de las visiones dominantes sobre la maternidad suele considerarse una circunstancia agravante al dictar sentencia, mientras que ser padre constituye en la mayoría de los casos una circunstancia atenuante³⁸. Para terminar con estos factores estructurales de discriminación, el reporte recomienda prohibir las leyes que implican represión, castigo o confinamiento de mujeres debido a la interrupción del embarazo³⁹.

³³ Párr. 36.

³⁴ Párr. 35.

³⁵ Naciones Unidas, Consejo de los Derechos Humanos (2013). *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*, <https://undocs.org/es/A/68/340>

³⁶ Ibid, párrafo 56

³⁷ Naciones Unidas, Consejo de los Derechos Humanos (2019). *Mujeres privadas de libertad. Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra las mujeres en la legislación y en la práctica*, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/139/30/PDF/G1913930.pdf?OpenElement>

³⁸ Ibid, párrafo 38

³⁹ Ibid, párrafo 80 inciso c)

g) Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas

18. Los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas fueron adoptados por la CIDH durante el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de la PPL, con el objetivo de contribuir a la discusión sobre la Declaración Interamericana sobre los Derechos, Deberes y la Atención de las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención y Reclusión, que se discutía por medio de la Resolución AG/RES 2283 de la Asamblea General de la OEA. En este documento se estableció que como desarrollo del principio de igualdad y no discriminación en ninguna circunstancia “se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social”⁴⁰. Aclarando que no se consideran discriminatorias aquellas medidas destinadas a proteger “los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías”⁴¹.
19. El principio No. 10, indica que las mujeres y las niñas privadas de libertad tienen derecho a contar con una atención médica especializada que corresponda a sus características “físicas y biológicas, y que responda adecuadamente a sus necesidades en materia de salud reproductiva”. Respecto a la atención médica, es un derecho de las personas 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”⁴², o en otros centros de salud por fuera de ellos. Asimismo, se afirmó que los lugares de privación de la libertad para mujeres y niñas deberían contar con “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”⁴³. En términos generales, las instalaciones destinadas a personas enfermas, las portadoras de discapacidad, niños y niñas, las personas gestantes o madres lactantes, y los adultos mayores, deben tomar en cuenta las necesidades especiales para cada población⁴⁴. El último punto por resaltar es que las medidas de separación de las poblaciones según sexo, categorías de comisión de conductas o cualquier otro criterio, no pueden ser utilizadas “para justificar la discriminación, la

⁴⁰ Principio No. 2.

⁴¹ Principio No. 2.

⁴² Principio No. 10.

⁴³ Principio No. 10.

⁴⁴ Principio No. 12.

imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o condiciones de privación de libertad más rigurosas o menos adecuadas a un determinado grupo de personas”⁴⁵.

20. Ciertamente, los principios adoptados en el seno de la CIDH responden a una incorporación de los estándares de las Naciones Unidas sobre el tratamiento de personas privadas de la libertad, que fue luego discutido para las Reglas de Bangkok y Nelson Mandela respectivamente. Hay ciertos estándares internacionales que se encuentran mejor descritos en este documento de buenas prácticas por lo que recomendamos que la Corte preste especial atención a este documento.

h) Otros documentos relevantes para el análisis de estas poblaciones

21. En los últimos años, un número relevante de organismos de la ONU han puesto su atención en la situación de las mujeres en prisión, subrayando la falta de adecuación de la mayor parte de centros de detención a sus necesidades particulares, y la ausencia de servicios sanitarios adecuados, especialmente en caso de embarazo, lactancia, o posparto⁴⁶. A continuación, se presentan los aspectos más relevantes de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, algunas observaciones del Comité Contra la Tortura⁴⁷ (en adelante CAT, por sus siglas en inglés), el Manual sobre mujeres y encarcelamiento de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante UNODC, por sus siglas en inglés) y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, que consideramos fundamentan jurídicamente la adopción de los enfoques diferenciales para las poblaciones objeto de esta Opinión Consultiva.
22. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979 (en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés), la cual ha sido firmada por todos los Estados que forman parte del SIDH, establece 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”⁴⁸. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante Comité CEDAW),

⁴⁵ Principio No. 19.

⁴⁶ Ver entre otros: UNODC (2014). *Handbook on women and imprisonment*, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/women_and_imprisonment_-_2nd_edition.pdf, p. 17; y Oficina del Alto Comisionado sobre Derechos Humanos (2017), *Human rights implications of overcrowding and overimprisonment*, párr. 30.

⁴⁷ Órgano de expertos establecido por la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, una convención ratificada por todos los Estados miembros del SIDH, para su interpretación y seguimiento.

⁴⁸ Artículo 12.2.

que es el órgano establecido por la propia Convención para su interpretación y seguimiento, ha indicado que los Estados deben de proporcionar servicios adecuados a las mujeres privadas de la libertad, “en particular para las mujeres embarazadas y las mujeres detenidas con niños”⁴⁹. El CAT ha declarado que de acuerdo con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH) están estrictamente prohibidas las penas corporales, el encierro en celda oscura y las penas colectivas. El uso de esposas, cadenas, grillos y camisas de fuerza como medios de coerción solo podrán utilizarse dentro de las excepciones estrictamente señaladas, pero nunca como castigo, sanción o medida disciplinaria. Su uso en el caso de mujeres embarazadas es totalmente inaceptable, se trate de traslados al hospital, exámenes médicos o para dar a luz⁵⁰.

23. Una vez más, existen menos estándares internacionales sobre la situación de las personas trans privadas de la libertad. No obstante, el CAT se ha referido a su situación en varias ocasiones. En sus observaciones sobre la revisión de las Reglas Nelson Mandela, el CAT señaló que el apartado 6 de las Reglas debería incluir explícitamente un listado de personas en situación de vulnerabilidad, incluyendo entre otras “mujeres, en particular mujeres embarazadas, niños, personas discapacitadas, y personas lesbianas, gay, bisexuales y transgénero”⁵¹. Asimismo, el CAT también ha señalado que, para dar cumplimiento a sus obligaciones de acuerdo con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante CCT), los Estados tienen la obligación de “tomar medidas para proteger a las personas LGBTI de la violencia por parte de funcionarios y otros reclusos, y en particular proteger a las mujeres trans de las personas privadas de la libertad de género masculino”⁵².
24. Otra fuente de consulta en el caso de personas LGBTI son los Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (en adelante Principios Yogyakarta). Estos son mecanismos para comprender y entender la aplicación del régimen legal internacional para la protección de derechos de población de la diversidad sexual y de género. En materia de PPL, el Principio 9 establece que “toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La

⁴⁹ CEDAW (2017). *Observaciones finales sobre los informes periódicos 6º y 7º combinados de Tailandia*, <https://undocs.org/es/CEDAW/C/THA/CO/6-7>.

⁵⁰ CDHDF (2014). *Derechos humanos, mujeres y reclusión*. Disponible en <http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/03/informe-2014-vol4.pdf>, p. 57.

⁵¹ Comité contra la Tortura (2014). *Observaciones del Comité contra la Tortura sobre a revisión de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos*, disponible en: <https://undocs.org/es/CAT/C/51/4>, párr. 46.

⁵² Comité contra la Tortura (2018). *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Bielorusia*, <https://undocs.org/es/CAT/C/BLR/CO/5>, párr. 30.

orientación sexual y la identidad de género son fundamentales para la dignidad de toda persona”⁵³.

25. El Manual sobre mujeres y encarcelamiento de la UNODC, contiene una serie de herramientas con el propósito de ayudar a los países en la aplicación de reformas a la justicia penal. Allí hay un apartado específico para las mujeres embarazadas y mujeres con niños y niñas en prisión⁵⁴, donde se documenta que las mujeres embarazadas rara vez reciben atención prenatal y postnatal adecuada en la cárcel. Según la UNODC, los servicios de la salud penitenciaria en la gran mayoría de los países del mundo carecen de recursos y de personal. Las cárceles están generalmente superpobladas y la higiene es deficiente. Es posible que las autoridades penitenciarias no tengan en cuenta ni satisfagan las necesidades dietéticas particulares de las mujeres embarazadas, mientras que los alimentos proporcionados pueden ser insuficientes para cubrir las necesidades nutricionales de las mujeres embarazadas⁵⁵.
26. Las condiciones mencionadas anteriormente se dan particularmente en los países de bajos ingresos, el parto de los niños puede llevarse a cabo en las cárceles, en condiciones antihigiénicas, por personal con conocimientos médicos inadecuados, lo que puede terminar en complicaciones de salud. En algunos países, las sujeciones corporales, como los grilletes, se utilizan en mujeres embarazadas durante los traslados a los hospitales, los exámenes ginecológicos y el parto. Esta práctica viola las normas internacionales, incluidas las Reglas de Bangkok. Aunado a que los grilletes, durante el trabajo de parto, pueden causar complicaciones como hemorragia o disminución de la frecuencia cardíaca fetal. Mencionando que, si se necesita una cesárea, una demora de hasta cinco minutos puede resultar en un daño cerebral permanente al niño⁵⁶.
27. De igual manera, el Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales de la UNODC es una pieza clave de consulta para conocer los lineamientos y recomendaciones para ocho grupos en situación de vulnerabilidad: con necesidades de salud mental; con discapacidades; minorías étnicas; personas indígenas; extranjeros; personas LGBTI; de la tercera edad; con enfermedades terminales, y con pena de muerte⁵⁷. El documento aportó, en primera ocasión por una agencia internacional, un señalamiento de recomendaciones

⁵³ <http://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/about/>

⁵⁴ UNODC (2014). *Handbook on women and imprisonment* (2a ed.), https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/women_and_imprisonment_-_2nd_edition.pdf, p. 82.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 85.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁵⁷ UNODC (2009). *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf.

que los Estados deben adoptar para la protección de personas gays, lesbianas, bisexuales y transexuales. Por ejemplo, obligar el reconocimiento a la identidad de género; ponderar la consulta para determinar el lugar de alojamiento; desincentivar el uso de castigos como mecanismos de “conversión”; instalar servicios médicos para el tratamiento de VIH/SIDA u hormonales; entre otras⁵⁸.

28. Finalmente, es importante recordar el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión que fue adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante la resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988. Se resalta el principio que establece la no discriminación en la aplicación de los preceptos del documento, y establece que aquellas medidas que tiendan a proteger exclusivamente “los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias”⁵⁹. En caso de que alguna mujer privada de la libertad quede embarazada como resultado de una violación bajo custodia policial o en prisión, debe tener acceso inmediato a profesionales médicos calificados, para que puedan discutir su condición y las opciones disponibles para ella. La mejor forma de prestar ese apoyo médico es mediante servicios de salud comunitarios adecuados, con la experiencia y la especialización necesarias.
29. Los instrumentos de contención deben utilizarse siempre como última medida y nunca deben usarse como castigo. El uso de grilletes y cadenas está prohibido en todo momento. El uso de sujeciones en mujeres embarazadas durante los exámenes médicos, el transporte al hospital para dar a luz, durante e inmediatamente después del parto es inaceptable, deben utilizar otros medios de seguridad, como la supervisión de una mujer del personal. Las medidas de seguridad aplicadas al llevar a la mujer embarazada al hospital y durante el parto deben ser las mínimas necesarias.
30. Durante el embarazo y el parto deben de tener atención en entornos apropiados y terapias antirretrovirales para mujeres embarazadas seropositivas para prevenir la transmisión del VIH de madre a hijo. El agua caliente debe estar disponible para el cuidado personal de los niños y niñas y las mujeres, en particular las mujeres involucradas en la cocina, las que están embarazadas, amamantando, menstruando y, cuando sea posible, para las que atraviesan la menopausia. En los países de bajos ingresos donde los recursos pueden no permitir el suministro regular de agua caliente, estas mujeres deberían al menos tener un mayor acceso al agua para cumplir con sus requisitos de higiene.

⁵⁸ Ibid., pp. 121-122.

⁵⁹ Principio No. 5.

31. Para las organizaciones firmantes, las Reglas Nelson Mandela, Reglas de Bangkok, el Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas y los demás documentos de organismos internacionales que se mencionan en este apartado, constituyen adelantos del DIDH que deben tomarse en consideración en la interpretación de los artículos 1.1 y 24 de la CADH, en el sentido de delimitar la obligación de los Estados partes de establecer enfoques diferenciales para las personas gestantes, personas trans y niños y niñas en prisión con su madre.

2. Obligaciones específicas de los Estados con respecto a las personas gestantes, en posparto y lactantes privadas de la libertad que se adecúan al SIDH

a) Contexto de personas gestantes, en posparto y lactantes privadas de la libertad en América Latina

32. Las mujeres privadas de libertad en América Latina tienden a tener un perfil similar. Proviene de situaciones de pobreza y desigualdad generalizadas, tienen bajos niveles de educación y están subempleadas o desempleadas, muchas veces trabajando en la economía informal. Una cantidad importante proviene de contextos proclives al abuso físico o sexual⁶⁰. Lo que deja entrever que las mujeres privadas de la libertad en América Latina padecen múltiples situaciones de vulnerabilidad. Adicionalmente, la mayoría de las mujeres encarceladas en América Latina tienen hijos. Según un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en ocho países de América Latina, el 87 por ciento de las mujeres privadas de libertad tenían hijos, en comparación con el 78 por ciento de los hombres⁶¹. Tendencia que tiende a repetirse en Chile, donde para el 2015 el 95 por ciento de las mujeres privadas de libertad son madres, y el 47,17 por ciento tenían hijos menores de 18 años⁶². Similarmente, en Colombia para 2017, el 90 por ciento de las mujeres encarceladas eran madres, un porcentaje mucho más alto que el de los hombres⁶³.

⁶⁰ Pieris, N. (2014). *Mujeres y Drogas en las Américas: Un diagnóstico de política en construcción*, 22, Comisión Interamericana de Mujeres, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugamericas-es.pdf>.

⁶¹ Ana Safranoff y Antonella Tiravassi, (2018), *Mujeres en contextos de encierro en América Latina: Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos*. Banco Interamericano de Desarrollo, Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17375/mujeres-en-contextos-de-encierro-en-america-latina-caracteristicas-y-factores-de>, p. 13.

⁶² Alejandra Cortázar, Paula Fernández, Irene Léniz, Anuar Quesille, Cristóbal Villalobos and Constanza Vielma, (2015). *¿Qué pasa con los hijos de madres encarceladas? Cómo amortiguar los efectos nocivos para los niños cuyos padres están privados de libertad*, Instituto de Políticas Públicas UDP. Disponible en: <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=117002&prmTIPO=DOCUMENTOCOMISION>, p. 1.

⁶³ Uprimny, R. et al. (2016), *Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento: Una guía para la reforma de políticas en Colombia*, Dejusticia, Disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/mujeres-politicas-de-drogas-y-encarcelamiento-una-guia-para-la-reforma-de-politicas-en-colombia/>, p. 27.

En Panamá, al menos el 70 por ciento de las mujeres encarceladas tienen hijos y la mayoría tiene dos o más⁶⁴.

33. En los últimos años, ha habido un aumento de hogares monoparentales en América Latina encabezados por mujeres,⁶⁵ esta tendencia de la población en general se refleja en las condiciones de vida de las mujeres en prisión. Por ejemplo, en México la mayoría de las mujeres privadas de libertad son madres solteras y tienen hijos⁶⁶. En Costa Rica, el 90 por ciento de las mujeres en prisión son madres cabeza de hogar⁶⁷. De manera similar, en Panamá, las mujeres encarceladas son muy propensas a estar a cargo de sus familias⁶⁸. En Brasil, el 57 por ciento de las mujeres encarceladas son solteras; en Ecuador, más del 71 por ciento de las mujeres detenidas por marihuana o heroína son solteras; y en Argentina, entre las mujeres encarceladas por delitos de drogas, el 58,5 por ciento no vivía con su pareja antes de ser detenida⁶⁹.
34. Desde los años 2000, las políticas punitivas de drogas han sido un factor clave en el importante incremento del número de mujeres encarceladas en América Latina, incluyendo mujeres embarazadas, y mujeres con hijos⁷⁰. El Grupo de Trabajo de las

⁶⁴ Nelly Cumbreira Díaz y Eugenia Rodríguez Blanco, (2017). *Caracterización de las Personas Privadas de Libertad por Delitos de Drogas, con Enfoque Socio-Jurídico del Diferencial por Género en la Aplicación de Justicia Penal*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Disponible en: <https://www.seguridadciudadana.gob.pa/wp-content/uploads/2017/06/Genero-Carcel-y-Droga.pdf>, p. 11.

⁶⁵ Ana Safranoff y Antonella Tiravassi, (2018). *Mujeres en contextos de encierro en América Latina: Características y factores de riesgo asociados a determinados comportamientos delictivos*. Banco Interamericano de Desarrollo, Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17375/mujeres-en-contextos-de-encierro-en-america-latina-caracteristicas-y-factores-de>, p. 18; CEPAL, (2013). *Social Panorama of Latin America 2012 [Panorama Social de América Latina de 2012]*, Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1248/1/S2012960_en.pdf.

⁶⁶ EQUIS Justicia para las Mujeres (2018). *Políticas de drogas, género y encarcelamiento en México: Una Guía para Políticas Públicas Incluyentes*, Disponible en: http://equis.org.mx/wp-content/uploads/2018/02/Gui%CC%81a_Drogas.pdf, p. 21.

⁶⁷ Agencia EFE (2015). *Errónea lucha contra las drogas impacta en mujeres pobres, dice experto*, EFE, Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/mexico/erronea-lucha-contra-las-drogas-impacta-en-mujeres-pobres-dice-experta/50000545-2770217>

⁶⁸ Nelly Cumbreira Díaz y Eugenia Rodríguez Blanco, (2017). *Caracterización de las Personas Privadas de Libertad por Delitos de Drogas, con Enfoque Socio-Jurídico del Diferencial por Género en la Aplicación de Justicia Penal*, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Disponible en: <https://www.seguridadciudadana.gob.pa/wp-content/uploads/2017/06/Genero-Carcel-y-Droga.pdf>, p. 11.

⁶⁹ Chaparro, S.; Pérez-Correa, C.; y Youngers, C. (2017). *Irrational Punishment: Drug Laws and Incarceration in Latin America*, Colectivo de Estudios Drogas y Derechos, Disponible en: http://www.drogasyderecho.org/wp-content/uploads/2015/10/Irrational_Punishments_ok.pdf, p. 45; Vélez y Gudiño, (2017). *Política de Drogas en Ecuador: Un Balance Cuantitativo para Transformaciones Cualitativas*, Friedrich-Ebert-Stiftung Foundation, pp. 55-59.

⁷⁰ Oficina de Washington para América Latina, Consorcio Internacional de Políticas de Drogas, Centro de Estudios Legales y Sociales, EQUIS: Justicia para las Mujeres, y Dejusticia (2018), *Women deprived of liberty: submission to the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice*, http://fileserv.idpc.net/library/OHCHR-WG-discriminations-against-women_Contribution_Sept-2018.pdf

Naciones Unidas sobre la cuestión de la discriminación de las mujeres en la legislación y en la práctica ha concluido que “el enfoque cada vez más punitivo ante el problema de las drogas (...) tiene un efecto discriminatorio y desproporcionado frente a las mujeres”⁷¹. La realidad es que la mayor parte de las mujeres detenidas y sentenciadas por esta clase de delitos desempeñan funciones de bajo nivel y poca retribución, tal como el transporte de drogas, y se ven abocadas a estos roles debido a la falta de estudios, la pobreza, la marginalización de los mercados laborales, o presión de sus parejas y/o familiares⁷². En su mayor parte, las mujeres encarceladas por delitos de drogas tienen hijos, y muchas de ellas son madres solteras. En Costa Rica, un informe de 2012 reveló que el 93 por ciento de las mujeres encarceladas por entrar drogas en prisión eran madres solteras, mientras que en Colombia el 93,4 por ciento de las mujeres en prisión por delitos de drogas entre 2010 y 2014 eran madres⁷³.

35. El encarcelamiento de madres tiene un impacto sumamente negativo no solamente en ellas mismas, sino también en sus hijos y familiares, tal y como se señala en otra parte de este informe. A causa de esta situación, las mujeres con hijos sufren de ansiedad y depresión por la separación, pero también de angustias y preocupación por la situación de sus hijos. La psicóloga brasileña Claudia Stella realizó un análisis de censos penitenciarios internacionales en 2010, cuyos datos muestran que cuando el padre está preso la mayoría de los niños continúan siendo cuidados por sus madres. Sin embargo, cuando se trata de un encarcelamiento materno apenas el 10 por ciento queda a cargo de sus padres. Una realidad similar fue observada en el censo penitenciario de São Paulo, que constató que la guardia de la mayoría de hijos de hombres es asumida por sus compañeras (86,9 por ciento), en tanto apenas el 19,5 por ciento de hijos de mujeres presas quedan a cargo de sus compañeros⁷⁴. Por lo tanto, en muchos casos el encarcelamiento de la madre es un castigo que se traslada a sus hijos, Las consecuencias de que la madre sea privada de la libertad tiene impactos materiales y psicológicos para sus hijos, y la separación de ella puede resultar en situaciones de pobreza extrema, institucionalización o vida en la calle.
36. Para las mujeres con niños viviendo en la cárcel hay otras preocupaciones. En el caso de Bolivia, por ejemplo, hijos pueden vivir en la cárcel con su madre o padre hasta los 6 años. De las mujeres encarceladas encuestadas en 2017 por la Fundación Construir, el 85 por ciento tenían hijos que dependían exclusivamente de ellas. Un 10 por ciento de ellas tenían a sus hijos viviendo con ellas en prisión, mientras que el 75 por ciento restante

⁷¹ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2019), *Informe del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres en la legislación y en la práctica*, A/HRC/41/33, párrafo 32.

⁷² *Ibid.*, párrafo 61.

⁷³ Oficina de Washington para América Latina, Consorcio Internacional de Políticas de Drogas, Centro de Estudios Legales y Sociales, *EQUIS: Justicia para las Mujeres, y Dejusticia* (2018).

⁷⁴ *Ibid.*, p. 34.

mantenían a sus hijos dependientes fuera de la cárcel⁷⁵. En el primer caso, tenían que asegurar que se satisfacen sus necesidades básicas, y en el segundo, estas madres solteras llevan la carga adicional de atender las necesidades de sus hijos desde dentro de las prisiones.

37. En el caso de las mujeres en lactancia y en posparto, los sistemas penitenciarios de los países no registran ni proveen datos en la materia. La ausencia de información conlleva que las experiencias de dichas mujeres se encuentren veladas, impidiendo el diseño de programas específicos para este grupo. También se advierte que la generación de datos centrada en el número de hijos que viven con sus madres en prisión, en lugar de incluir información sobre lactancia y posparto, perpetua un discurso que simplifica la maternidad; una que está limitada a la presencia de niños y que ignora los otros procesos sociobiológicos que viven las mujeres.
38. Finalmente, es importante hacer notar que las situaciones carcelarias deplorables en los países de la región crean condiciones aún más problemáticas para las mujeres que tienen sus hijos con ellas en la cárcel, o están en el periodo de posparto y/o lactantes. Es reconocido que el hacinamiento y la sobrepoblación son los problemas más graves que impactan en los sistemas penitenciarios de América Latina, dado que, entre otras cosas, incrementa los niveles de violencia y crea un ambiente de insalubridad sanitaria y de higiene. Según el Colectivo de Estudios Drogas y Derecho, “el uso de cárceles en las condiciones actuales afecta de forma negativa varios derechos fundamentales, incluidos el derecho a la vida, la salud, la dignidad y la integridad física”⁷⁶.
39. Las mujeres sufren de altos índices de violencia durante su detención y durante su encarcelamiento. Penal Reform International anota que las mujeres pueden ser sujetas a la violación como una forma de coerción, para obtener una confesión, para humillarlas o como una forma de ejercer el poder. Además, la violación puede ser en la forma de pedir servicios sexuales de las encarceladas para que pueden tener acceso a bienes básicos o privilegios.⁷⁷ En México, Equis Justicia para las Mujeres ha documentado el uso de agresiones físicas, psicológicas y sexuales en contra de las mujeres en detención. Las formas de tortura incluyen, “semi-asfixias con bolsas de plástico, golpes de patadas por todo el cuerpo, amenazas físicas y sexuales utilizando el daño a los familiares como

⁷⁵ Fundación Construir (2017). *Mapa Socio-Jurídico Mujeres Privadas de Libertad: Centros Penitenciarios La Paz, Cochabamba, Santa Cruz*. La Paz, p. 46.

⁷⁶ Sergio Chaparro, Catalina Pérez Correa y Coletta Youngers (2017), *Castigos Irracionales: Leyes de Drogas y Encarcelamiento en América Latina*, p. 15, https://www.tni.org/files/publication-downloads/folleto_cide_castigos_irracionales_v15_full.pdf

⁷⁷ Penal Reform International (et. al.), *Women in detention: a guide to gender-sensitive monitoring* (2013), pp. 5-6, <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/01/women-in-detention-2nd-ed-v7.pdf>

intimidación, desnudos forzados frente a los agentes del Estado (...) y finalmente violaciones con objetos varios”⁷⁸.

40. También las mujeres sufren de deficientes condiciones de reclusión, tanto físicas, como relativas a la falta de provisión de servicios básicos. El hecho de que haya mucho menos mujeres que hombres detrás de las rejas es una de las razones por las que las cárceles son diseñadas con los hombres en mente, y generalmente por hombres. No toman en cuenta las necesidades de las mujeres, ni de los hijos que viven con ellas.⁷⁹ De importancia particular es la falta de provisión de servicios de salud orientado a las necesidades de las mujeres y la falta generalizada de atención ginecológica, que puede poner en riesgo la salud y vida de estas mujeres. Las mujeres en la cárcel tienen más condiciones de salud subyacentes que los hombres en la cárcel y que las mujeres en la población en general. Esta situación es aún más preocupante en el contexto de la pandemia de COVID-19⁸⁰.
41. De acuerdo a un informe de la Relatora sobre violencia contra las mujeres, las cantidades inadecuadas y el escaso valor nutricional de la comida provista en los penales puede afectar de manera especial a las madres gestantes, en posparto o lactantes⁸¹.

b) Implementación de los estándares relacionados con las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes privadas de la libertad en el SIDH

42. De acuerdo con el DIDH los Estados están obligados a considerar las necesidades especiales de las mujeres privadas de la libertad. Por eso, se han establecido reglas, en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, para reforzar la protección de las mujeres en situación de reclusión. Ejemplo de esto ha sido a través de la obligación de separar hombres y mujeres en dichos centros, de contar con personal directivo y de seguridad femenino, de proteger de manera especial a las mujeres embarazadas, lactantes y que son madres, y a garantizarles el acceso a la atención médica especializada⁸². Los operadores de justicia tienen que demostrar “mayor sensibilidad ante el sufrimiento causado por el aislamiento de las [mujeres] presas, el riesgo particular de

⁷⁸ Equis Justicia para las Mujeres (2018), *Políticas de Drogas, género y encarcelamiento en México: Una Guía para Políticas Públicas Incluyentes*, p. 28, https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2018/02/Gui%CC%81a_Drogas.pdf

⁷⁹ Comisión Interamericana de Mujeres (2014). *Mujeres y drogas en las Américas: Un diagnóstico de política en construcción*, p. 28, <http://www.oas.org/es/cim/docs/womendrugsamericas-es.pdf>.

⁸⁰ Olivia Rope (2020), *Coronavirus and women in detention: A gender-specific approach missing*. Disponible en <https://www.penalreform.org/blog/coronavirus-and-women-in-detention-a-gender-specific/>.

⁸¹ <https://undocs.org/es/A/68/340>, párrafo 52.

⁸² Corte IDH (2004). *Protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad*. Disponibles en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/23682.pdf>

autolesiones y suicidio entre las mujeres”⁸³, por lo que el uso de la fuerza se deberá hacer solo en circunstancias excepcionales y estará estrictamente prohibida para el caso de personas embarazadas, con hijos, o en periodo de lactancia.

43. La Relatoría sobre los Derechos de la PPL de la CIDH, señaló en su Informe de 2011 la particular importancia de la situación de las mujeres embarazadas privadas de libertad, y enfatizó la necesidad de abordar ese tema en estudios posteriores, que hasta la fecha no se han publicado⁸⁴. Frente a mujeres embarazadas, la Convención de Belém do Pará contempla 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”⁸⁵.
44. El problema de las mujeres embarazadas privadas de libertad aparece solo de modo incidental en la CEDAW, en referencia al acceso igualitario a la salud. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres establece el deber estatal de garantizar servicios apropiados a la mujer embarazada, antes, durante y después del parto, incluyendo la alimentación adecuada durante la lactancia. Se trata de una disposición de aplicación general, por lo que ampara a aquellas mujeres que se encuentren privadas de libertad. Por lo anterior, el Comité CEDAW ha recomendado a los Estados, mantener estadísticas precisas para hacer seguimiento a sus deberes para con las personas gestantes y su debido acceso a servicios de salud⁸⁶. Durante el examen periódico que realizó a Chile en 2012⁸⁷, el Comité CEDAW manifestó su preocupación por la situación de las mujeres en prisión, particularmente respecto de su acceso a servicios de salud adecuados. Este órgano apuntó directamente a la situación de las mujeres privadas de libertad embarazadas, y a los riesgos que enfrentan por la falta de acceso a cuidados obstétricos y ginecológicos. Para abordar la situación, recomendó enfatizar el uso de medidas alternativas a la privación de libertad, y en general, evitar la prisión preventiva, además de asegurar el cuidado de salud adecuado para las embarazadas⁸⁸.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ CIDH, Relatoría sobre los Derechos de la PPL (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>.

⁸⁵ OEA. “Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belém do Pará”. OEA (*sitio web*). Disponible en <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

⁸⁶ CEDAW (2015). *Recomendación General No. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>.

⁸⁷ Comité CEDAW. (2012). *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de Chile, adoptadas por el Comité en su 53º período de sesiones*. Disponible en: <http://bcn.cl/22rey>, párr. 44.

⁸⁸ CEDAW (2018). *Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Chile*. Disponible en: <https://acnurdh.org/load/2018/07/N1807016.pdf>.

45. Aunque la jurisprudencia de la CIDH, así como las leyes nacionales de varios países del SIDH, dejan claro que la prisión preventiva debería ser una medida excepcional, el uso excesivo de este régimen está extendido en toda la región; en países tales como Paraguay, Bolivia o Uruguay más de la mitad de la PPL está encarcelada sin condena.⁸⁹ Además, el número de personas detenidas en régimen preventivo ha incrementado significativamente en las dos últimas décadas, en buena medida debido al uso de la prisión preventiva obligatoria y automática por delitos de drogas, lo que ha causado preocupación en la CIDH⁹⁰. Esta dinámica afecta desproporcionadamente a mujeres, lo que viene demostrado por el hecho de que el porcentaje de mujeres privadas en detención preventiva en países tales como Argentina, Chile, Guatemala o México, es superior al de hombres. Aunque la legislación de muchos países de la región prevé la posibilidad de acordar el arresto domiciliario como alternativa a la prisión provisional para mujeres embarazadas y en situación de lactancia⁹¹, las condiciones de arresto domiciliario pueden ser desproporcionadamente estrictas y estigmatizantes, incluso en el caso de mujeres embarazadas⁹². Algunas mujeres han sido discriminadas en el acceso a esta alternativa al encarcelamiento cuando están en situación de vulnerabilidad económica, o por sus preferencias sexuales, identidad de género, y uso de drogas, entre otros⁹³.
46. El Comité CEDAW también ha recomendado a los Estados estipular medidas especiales de carácter temporal en todos los ámbitos, en particular en el ámbito civil, político, económico, social y cultural, con miras a lograr la igualdad efectiva entre los géneros, sobre todo para las mujeres que sufren múltiples formas de discriminación⁹⁴. De esta manera, en la revisión de Chile expresó también su preocupación por la información recibida en cuanto al alto número de mujeres encarceladas, la persistencia de la violencia contra las reclusas, los casos repetidos de registros e inspecciones vaginales, los incidentes de mujeres asesinadas mientras se encontraban detenidas y, en general, las malas condiciones de detención⁹⁵. Asimismo, se observó que siguen siendo limitadas las

⁸⁹ T. García Castro (2019), *Prisión preventiva en América Latina: El impacto desproporcionado en mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas*, p. 3, https://www.wola.org/wp-content/uploads/2019/05/Prisi%C3%B3n-Preventiva-en-América-Latina_Junio-2019.pdf

⁹⁰ Ibid, p. 5.

⁹¹ C. Giacomello y T. García Castro (2020), *Presas en casa: Mujeres en arresto domiciliario en América Latina*, p. 9, <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/07/Presas-en-Casa.pdf>

⁹² Ibid, p. 3.

⁹³ Ibid, p. 15.

⁹⁴ CEDAW (2004). *Recomendación General No. 25 sobre Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal*. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_373_3_S.pdf, párr. 18.

⁹⁵ Ibid.

medidas destinadas a prevenir la repetición de esos actos, garantizar una mayor protección a las detenidas y enjuiciar a los responsables de actos de violencia sexual cometidos en cárceles contra mujeres. De tal manera, el Comité recomendó al Estado chileno resolver la situación de las mujeres privadas de la libertad elaborando políticas, estrategias y programas integrales que tengan en cuenta la dimensión del género y, en particular, instó al Estado parte a velar por que el personal penitenciario sea sensible a las cuestiones de género y que las instituciones no empleen a personal masculino en puestos de primera línea. Además, insta al Estado parte a que adopte medidas adecuadas para garantizar el pleno respeto de la dignidad y los derechos humanos de todas las personas durante los registros corporales, ateniéndose estrictamente a las normas internacionales, y a que establezca un mecanismo externo de supervisión y reparación para las reclusas que sea independiente, amplio y accesible⁹⁶.

47. De igual forma, el Comité CEDAW recomendó a los Estados asegurar la existencia de mecanismos para vigilar lugares de detención, que presten especial atención a la situación de las mujeres reclusas y que apliquen las normas y orientaciones internacionales sobre el tratamiento de las mujeres detenidas; mantengan datos y estadísticas precisos acerca del número de mujeres en cada lugar de detención, las razones y la duración de su detención, el tiempo que llevan detenidas; en caso de que haya una persona gestante o acompañadas de un lactante o niño, su acceso a servicios jurídicos, de salud y sociales debe ser prioritario. Para las mujeres en estas condiciones, en lo posible, deberían aplicarse alternativas a la privación de la libertad y las posibilidades de capacitación.
48. Por otro lado, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos elaboró un Manual de Capacitación en Derechos Humanos para Funcionarios Penitenciarios⁹⁷, para atender la creciente necesidad de los sistemas penitenciarios de incorporar los derechos humanos en la práctica penitenciaria. Estos principios fundamentales establecen que la pena de muerte no se aplicará en el caso de los delitos cometidos por mujeres embarazadas o que acaban de dar a luz. Además, promueve que las mujeres embarazadas o con niños o niñas lactantes que se encuentren en prisión, serán provistas de condiciones especiales adecuadas. En las recomendaciones generales se dice que deberán tomarse en cuenta los requerimientos alimenticios de ciertos grupos de reclusos, como las mujeres embarazadas o que estén amamantando y les niños menores de 18 años.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ ACNUDH (1999). *Derechos Humanos y práctica penitenciaria: Manual de Capacitación en Derechos Humanos para Funcionarios Penitenciarios*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25427.pdf>.

3. Obligaciones específicas de los Estados con respecto a las personas trans privadas de la libertad que se adecúan al SIDH

a) Contexto de las personas trans privadas de la libertad en América Latina

49. Las organizaciones firmantes se han enfocado en los últimos años en el trabajo de mujeres privadas de la libertad, destacando la colaboración con activistas y lideresas trans. En este sentido, las respuestas a las preguntas propuestas por la CIDH son a partir de la vivencia y trabajo realizado con mujeres trans⁹⁸ que habitan en centros de reclusión. Se reconoce que las organizaciones de la sociedad civil, así como la academia y las instituciones públicas, deben aportar la experiencia de otras identidades trans que se encuentran privadas de la libertad. Algunas de las recomendaciones aquí presentadas pueden ser aplicables para ambos grupos y personas no-binaries, pero se hará la mención explícita en cada caso.
50. Las mujeres trans privadas de la libertad enfrentan múltiples experiencias de violencia e injusticia, que las hace enfrentar una situación diferenciada respecto de otras poblaciones. Al igual que la mayoría de la PPL en América Latina, ellas se encuentran internadas en condiciones de hacinamiento, falta de infraestructura, poco acceso a servicios y son sometidas a prácticas abusivas por funcionarios, como requisas invasivas, aislamiento y agresiones físicas. Sin embargo, las mujeres trans viven una restricción de derechos y atentados a su vida motivados por el prejuicio debido a su identidad de género. El informe *Mujeres trans privadas de la libertad: La invisibilidad tras los muros* relata cómo algunas de las violencias diferenciadas que estas mujeres experimentan es el desconocimiento a la identidad, limitaciones graves al acceso de servicios médicos, impedimento para tener visitas conyugales, violencia sexual por parte de población reclusa y uso desproporcionado de confinamiento⁹⁹. A continuación, se desarrolla la situación de las mujeres trans privadas de la libertad en tres temas: registro, condiciones de vida y violencia institucional tomando como referencia el informe previamente mencionado.

⁹⁸ El término mujer trans incluye a aquellas personas que se identifican como mujer trans, mujer transgénero y mujer transexual y aquellas otras que, a pesar de usar otras categorías, viven su subjetividad y corporalidad en el espectro de la feminidad y no se alinean con el sexo asignado al nacer. También incluimos en la categoría a travesti, que en América del Sur corresponde a una identidad política reivindicada por el mismo movimiento de la diversidad sexual y de género. Véase en L. Berkins (2006). *Travestis: Una identidad política*. Disponible en <https://hemisphericinstitute.org/es/emisferica-42/4-2-review-essays/lohana-berkins.html%20>

⁹⁹ T. García Castro, *et al.* (2020). *Mujeres trans privadas de la libertad: Invisibilidad tras los muros*. Disponible en https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Mujeres-trans-privadas-de-libertad.-La-invisibilidad-tras-los-muros_Final-8.pdf

51. Registro de la identidad de género en el sistema penitenciario: El registro de la identidad no es un dato demográfico que se incluye en la mayoría de los instrumentos estadísticos y censales de la región. Los únicos países que han registrado a la población trans, y el resto de la población LGBTI, en el sistema penitenciario son Argentina, Bolivia y Uruguay. En el resto de los Estados, los cuales son aquellos que no tienen una ley de identidad de género en su normatividad, la información sobre esta población ha sido generada, en la mayoría de las ocasiones, por organizaciones de sociedad civil. Sin embargo, estos esfuerzos estadísticos presentan limitaciones como subregistro, errores en recolección de datos y diferencia en la sistematización, que impiden un estudio comparativo a través del tiempo y entre lugares¹⁰⁰. En la Tabla 1, se presentan las cifras disponibles en la región. Comparando con las tasas de encarcelamiento del país, se infiere que existe un evidente subregistro en la información. Por otro lado, las fuentes de México y Bolivia señalan que las mujeres trans privadas de la libertad conforman el 30 por ciento de la población LGBTI en prisión, por lo que se concluye que este sector tiene una alta presencia dentro del sistema penitenciario¹⁰¹.

Tabla 1. Número de mujeres trans privadas de la libertad en países de América Latina¹⁰²

País (año de la fuente)	Número de mujeres trans privadas de la libertad
Argentina (2017) ¹⁰³	146
Bolivia (2018) ¹⁰⁴	32
Brasil (2019) ¹⁰⁵	572
México (2018) ^{106*}	150
Uruguay (2019) ¹⁰⁷	15

52. Condiciones de vida de la población trans en el sistema penitenciario: Las mujeres trans privadas de la libertad enfrentan desigualdades previas a su ingreso a prisión. Por ejemplo, su expectativa de vida es de 35 años, la población reporta una alta prevalencia de enfermedades de transmisión sexual y su interacción con los profesionales de salud

¹⁰⁰ *Íbid.*, pp. 8-9.

¹⁰¹ *Íbid.*, p. 9.

¹⁰² La información de México solo está disponible para su capital Ciudad de México.

¹⁰³ Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena de Argentina (SNEEP) (2018). Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2018.pdf.

¹⁰⁴ Información suministrada por la Defensoría del Pueblo de Bolivia en 2018.

¹⁰⁵ Información suministrada por la organización no gubernamental SOMOS entre 2018 y 2019.

¹⁰⁶ Red Corpora en Libertad (2018). *Informe sobre la "Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBT+ Privadas de la Libertad en América" relativo a la audiencia temática dentro del 168 periodo ordinario de sesiones de la CIDH*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37938.pdf>; con información suministrada por la Subsecretaría del Sistema Penitenciario de la Ciudad de México en 2018.

¹⁰⁷ Información suministrada por el Instituto Nacional de Rehabilitación de Uruguay en 2019

está mediada por prejuicios y prácticas discriminatorias¹⁰⁸. También las mujeres trans presentan bajos niveles de escolaridad, causados por la interrupción de estudios por el rechazo en la comunidad educativa o en la familia, y enfrentan mayores obstáculos para conseguir trabajos, ocasionando que se dediquen a labores informales y criminalizadas¹⁰⁹.

53. Estas situaciones se agravan al ingresar a prisión. Las autoridades penitenciarias a menudo ubican a las mujeres trans en cárceles de hombres, lo cual viola el derecho de identidad y las expone a ser víctimas potenciales de agresiones físicas y sexuales. Dentro de la clasificación, las mujeres trans suelen ser segregadas de la población general bajo el argumento de proteger su seguridad o, en otros casos y bajo prejuicios, la seguridad de los hombres. Las organizaciones de la sociedad civil han denunciado que estos espacios carecen de servicios, aumentando con ello la brecha de igualdad, o son pabellones que incluyen imputados y condenados por delitos contra la integridad sexual¹¹⁰. Se ha registrado que la segregación provoca episodios de depresión que, sin el acompañamiento psicológico adecuado, pueden llevar a suicidios (o intentos de)¹¹¹.
54. A causa de la segregación espacial y el riesgo de violencia, las mujeres trans suelen no participar en actividades educativas, laborales o recreativas de los centros. Esto, aunado a la falta de programas de reinserción social efectivos en los países, dificulta el egreso de la prisión. Los programas disponibles dentro y fuera de prisión son posibles por la iniciativa de organizaciones de la sociedad civil que acompañan los procesos de recuperación de la libertad¹¹².
55. En materia de salud, la atención en centros penitenciarios carece de perspectiva de género, no tienen conocimiento ni recursos para entregar los servicios específicos para la población trans y la práctica médica está atravesada por discursos homofóbicos y transfóbicos¹¹³. Por ejemplo, las cárceles no cuentan con personal de salud con

¹⁰⁸ CIDH (2015). *Violencia contra personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersex en América*, OEA/Ser.L/V/II.Rev.2.Doc.36. Disponible en

<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>; Asociación Nacional de Travestis y Transexuales (ANTRA) (2018). *Informe sobre Asesinatos y violencia contra travestis y transexuales en Brasil en 2018*. Disponible en <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/11/informe-sobre-asesinatos-y-violencia-contra-travestis-y-transexuales-en-brasil-en-2018.pdf>; Imparables (2018). *Radiografía de organizaciones, medios de comunicación y estado de los derechos de la comunidad LGBTI+ en América Latina*. Disponible en <https://distintaslatitudes.net/wp-content/uploads/2019/11/Imparables-VF-1.pdf>, y Red Latinoamericana y del Caribe de Personas Trans (2019). *Informes CEDOSTALC Regional 2018 - Basta de genocidio trans*. Disponible en https://issuu.com/redlactrans/docs/informe_cedostalc_2018_regional_-_b

¹⁰⁹ Véase revisión sistemática de García Castro, et al. (2020), p. 11.

¹¹⁰ García Castro, et al. (2020), pp. 12-13.

¹¹¹ Red Corpora en Libertad (2018), p. 4.

¹¹² García Castro, et al. (2020), p. 16.

¹¹³ *Ibid.*, p. 14.

especialidad ni conocimientos en endocrinología, dejando en especial vulnerabilidad a aquellas personas que buscan dar continuidad a sus tratamientos hormonales y a otras que tienen complicaciones por autoadministración de hormonas. Organizaciones en Colombia, México y Uruguay reportan que los tratamientos hormonales y las transformaciones corporales están sujetas a la autorización discrecional de las autoridades y no existen controles periódicos necesarios¹¹⁴. A partir de la crisis por COVID-19, se reporta un agravamiento en la entrega de estos servicios¹¹⁵.

56. Violencia institucional contra mujeres trans privadas de la libertad: Además de las agresiones que enfrentan las mujeres trans por la población interna, también experimentan la violencia institucional por la omisión y/o acción de la autoridad penitenciaria. Por un lado, los funcionarios de seguridad permiten y no persiguen actos de odio y discriminación en contra de mujeres trans, así como tampoco otorgan los medios para que busquen justicia¹¹⁶. Esta violencia también se ve reflejada en la restricción de servicios al interior de los centros de reclusión; por ejemplo, cuando el personal de salud da un maltrato a estas mujeres o les restringen el acceso a comedores. Por otra parte, las autoridades penitenciarias también son perpetradores de violencia directa. En Argentina y El Salvador se ha reportado que las mujeres trans privadas de la libertad han sido víctimas de actos de violencia, tales como requisas intrusivas, tortura, agresiones físicas y violaciones sexuales¹¹⁷. Organizaciones de Colombia y El Salvador también declaran que la aplicación de sanciones es desproporcionada en contra de este sector al aplicarles castigos más severos, desde el confinamiento prolongado hasta el corte de cabello involuntario¹¹⁸. Así, la violencia por agentes estatales es sistemática y cotidiana, siendo justificada por el régimen disciplinario y los altos mandos de los establecimientos de encierro.

¹¹⁴ Colombia Diversa (2016). “Muchas veces me canso de ser fuerte”. Ser lesbiana, gay, bisexual o trans en las cárceles de Colombia. Disponible en <https://www.colombiadiversa.org/carceles2017/documentos/INFORMECARCELES.pdf>, p. 57; Red Corpora en Libertad (2018), p. 4.

¹¹⁵ Red Corpora en Libertad y Procuración Penitenciaria de la Nación (2020). *Informe de Corpora en Libertad ante la pandemia y sus efectos en las personas LGBTQI+ privadas de la libertad*. Disponible en <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/2690-informe-de-corpora-en-libertad-ante-la-pandemia-del-covid-19-y-sus-efectos-en-las-personas-lgtbtqi-privadas-de-su-libertad>

¹¹⁶ CIDH (2015), parr. 164.

¹¹⁷ Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de Argentina (INDEC) (2012). *Primera Encuesta sobre Población Trans 2012: Travestis, Transexuales, Transgéneros y Hombres Trans*. Disponible en http://www.trabajo.gov.ar/downloads/diversidadsexual/Argentina_Primer_Encuesta_sobre_Poblacion_Trans_2012.pdf, p. 19, y Red Corpora en Libertad (2018), p. 8.

¹¹⁸ Colombia Diversa (2016), pp. 24-30, y Red Corpora en Libertad (2018), p. 6.

b) Implementación de los estándares relacionados con las personas trans privadas de la libertad a la luz del SIDH

57. Como se ha expresado en distintas ocasiones, la ausencia de estándares y políticas públicas en los países de América Latina sobre atención y cuidado de las personas LGBTI privadas de la libertad es alarmante¹¹⁹. El grupo de organizaciones firmantes ve una oportunidad para que se esclarezca la implementación de los estándares de protección a grupos marginalizados y se detalle cuáles son las medidas concretas que los Estados deben seguir.
58. Relacionadas con el respeto a la identidad de género para elegir el sitio de privación de la libertad: En el artículo 5.2 de la CADH se establece el derecho a que “toda persona privada de la libertad será tratada inherente al ser humano”. Siguiendo lo anterior, la Corte IDH estableció por primera vez en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay en 2004 que “una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de la libertad, es la de procurar a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”¹²⁰.
59. La Corte ha reiterado esta interpretación en los casos de López v. Honduras (2006), Penal Miguel Castro Castro v. Perú (2006), Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador (2007) y Fleury y otros v. Haití (2011). Una de las obligaciones específicas que proviene de ese deber de garantizar una vida digna durante la privación de la libertad es garantizar un sitio de alojamiento seguro. Sin embargo, su implementación se ha cuestionado en el caso de las personas trans, y en especial las mujeres. Como mencionamos en el contexto, los funcionarios de los sistemas penitenciarios ignoran la identidad de género y las ubican en centros de reclusión varoniles¹²¹. Otro problema es que la normatividad penitenciaria en los países de la región determina que la división de los centros será de acuerdo con el binarismo de género, obstaculizando la existencia de espacios neutrales en la que personas del espectro de la diversidad sexual y de género sean reclusas. Lamentablemente, la Corte IDH sólo ha decidido sobre la separación de espacios en centros de reclusión en el caso de asegurar que el espacio de personas procesadas sea distinto al de las condenadas¹²².

¹¹⁹ García Castro, *et al.* (2020), y Red Corpora en Libertad (2018).

¹²⁰ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” v. Paraguay. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, parr. 159.

¹²¹ Véase supra en “Contexto de personas trans privadas de la libertad en América Latina”.

¹²² Caso “Instituto de Reeducción del Menor” v. Paraguay, parr. 169.

60. En este vacío, el Principio 9 fracción C de los Principios de Yogyakarta indica que: “Velarán por que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de su libertad participen en las decisiones al lugar de detención apropiado para su orientación sexual e identidad de género”. Esto sigue la línea de la Regla No. 2 de las Reglas Nelson Mandela sobre adopción de medidas de protección y promoción para personas con necesidades especiales y el Principio No. 19 de los Principios y Buenas Prácticas sobre Protección de las Personas Privadas de la Libertad en América, que da lugar a separación de alojamiento por necesidad especial. Así, los Estados deben consultar a las personas trans en qué establecimiento y pabellón están conformes de alojarse. Las autoridades penitenciarias deben respetar, en la medida de lo posible, su elección.
61. La libertad para decidir el sitio de alojamiento está fundada en el hecho de que cada centro de reclusión varía en su dinámica y experiencia de violencia. En algunas ocasiones, habitar con el resto de la población reclusa representa un alto riesgo a su vida e integridad y la decisión más viable es ubicarse en pabellones propios de personas LGBTI (aunque se ubiquen en centros masculinos), en los cuales existen las condiciones, recursos y el personal capacitado para proteger sus derechos y atender sus necesidades¹²³. Otras veces estos espacios funcionan como zonas de exclusión para este sector, en los cuales existen una brecha relevante en la provisión de servicios públicos y se alojan personas condenadas por delitos sexuales o personas con discapacidad mental¹²⁴. Por esta variabilidad en las condiciones de cada lugar, la autoridad penitenciaria debe consultar a la mujer trans para asegurar que la compurgación de su pena privativa no represente un riesgo a su vida.
62. El reconocimiento y respeto de agencia a la persona reclusa asegura que cuando exista una separación de personas trans del resto de la población sí sea debido a la razón de seguridad interna, en lugar de usar esta justificación sin evidencia alguna. La implementación de este deber está ligado a las obligaciones del Estado de reconocer y registrar la identidad de género de las personas reclusas, así como de garantizar una infraestructura y servicios que aseguren una vida digna. También conlleva la responsabilidad de diseñar y ejecutar una política efectiva que permita evaluar y predecir los riesgos o ventajas en las solicitudes de segregación o integración a población general¹²⁵. Cabe señalar que esta medida recomendada se ha basado en la experiencia de mujeres trans y varía en la situación de hombres trans. Por ejemplo, si un hombre trans decide alojarse en un centro masculino con la población en general y la autoridad penitenciaria determina que eso representa un riesgo de sufrir violencias, esta última

¹²³ UNODC (2009), *Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales*, p. 109.

¹²⁴ García Castro, et al. (2020).

¹²⁵ Cfr. en la sección 4.3.8 Seguridad y protección del Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales (2009).

puede no seguir la elección e ingresarlo a un pabellón aislado del resto de los reclusos. Es decir, la decisión de las personas puede ser condicionada por la autoridad penitenciaria, si se determina y funda que la unidad elegida representa un riesgo inminente a la vida de la persona privada de la libertad¹²⁶.

63. Relacionadas con la prevención de todo acto de violencia contra las personas trans, que no impliquen segregación del resto de la población carcelaria, incluyendo los tipos de violencia que se presentan en centros de reclusión: Reiterando el artículo 5.2 de la CADH y las obligaciones estatales de prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres conforme a los artículos 7 y 8 de la Convención de Belém do Pará, los Estados se vuelven responsables de prevenir actos de violencia contra mujeres privadas de la libertad. La condición de los Estados como garantes de derechos para población reclusa ha sido reiterada en múltiples ocasiones, destacándose en los casos de “Instituto de Reeducción del Menor” v. Paraguay (2004), Fleury y otros v. Haití, e Isaza Uribe v. Colombia (2019).
64. En la experiencia de las mujeres trans y otras personas LGBTI en centros de reclusión varonil, los Estados han intentado (simulado, en algunos casos) el cumplimiento de su papel como garante de derechos a través de la separación de estas personas del resto de la población en general. Tal como se presentó en párrafos anteriores, la autoridad penitenciaria justifica el uso del confinamiento o la presencia de pabellones especiales con el argumento que es para la seguridad de las personas LGBTI y mantener el orden. Si bien esta razón sigue la Regla No. 37 de las Reglas Nelson Mandela de uso de separación forzosa por razones de orden y seguridad¹²⁷, esto debe ser una medida de *última ratio* y las medidas de seguridad deben seguir los principios de proporcionalidad. Además, la separación espacial ocasiona la existencia de una brecha en el acceso y calidad a servicios, al mismo tiempo que no existe un cambio en las condiciones para prevenir la violencia en futuras ocasiones¹²⁸.
65. El Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales establece que las obligaciones del Estado de proteger y prevenir la violencia incluyen capacitación a personal para dar seguimiento a casos de violencia sexual; establecer mecanismos efectivos, accesibles y confidenciales de quejas; no discriminar a personas LGBTI en el uso de medidas disciplinarias; asegurar requisas no intrusivas, y establecer políticas efectivas para

¹²⁶ Cfr. en sección. 4.3.4 Distribución y alejamiento del Manual sobre Reclusos con Necesidades Especiales (2009)..

¹²⁷ Regla No. 37 inciso d): “La ley pertinente, o el reglamento de la autoridad administrativa competente, determinará en cada caso: [...] d) Toda forma de separación forzosa del resto de la población reclusa (como el aislamiento, la incomunicación, la segregación y los módulos de vigilancia especial o de semiasilamiento), ya sirva como sanción disciplinaria o para mantener el orden y la seguridad, [...]”.

¹²⁸ García Castro *et al.* (2020), p. 8.

acceder a la segregación de protección¹²⁹. No obstante, estas recomendaciones se limitan a considerar trabajar los síntomas de la violencia (seguimiento y quejas) y no modifican los patrones o dinámicas que dan lugar a las agresiones.

66. Conforme al artículo 8 de la Convención Belém do Pará, que obliga a los Estados a realizar acciones que concienticen a la población de la violencia contra la mujer y se desarrollen políticas de prevención, y al Principio 9 de Yogyakarta en sus incisos A y D, establecemos que los Estados tienen las obligaciones de desarrollar políticas que permitan la integración de las mujeres trans, y del resto de personas LGBTI, con el resto de la población privada de la libertad. En otras palabras, el Estado debe colaborar en la construcción de comunidad y en el reconocimiento de las mujeres trans como integrantes plenas de ella. Las obligaciones particulares serían: i) garantizar la plena participación de personas LGBTI en actividades laborales, educativas y recreativas en conjunto con la población general, que promueva la socialización, desmantele prejuicios y fomente la construcción de paz; e ii) incluir talleres de sensibilización a población reclusa (al igual a autoridades penitenciarias, personal de seguridad y de salud) que permita modificar patrones socioculturales; desmantelar prejuicios y/o estereotipos contra personas trans, y concientizar sobre los problemas y causas de la violencia por prejuicio.
67. Se reconoce que estas medidas son graduales y permanentes. Las autoridades deben implementar dichas acciones de manera progresiva, con la meta de asegurar en el futuro que la segregación no sea la primera y única vía de protección. A su vez, esto conlleva al deber del Estado de asegurar que estas obligaciones estén incluidas en los protocolos de cada establecimiento de encierro, para asegurar su continuidad y evaluación.
68. Relacionadas con el acceso a servicios de salud adecuados a sus circunstancias, en específico el procedimiento de transición: A pesar de no estar explícito en la CADH, el derecho a la salud está contenido en el artículo 26 de dicho instrumento, tal como contempla la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹³⁰. En el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador) se encuentra previsto en su artículo 10, estableciendo que “toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. Asimismo, el derecho a la salud para personas privadas de la libertad se encuentra incluido en el artículo 5.2, como un aspecto fundamental para el “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

¹²⁹ UNODC (2009), p. 122.

¹³⁰ Véase en O. Parra Vera (2013). “La protección de derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en L. Clérico, L. Ronconi y M. Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, pp. 761-800. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

69. La Corte IDH ha resuelto en este sentido en varias ocasiones. La primera ocasión fue en el caso *Tibi v. Ecuador* en 2004, en la cual se resuelve que, conforme al artículo 5 de la CADH, “el Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así se requiera”¹³¹. Esta interpretación fue ahondada en el caso *Montero Aranguren y otros v. Venezuela* de 2006, donde la Corte desarrolla que:

Este tribunal ha señalado que la falta de atención médica adecuada no satisface los requisitos materiales mínimos de un tratamiento digno conforme a la condición de ser humano en el sentido del artículo 5 de la Convención Americana. El Estado tiene el deber de proporcionar a los detenidos revisión médica regular y atención y tratamiento adecuados cuando así requiera. A su vez, el Estado debe permitir y facilitar que los detenidos sean atendidos por un facultativo elegido por ellos mismos o quienes ejercen su representación o custodio legal, sin que esto signifique que existe una obligación de cumplir con todos los deseos y preferencias de las personas privadas de la libertad en cuanto a atención médica, sino con aquellas verdaderamente necesarias conforme a la atención médica¹³².

70. En el desarrollo jurisprudencial en la materia, la Corte IDH ha reiterado en diversas ocasiones que los servicios de asistencia médica deben ser oportunos, adecuados y completos. Si bien existe una restricción de movilidad y de recursos (que impide satisfacer deseos), esto no se traduce a que la autoridad penitenciaria debe proveer la atención médica a niveles inferiores.
71. Adicionalmente, el X Principio sobre Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas añade que se deberán satisfacer las necesidades de salud de personas pertenecientes a grupos vulnerables y que la prestación debe seguir los principios de: confidencialidad, autonomía de los pacientes y consentimiento informado en la relación médico-paciente. Por su parte, esta protección de derechos está considerada en el marco internacional en la Regla No. 24 de las Reglas Nelson Mandela, en las cuales también se desarrolla que el personal de salud debe ser conformado por un equipo interdisciplinario¹³³ y que las decisiones médicas serán tomadas por profesionales de salud y no la autoridad penitenciaria¹³⁴.

¹³¹ Corte IDH, *Caso Tibi v. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 156.

¹³² Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 102.

¹³³ Regla No. 25.

¹³⁴ Regla No. 27.

72. Finalmente, el inciso B del Principio 9 de los Principios de Yogyakarta establece para población LGBTI privada de la libertad, que los Estados:

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

73. Así pues, los Estados tienen la obligación específica de garantizar a las mujeres trans en los centros de reclusión atención médica especializada, de calidad y oportuna, ya sea en centros varoniles (si deciden permanecer ahí) o en centros femeniles. Dicha atención especializada hace referencia a que se cuente con personal de salud, así como la infraestructura y los recursos suficientes para atender tratamientos de reasignación de género, hormonales y de VIH/SIDA, así como para atender enfermedades endocrinológicas o relativas al uso no regulado de sustancias modeladoras.

74. En el caso particular de procedimientos de transición, una limitante recurrente de la autoridad penitenciaria es señalar que no es un procedimiento que cumpla el criterio de atención médica “verdaderamente necesaria”, porque no representa un riesgo a la vida¹³⁵. No obstante, este argumento proviene del desconocimiento de la experiencia trans. La continuación o inicio de procesos de transición, mediante procesos quirúrgicos y/u hormonales, es una pieza fundamental para muchas personas trans, que obedece a su proyecto de una vida plena. Por ende, su restricción o prohibición es una violación a sus derechos a la integridad personal, a la libertad personal y al acceso a la salud. La importancia de que los Estados aseguren procedimientos quirúrgicos y/u hormonales también recae en que países de la región siguen exigiendo la acreditación de estos tratamientos para realizar los trámites para el reconocimiento jurídico de su identidad¹³⁶. Si bien la CIDH ha reconocido que estos requisitos atentan contra la integridad personal¹³⁷, esta acreditación sigue persistiendo en las normatividades nacionales y es un hecho que las personas trans deben afrontar. Por tal motivo, la restricción a estos procedimientos a este grupo, que todavía no tienen el cambio de identidad registral y necesitan acreditar el tratamiento médico, implica una vulneración múltiple de derechos: a la salud, a la integridad personal, al reconocimiento de la identidad y a la reinserción social.

¹³⁵ Red Corpora en Libertad (2018), pp. 11-13.

¹³⁶ ILGA (2019). *Informe de Mapeo Legal Trans. Reconocimiento ante la ley*, 3ra. ed. Disponible en https://ilga.org/downloads/ILGA_Mundo_Informe_de_Mapeo_Legal_Trans_2019_ES.pdf

¹³⁷ Corte IDH (2018). *Cuadernillo de Justicia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 19: Derechos de las personas LGBTI*, parr. 146.

75. En el caso de hombres trans privados de la libertad, un servicio de salud que deben asegurar las autoridades penitenciarias es atención ginecobstétrica de calidad y libre de prejuicios. En este sentido, se debe reconocer que los hombres trans, junto con otras identidades no-binaries, son personas con capacidad de gestar y pueden experimentar las etapas de embarazo, lactancia y posparto. Si una de estas personas se encuentra en estado de embarazo, los Estados tienen, a la luz de los instrumentos jurídicos señalados anteriormente, la obligación de entregar una alimentación y cuidado particular, garantizar un parto digno y las otras medidas específicas que se desarrollaron en el segundo apartado para el caso de mujeres.
76. Relacionadas con las visitas íntimas a que tienen derecho las personas trans: Las personas privadas de la libertad tienen derecho a la visita y, como ha reconocido la Corte IDH en el caso *López y otros v. Argentina* de 2019¹³⁸, conforma parte de la disposición del artículo 5.6 de la CADH de que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Por su parte, la Regla No. 58 de las Reglas Nelson Mandela reconoce que las visitas es una forma de contacto en el mundo exterior, pero limitado a la vigilancia y autorización de la autoridad penitenciaria. Adicionalmente, el párrafo segundo de la Regla No. 58 establece que: “2. En caso de que se permitan las visitas conyugales, este derecho se aplicará sin discriminación y las reclusas podrán ejercerlo en igualdad de condiciones que los reclusos. Se contará con procedimientos y locales que garanticen el acceso equitativo e igualitario y se prestará la debida atención a la seguridad y dignidad”.
77. Estas normas dan primera luz de que el Estado debe garantizar el principio de igualdad y no discriminación en el régimen de visitas de los centros penitenciarios. No obstante, las Reglas Nelson Mandela y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre visitas mencionan que las personas visitantes son familiares o cónyuges, ignorando el tema de la visita íntima. En este sentido, señalamos los argumentos desarrollados por la CIDH en el caso de *Marta Álvarez Giraldo v. Colombia*. En 1996, Marta Lucía Álvarez Giraldo presentó una petición a la CIDH que alegó la responsabilidad del Estado colombiano en las violaciones de derechos cometidas por prejuicio, en el caso de restricción al derecho de visita íntima. La Comisión reconoció que el Estado violó el artículo 8 y 25 de la CADH en relación con el principio de no discriminación del artículo 1.1. En su informe, se concluye que el derecho a las visitas no puede tener como fin la reproducción humana, pues las visitas íntimas conforman parte del ejercicio de la sexualidad en sí misma y constituye una

¹³⁸ Corte IDH, Caso *López v. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, parr. 118: “[...] ii) el contacto con la familia y el mundo exterior es fundamental en la rehabilitación social de las personas privadas de la libertad. Lo anterior incluye el derecho a recibir visitas de familiares y representantes legales; [...]”.

conexión con el exterior para la persona privada de la libertad¹³⁹. Asimismo, la CIDH indica que su negación y obstrucción por prejuicio es una violación a los derechos de igualdad y no discriminación¹⁴⁰, privacidad¹⁴¹, integridad personal¹⁴² y garantías judiciales¹⁴³.

78. La argumentación anterior está en línea con las recomendaciones del Manual sobre Reclusos de Necesidades Especiales. Por un lado, se establece que la legislación penal debe permitir las visitas de parejas no casadas “con el fin de evitar romper vínculos de las personas con el mundo exterior y de los medios de apoyo, exacerbando así el aislamiento que en la mayoría de las ocasiones enfrentan [...]”¹⁴⁴. Por otro lado, rectifica que este derecho debe permitirse sin razón de prejuicio hacia personas de la diversidad sexual y de género¹⁴⁵.
79. Con este marco, los Estados están obligados a permitir y respetar las visitas íntimas de las mujeres trans, así como del resto de la población LGBT, sin realizar actos de violencia ni discriminación hacia ellas ni sus visitantes. Este deber implica las medidas específicas de que el personal administrativo y de guardia del centro penitenciario no debe exigir actas de matrimonios o de unión civil para condicionar la entrada. De igual manera, las autoridades deben evitar cuestionar el estatus, duración o historia de la relación, conforme al derecho a la privacidad. Reconociendo que este derecho no es absoluto, las autoridades correspondientes pueden interrogar o solicitar evidencia cuando existan sospechas fundadas de un riesgo a la seguridad interna o de la persona reclusa. En otras palabras, los cuestionamientos a visitantes y personas internas no deben estar motivadas por el morbo, prejuicios y estereotipos hacia parejas que no cumplen con expectativas cis-heteronormativas.
80. Las medidas especiales durante la visita deben garantizar la seguridad, dignidad y privacidad de las personas involucradas. Por ende, la autoridad penitenciaria debe asegurarse de vigilar, con respeto a la intimidad de la pareja, su seguridad y tener una ruta de acción para detectar posibles riesgos, así como atender escenarios de agresiones. Otra medida es establecer un espacio específico de encuentros, el cual reciba limpieza

¹³⁹ CIDH, Informe No. 122/18, Caso No. 11.656. Fondo (Publicación). Marta Lucía Álvarez Giraldo. Colombia. 5 de octubre de 2018, párr. 173, 195 y 196.

¹⁴⁰ Artículos 1.1, 2 y 24 de la CADH.

¹⁴¹ Artículo 11.2 de la CADH.

¹⁴² Artículo 5.1 de la CADH.

¹⁴³ Artículo 8.1 de la CADH.

¹⁴⁴ UNODC (2019), p. 117.

¹⁴⁵ El manual contiene el error de solo mencionar “orientación sexual”, a pesar de que hace referencia a personas transexuales. Hacemos la rectificación de que, siguiendo la interpretación progresiva del manual, se trata de orientación sexual e identidad de género.

constante y cuente con los elementos para una estancia temporal digna, como son, al menos, agua corriente, electricidad, cama, juego de sábanas y condones.

81. Finalmente, se invita a la CIDH y a la Corte IDH a reflexionar que las medidas específicas para la protección y defensa de derechos de las personas LGBTI consisten en el reconocimiento de su agencia para que puedan vivir en condiciones dignas de acuerdo con su subjetividad y corporalidad, sin que agrave el sufrimiento inherente de la prisión. En este sentido, no hay medidas únicas que deben seguir los Estados porque las identidades de género no son monolíticas y cada una tiene una experiencia distinta con la violencia, mediada también por la interseccionalidad con otras categorías sociales. Por ejemplo, las respuestas aquí vertidas deben integrar una perspectiva de pluralismo cultural y respeto a usos y costumbres cuando se trate de identidad no-normativas de grupos étnicos, como son los casos de dos espíritus o muxes. También se advierte que los primeros esfuerzos por adoptar enfoques diferenciados pueden replicar discursos binarios y esencialistas del género, por lo que se requiere que el personal penitenciario trabaje de la mano con organizaciones de la sociedad civil y las personas privadas de la libertad para asegurar la progresividad de derechos.¹⁴⁶

4. Obligaciones específicas de los Estados sobre niños que viven con sus madres en la cárcel que se adecúan al SIDH

a) Contexto de los niños con referentes significativos privados de la libertad en América Latina

82. Los hijos de las personas privadas de la libertad son, generalmente, los sujetos invisibles, olvidados y “colaterales” del sistema de justicia penal. Lejos de ser vistos como sujetos de derecho (bajo el paradigma auspiciado por la CDN) permanecen como “hijos *de*” y su experiencia única y particular de las consecuencias de la privación de la libertad de un referente adulto (o adolescente) depende de un conjunto de factores endógenos y exógenos¹⁴⁷ sobre los cuales tienen poco o nulo control. Los primeros están relacionados, principalmente, con las condiciones familiares e individuales de los niños e incluyen¹⁴⁸:

¹⁴⁶ Véase en G. Contreras Ruvalcaba (2020). “El dilema del cuerpo penitenciario: Corporalidad trans en el sistema carcelario colombiano”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, no. 5: pp. 63-97.

¹⁴⁷ Giacomello, Corina, *Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2015.

¹⁴⁸ Giacomello, Corina, “Me lo dicen desde lejos... que soy hija de traficante”. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con padres y madres privados de la libertad”, en Plascencia-González, M., Fernandes, M. L., Pantevis, M. y Corvalán, F. (coords.), *Infancias: contextos de acción, interacción y participación* (pp. pendiente), Tuxtla Gutiérrez, Brasilia, Rosario, Neiva: Universidad Autónoma de Chiapas, Universidad de Brasilia, Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de Rosario y Universidad Surcolombiana, 2020.

i) el vínculo de parentesco y la dependencia de los cuidados del referente; ii) la calidad y características de la relación con el referente privado de la libertad; iii) la edad de le niño o adolescente; iv) el género de le niño o adolescente, así como otros factores que inciden en su exposición a mayores riesgos de vulnerabilidad (por ejemplo, si tiene alguna discapacidad, si pertenece a una minoría étnica, etc.); v) las relaciones afectivas y de cuidado con otras personas, entre otros hermanos, familia extendida, la escuela y el entorno comunitario; y vi) su nivel de salud física y mental, incluyendo el uso de sustancias y la autoestima.

83. Los factores exógenos, en cambio, se desprenden del entorno socio-ecológico del niño o niña y del sistema penal y penitenciario y abarcan, entre otros: i) el nivel socio-económico del núcleo familiar y de la familia extendida, ya que esto influirá directamente en los impactos económicos de la privación de la libertad, sobre todo si se trata de un referente proveedor; ii) las dinámicas familiares y cómo éstas reaccionan al evento, por ejemplo, si logran mantener juntos a hermanas o hermanos o bien si niñas, niños y adolescentes son alojados en hogares distintos o incluso institucionalizados; iii) el tipo de delito del que es acusada la persona privada de la libertad, puesto que éste influye en el estigma o estatus a nivel comunitario, así como en la respuesta del sistema penal (por ejemplo, si aplica prisión preventiva, la duración del proceso y de la pena y el tipo y ubicación del centro de privación de la libertad); iv) el sistema de justicia penal y el régimen penitenciario; v) el acceso (o no) a justicia expedita, de calidad y amigable para niñas, niños y adolescentes; vi) el entorno comunitario y escolar y su solidaridad o bien estigma hacia la niña, niño o adolescente; vii) la actuación de las autoridades (policías, defensores, jueces y autoridades penitenciarias); viii) la frecuencia, modalidad y calidad del contacto con la persona privada de la libertad; ix) las condiciones de vida en los centros penitenciarios.
84. Les niñas y adolescentes con madres y padres encarcelados (en adelante NNAPES) son un conjunto variado y plural de vivencias únicas y particulares, sin embargo, presentan situaciones comunes muy específicas. Hay, por ejemplo, NNAPES que acuden de visita, pero también hay quienes (por razones económicas, por falta de acompañantes o por la lejanía del centro penitenciario) no pueden o no quieren visitar al referente privado de la libertad. Hay NNAPES cuyo referente se encuentra privado de la libertad en otro país o que viven en el país de detención del referente y que es distinto al país de origen; a ellos, nos referimos como “NNAPES transnacionales”¹⁴⁹. Sea cual sea su situación, son millones las niñas, los niños y los adolescentes que sufren los impactos del encarcelamiento de un referente. Se estima que en 25 países de América Latina y el Caribe

¹⁴⁹ Giacomello, Corina, *Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Church World Service y Gurises Unidos, Buenos Aires, 2019, <http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/es#informes>

existen, por lo menos, alrededor de dos millones de NNAPES¹⁵⁰. De estos, miles de niñas y niños comparten el encarcelamiento de la madre. En la tabla 2 se reproducen algunos datos que fue posible obtener para la elaboración del estudio Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe¹⁵¹.

*Tabla 2. Niñas y niños viviendo en prisión con sus madres*¹⁵²

País	Niñas y niños viviendo en prisión con sus madres y año de la información
Argentina	140 niños y niñas por un total de 2,963 mujeres privadas de la libertad (2015).
Brasil	419 niños y niñas por un total de 35,223 mujeres privadas de la libertad (2012).
Bolivia	550 niños y niñas por un total de 14,598 personas privadas de la libertad (2016-2017).
Chile	122 niños y niñas por un total de 3,319 mujeres privadas de la libertad (2017).
Colombia	76 niños y niñas por un total de 7,800 mujeres privadas de la libertad en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (2017).
El Salvador	194 niños y niñas por un total de 3,852 mujeres privadas de la libertad (2017).
Guatemala	102 niños y niñas por un total de 2,372 mujeres privadas de la libertad (2017).
Honduras	51 niños y niñas por un total de 1,021 mujeres privadas de la libertad (2017).
México	618 niños y niñas por un total de 10,611 mujeres privadas de la libertad (2016).
Paraguay	54 niños y niñas por 785 mujeres privadas de la libertad (2015).
Perú	164 niños y niñas por un total de 4,886 mujeres privadas de la libertad (2018).
Uruguay	58 niños y niñas por un total de 576 mujeres privadas de la libertad (2016-2017).

¹⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁵¹ La información completa y la nota metodología se encuentra disponible en Echaury, Briseida, *Anexo estadístico. Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Church World Service y Gurises Unidos, Buenos Aires, 2019, <http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/NQC-Anexo-estadistico.pdf>.

¹⁵² Fuente: Echaury, Briseida, *Anexo estadístico. Niñez que cuenta. El impacto de las políticas de drogas sobre niñas, niños y adolescentes con madres y padres encarcelados en América Latina y el Caribe*, Church World Service y Gurises Unidos, Buenos Aires, 2019, <http://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/NQC-Anexo-estadistico.pdf>.

85. Les niñas que viven en prisión con sus madres se encuentran en una situación particular de vulneración de derechos por encontrarse privadas de la libertad *de facto* bajo un régimen que, en lugar de reconocerles, y tratarles, como sujetos de derecho, les relega a “apéndices de sus madres”. Así, las mujeres privadas de la libertad son quienes asumen, día a día, la responsabilidad del mantenimiento de sus hijos en recintos penitenciarios que, a menudo, no proveen siquiera los insumos básicos para que ellas puedan garantizar su propia sobrevivencia en condiciones dignas. A continuación, se analizan los estándares internacionales e interamericanos que deben guiar las actuaciones de los Estados frente a las niñas y los niños que viven en prisión con sus madres.

b) Antecedentes y marco de interpretación internacional

86. El 30 de septiembre de 2011 el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas llevó a cabo el Día de Debate General sobre las hijes de madres y padres privados de la libertad¹⁵³, el que dio pie a una serie de conclusiones y recomendaciones sobre les niñas que viven en prisión con sus madres. Éstas son presentadas a continuación y reforzadas con las disposiciones internacionales que las sustentan. Las niñas y los niños que viven en prisión con sus madres tienen los mismos derechos que todos les niñas y no deben ser tratados como personas en conflicto con la ley, como resultado de las acciones de sus padres y madres. Cabe aclarar que este punto se encuentra explícito también en Reglas de Bangkok, donde se dice que “toda decisión de permitir que los niños permanezcan con sus madres en la cárcel se basará en el interés superior de [le niña]. [Les niñas] que se encuentren en la cárcel con sus madres nunca serán [tratadas] como [reclusas]”¹⁵⁴. Asimismo, el artículo 2 de la CDN consagra el derecho de niñas a todos los derechos sin distinción y a ser protegidas “contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”. Cabe hacer hincapié en que el principio de no discriminación constituye uno de los cuatro principios generales de la CDN¹⁵⁵.

87. En el Día de Debate General se reafirmó que toda niña tiene derecho a vivir con sus progenitores. Asimismo, cada niña tiene el derecho a crecer en familia y en un ambiente social que favorezca su desarrollo. Las decisiones que atañen dichos derechos deben ser evaluadas caso por caso y tomando en consideración el interés superior de las niñas

¹⁵³ Comité de los Derechos del Niño (2011). *Report and Recommendations of the Day of General Discussion “Children of Incarcerated Parents”*. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>.

¹⁵⁴ Regla No. 49.

¹⁵⁵ Comité de los Derechos del Niño (2003). *Observación General número 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*. Disponible en: <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G0345517.pdf>.

involucradas. La CDN establece el derecho de niñas a no ser separadas de sus padres contra la voluntad de éstos y a reserva de que dicha separación sea en el interés superior de la niña¹⁵⁶. Lo anterior tiene tres repercusiones en el caso de niñas que viven en prisión con sus madres: i) el derecho a permanecer en prisión con su madre siempre y cuando dicha permanencia sea en su interés superior; ii) el derecho a mantener un contacto regular con los referentes cuidadores que se encuentran afuera de la prisión. Esto puede implicar el otro progenitor, es decir, el padre, pero no necesariamente o exclusivamente. Cabe recordar que gran parte de las mujeres privadas de la libertad sufren el abandono progresivo de sus familias y de la pareja *in primis*. Así, las personas que se yerguen como cuidadoras alternas de las niñas que viven en prisión con sus madres pueden abarcar hermanos, abuelos y otros familiares directos o indirectos. Es importante no limitar el contacto con familiares o progenitores, sino incluir todos los referentes cuidadores relevantes, bajo una metodología de caso por caso; iii) preservar el contacto con la madre una vez que se dé el egreso de la niña o niño de prisión, en caso de que ésta continúe privada de la libertad.

88. Con respecto a la edad mínima o máxima para permitir que una niña permanezca en prisión con su madre, en el Día de Debate General se llegó a la conclusión de que no es viable establecer una edad, ya que esto podría rebajar los niveles de protección existentes. Debe subrayarse que existen distintos criterios pero que, por lo general, prevalece el límite de tres años. El Comité hace hincapié en que deben considerarse y evaluarse múltiples niveles, en lugar de generalizar y establecer un criterio exclusivo de edad. Finalmente, se evidenció la falta de investigación sobre la situación de niñas en prisión con sus referentes privados de la libertad y la necesidad de destinar recursos a este tema.
89. Las Reglas 49 y 52 de Bangkok establecen disposiciones en ese sentido. Por ejemplo, las decisiones respecto del momento en que se debe separar a una hija de su madre deben adoptarse en función del caso y teniendo presente el interés superior de la niña con arreglo a la legislación nacional pertinente¹⁵⁷. La decisión de retirar a la niña de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares. Si se trata de una separación de la niña y es puesto al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, “se brindará a las reclusas el máximo posible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público”¹⁵⁸. Este último asunto se encuentra desarrollado además en el artículo 6 de la CND y constituye uno de los cuatro principios generales de la misma.

¹⁵⁶ Artículo 9.

¹⁵⁷ Regla No. 52.

¹⁵⁸ Ibid.

90. Las Reglas de Bangkok contienen una serie de disposiciones relativas a la aplicación de medidas alternativas, con énfasis en mujeres embarazadas y con hijos. Particularmente, la Regla 64 establece que “cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños”. Con respecto a los cuidados alternos, debe privilegiarse la ubicación de le niñe en un entorno familiar o comunitario, en concordancia con las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños de las Naciones Unidas¹⁵⁹.
91. Los centros penitenciarios donde viven niñes deben proveer acceso a la salud, alimentación, esparcimiento y educación. También debe proveerse a los progenitores privados de la libertad la asistencia para cumplir adecuadamente su rol como padres o madres en el contexto de privación de libertad, y asegurar el contacto de niñes que viven en prisión con el progenitor o la familia que reside fuera del centro penitenciario. También en este caso, las Reglas de Bangkok contienen varias disposiciones. Por un lado, se establece que las madres tendrán derecho a dedicarles tiempo a sus hijos¹⁶⁰. Por otro lado, se establece que les niñes que vivan con sus madres en la cárcel “dispondrán de servicios permanentes de atención de salud, y su desarrollo será supervisado por especialistas, en colaboración con los servicios de salud de la comunidad”¹⁶¹. En la Regla 48, se establece el “derecho a la alimentación para madres lactantes, bebés y niños y que exista la posibilidad de realizar ejercicios físicos habituales”. Asimismo, se establece el derecho al amamantamiento, a menos de que existan razones sanitarias concretas¹⁶².
92. Otro punto importante analizado por el Comité, son las políticas de seguridad en los centros penitenciarios y cómo éstas pueden afectar los derechos de niñes. En ese sentido, debe asegurarse la implementación del interés superior de le niñe en concordancia con las Observaciones¹⁶³ del Comité de los Derechos del Niño, que ha manifestado que el *interés superior de le niñe* debe ser aplicado como i) derecho; ii) principio; y iii) norma de procedimiento. Para el Comité “siempre que se tenga que tomar una decisión que

¹⁵⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas (2010). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Disponible en <https://www.unicef.org/spanish/protection/files/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>.

¹⁶⁰ Regla No. 50.

¹⁶¹ Regla No. 51.

¹⁶² Regla No. 48.

¹⁶³ Comité de los Derechos del Niño (2013). *Observación General 14: Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo primero*. Disponible en: https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf.

afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”¹⁶⁴. La evaluación y determinación del interés superior de le niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, se dijo que los Estados parte deben explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, “qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”¹⁶⁵.

c) *Les niñas en prisión con sus madres en el SIDH*

93. Si bien a nivel interamericano no existen disposiciones específicas relativas a niñas que viven en prisión con sus madres, el marco de protección de derechos de les niñas y la jurisprudencia existente ofrecen parámetros adecuados para identificar las responsabilidades del Estado en los ámbitos postulados por esta Opinión Consultiva. La CDN, aprobada en 1989, instaura un nuevo paradigma, pasando de la “doctrina de la situación irregular” (es decir, la concepción de “los menores” como objeto de tutela y protección) por la “doctrina de protección integral”, por la cual niñas son consideradas como sujetos titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, con una visión holística e integral de los derechos¹⁶⁶. Además de ser titulares de derechos en condición de igualdad con todas las demás personas, les niñas tienen derecho a una protección reforzada por su condición de personas en desarrollo y crecimiento.
94. En la Opinión Consultiva OC-17 de 2002, la Corte IDH afirma que “tal como se señalara en las discusiones de la CDN, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos- y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”¹⁶⁷. Así, les niñas gozan de los derechos que les corresponden a les demás niñas, tal y como lo marca, también, la CDN¹⁶⁸. Estos incluyen el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo¹⁶⁹, a vivir con su padre y

¹⁶⁴ Ibid., párr. 6. a).

¹⁶⁵ Ibid., párr. 6. c).

¹⁶⁶ Beloff, M. (2009). *Los Derechos del Niño en el SIDH*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/25897r.pdf>, p. 4.

¹⁶⁷ Corte IDH (2002). *Opinión Consultiva OC-17-2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>, párr. 54.

¹⁶⁸ Artículo 2 de la CDN.

¹⁶⁹ Artículo 6 de la CDN.

madre¹⁷⁰, a la reunificación familiar (en el contexto del centro penitenciario)¹⁷¹, a que su opinión sea escuchada y tomada en cuenta¹⁷², la salud y los servicios médicos¹⁷³, la evaluación periódica del internamiento de facto¹⁷⁴, la seguridad social¹⁷⁵, un nivel de vida adecuado¹⁷⁶, la educación¹⁷⁷, el juego y actividades culturales¹⁷⁸, la protección de la explotación sexual¹⁷⁹ y la prohibición de la tortura¹⁸⁰. La CADH, en su artículo 19, reconoce el derecho de todo niño (sic) “a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

95. De acuerdo con la interpretación del artículo 16 del Protocolo de El Salvador, se puede interpretar el deber de los Estados de garantizar el derecho a la educación, incluso en el caso de niñas y niños en prisión con sus madres. Esto es así a partir de los derechos que tiene todo niño tiene a: i) sea cual fuere su filiación, a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; ii) el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, le niño de corta edad no debe ser separado de su madre; iii) a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo. Lo anterior implica que el derecho de le niño a permanecer con su madre privada de la libertad debe verse complementado por i) el interés superior de la niñez como derecho, principio y norma de procedimiento; y ii) la imposición de medidas alternativas para garantizar la cercanía con la madre en un contexto que no sea de privación de la libertad; iii) la búsqueda de alternativas de cuidado¹⁸¹ y iv) condiciones de vida en los centros que garanticen todos los demás derechos de les niños, particularmente (además de aquellos contemplado en la CADH a la vida¹⁸², a la integridad personal¹⁸³, a la libertad y seguridad

¹⁷⁰ Artículo 9 de la CDN.

¹⁷¹ Artículo 10 de la CDN.

¹⁷² Artículo 12 de la CDN.

¹⁷³ Artículo 24 de la CDN.

¹⁷⁴ Artículo 25 de la CDN.

¹⁷⁵ Artículo 26 de la CDN.

¹⁷⁶ Artículo 27 de la CDN.

¹⁷⁷ Artículo 28 de la CDN.

¹⁷⁸ Artículo 31 de la CDN.

¹⁷⁹ Artículo 34 de la CDN.

¹⁸⁰ Artículo 37 de la CDN.

¹⁸¹ Artículo 20 de la CDN.

¹⁸² Artículo 4.1 de la CADH.

¹⁸³ Artículos 5.1, 5.2 y 5.3 de la CADH.

personal¹⁸⁴, a la protección a la familia¹⁸⁵, al nombre¹⁸⁶, a la nacionalidad¹⁸⁷, a la igualdad ante la ley¹⁸⁸, a la protección judicial¹⁸⁹ en vinculación con los artículos 3 y 12 de la CDN.

96. El entorno penitenciario, al ser una institución del Estado con obligaciones previstas por la CDN¹⁹⁰ y la CADH¹⁹¹, está obligado a adoptar las medidas necesarias y suficientes para garantizar su efectividad de los derechos de les niños en prisión con sus madres, que de acuerdo con la CDN¹⁹² y la CADH¹⁹³ deben gozar de los mismos derechos que todos los niños. La situación de particular vulnerabilidad de los niños en prisión con sus madres refuerza la responsabilidad del Estado en virtud de su rol especial como garante. Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas definen la privación de la libertad como

cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o **bajo el control de facto** de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas¹⁹⁴ (énfasis propio).

97. Así, los niños que viven en prisión con sus madres son privados de la libertad *de facto* y se encuentran bajo el control directo de las autoridades penitenciarias. La Corte IDH ha

¹⁸⁴ Artículo 7.1 de la CADH.

¹⁸⁵ Artículo 17 de la CADH.

¹⁸⁶ Artículo 18 de la CADH.

¹⁸⁷ Artículo 20 de la CADH.

¹⁸⁸ Artículo 24 de la CADH.

¹⁸⁹ Artículo 25 de la CADH.

¹⁹⁰ Artículo 4 de la CDN.

¹⁹¹ Artículo 26 de la CADH.

¹⁹² Artículo 4 de la CDN.

¹⁹³ Artículo 26 de la CADH.

¹⁹⁴ Preámbulo de Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas.

postulado en varias sentencias el rol especial de garante del Estado. De esta manera en la sentencia del “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay afirmó que

frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. (...) Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar¹⁹⁵.

98. Con respecto a las obligaciones relacionadas con el derecho a la vida familiar de la niñez, específicamente el contacto con el otro progenitor, la CDN y las Reglas de Bangkok establecen el deber de preservar la relación con la familia y de la no separación de los padres está garantizada. Por un lado, niños tienen derecho a vivir con sus madres en prisión, por el otro, tienen derecho a preservar el lazo con la madre después del egreso del centro penitenciario. El egreso tendrá que ser evaluado bajo una metodología de caso por caso, considerando el interés superior de la niñez como derecho, principio y norma de procedimiento y atendiendo a las circunstancias individuales. En ese sentido, la Corte ha señalado “que este derecho implica no sólo disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, toda vez que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia”¹⁹⁶. Asimismo, dada la condición de privación de la libertad *de facto*, el Estado debe garantizar el derecho al contacto con la familia mediante visitas y otros medios¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Corte IDH (2004), *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf, párr. 152 a 153.

¹⁹⁶ Corte IDH (2014). *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Disponible en: <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>, párr. 100.

¹⁹⁷ Artículo 37 de la CDN.

99. Sobre las obligaciones relacionadas con el acceso a servicios de salud y a la alimentación, ya se han señalado las obligaciones en materia de acceso a la salud y alimentación que se encuentran previstas en la CDN, la CADH, el Protocolo de El Salvador y las Reglas de Bangkok. A lo anterior, cabe señalar que Corte ha establecido disposiciones específicas en el ámbito penitenciario, al afirmar que “en los casos de niños y adolescentes internados, el Estado por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño y adolescente. Asimismo, la protección de la vida del niño y adolescente requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad”¹⁹⁸. Con respecto al derecho a la salud, este es un derecho autónomo derivado del artículo 26 de la CADH. En ese sentido la Corte IDH, en el caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, afirma que

resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho¹⁹⁹.

100. Asimismo, el artículo 29 de la CADH prevé el principio *pro persona*²⁰⁰, generando de tal manera la obligación para el Estado de garantizar el cumplimiento de todos los derechos de los cuales son titulares niños en prisión con sus madres. Así, los artículos 24 y 27 de la CDN enmarcan obligaciones de los Estados hacia niños en prisión con sus madres. Particularmente, el párrafo 3 del artículo 27 establece que “los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a

¹⁹⁸ Corte IDH (2018). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 5. Niños, niñas y adolescentes*. Disponible <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf>, párr. 181.

¹⁹⁹ Corte IDH (2018), *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 103; y (2019) *Caso Muelle Flores Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 170.

²⁰⁰ Corte IDH (2019). *Caso Hernández vs Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, párr. 65.

este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

101. Con respecto a los deberes de los Estados para asegurar un desarrollo adecuado de niños, específicamente en lo relacionado con la integración comunitaria, socialización, educación y recreación. Se puede decir que este deber se desprende de la obligación de promover, respetar y garantizar los derechos de niños al desarrollo²⁰¹, a la educación²⁰² y a la recreación²⁰³. Asimismo, como lo señala la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva donde analizó la condición jurídica y derechos humanos del Niño “entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”²⁰⁴.
102. En virtud de lo establecido por las Reglas de Bangkok (Regla 51.2), la Convención de los Derechos del Niño (art. 2) y el principio de equivalencia²⁰⁵, los niños que viven en prisión con sus madres tendrán derecho a: i) que los servicios brindados en el centro penitenciario sean de la misma calidad y nivel que aquellos disponibles para niñas y niños que no viven en prisión y ii) a disfrutar de dichos derechos en el exterior del centro penitenciario, para favorecer su desarrollo armonioso, integración social y participación de la vida comunitaria. En las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado²⁰⁶, se establece que

cuando el único o principal cuidador del niño pueda quedar privado de libertad a causa de su ingreso en prisión preventiva o de su condena a una pena de prisión, deberían dictarse en tales casos, siempre que sea posible y teniendo en cuenta el interés superior del niño, medidas de libertad provisional y penas no privativas de libertad. Los Estados deberían tener en cuenta el interés superior del niño al decidir retirar la custodia de un niño nacido en prisión o que vive en prisión con uno de sus progenitores. La retirada de la custodia de esos niños debería tratarse del mismo modo que otros casos de separación. **Debería ponerse el máximo empeño en lograr que los niños que permanezcan bajo la custodia de sus padres se beneficien de un cuidado y protección**

²⁰¹ Artículo 6 de la CDN.

²⁰² Artículo 28 de la CDN.

²⁰³ Artículo 31 de la CDN.

²⁰⁴ Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia..., óp. cit., párr. 124.

²⁰⁵ Corte IDH, *Caso Hernández*, óp. cit.

²⁰⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas (2010). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Disponible en <https://www.unicef.org/spanish/protection/files/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>.

adecuados, al tiempo que se garantiza su propia condición de individuos libres y su acceso a las actividades de la comunidad (énfasis propio).

5. Recomendaciones específicas a la Corte IDH sobre las obligaciones de los Estados parte del SIDH

a) Generales con respecto a las tres poblaciones incluidas en este documento

103. Con fundamento en las normas mencionadas en la solicitud de Opinión Consultiva, la Corte IDH debe conceptuar acerca de la obligación de los Estados parte del SIDH de garantizar la construcción, gestión, manejo y publicidad de la información necesaria para garantizar el seguimiento, tanto de las instituciones como de las organizaciones de la sociedad civil, del diseño e implementación de las medidas de enfoque diferencial. Esta información pública, veraz y accesible debe contar con mecanismos participativos de las poblaciones objeto de las medidas diferenciales, y deben estar fundadas en el mantenimiento de estadísticas fiables que permitan mejorar el goce efectivo de derechos de estos sectores de la PPL. Estos esfuerzos estadísticos deben garantizar una metodología que permita el estudio comparativo a través del tiempo y entre lugares, así como ser sensibles a un adecuado manejo del lenguaje restrictivo de los derechos humanos, o cualquier tipo de categoría que implica una discriminación o estigmatización.
104. Es fundamental que la Corte IDH recuerde a los Estados la obligación de prevenir y sancionar cualquier violación a los derechos humanos que se presente contra la PPL, específicamente contra aquellas poblaciones objeto de la presente Opinión Consultiva. A partir de allí, los Estados deben contar con mecanismos de supervisión de la implementación de los enfoques diferenciales en el ámbito de la privación de la libertad de acuerdo con lo estipulado en los estándares internacionales que se han mencionado a lo largo de este documento. Estos mecanismos de supervisión deben ser transparentes, externos al sistema penitenciario, independientes, amplios, participativos y accesibles.

b) Con respecto a las personas, en posparto y lactantes privadas de la libertad

105. Proponer que en casos de personas embarazadas y mujeres con personas dependientes a cargo se evite el encarcelamiento, o en su defecto, que sea el último recurso. Esto debe ser tomado especialmente en cuenta para casos de condena por delitos no violentos.
106. Los Estados deben revisar su legislación interna para modificar aquella que establezca medidas de prisión preventiva automática o penas obligatorias de prisión para ciertos delitos tales como de drogas, para casos de personas embarazadas o mujeres con personas dependientes a su cargo.

107. Asegurar que las mujeres sean recluidas en centros que estén cerca de sus hogares (siempre que así lo deseen) de tal forma que se permita que sus familiares las visiten. También, se recomienda que los Estados creen fondos de apoyo para familiares de las mujeres privadas de libertad para cubrir gastos de transporte que permitan ir a visitar a la cárcel y asegurar que no pierdan el vínculo y contacto con sus familiares, en especial si tienen hijos fuera de la cárcel.
108. Los Estados deben evitar cualquier discriminación y criminalización en contra de las mujeres madres o personas embarazadas que consumen drogas. En particular, en lo que se refiere a términos de internación compulsiva, pérdida de la custodia de los hijos, penalización de mujeres por interrupción del embarazo, presiones sobre su salud sexual y reproductiva, o el tratamiento forzado por consumo de drogas.
109. En casos de personas embarazadas, los Estados deben prohibir el uso de las esposas, cadenas, grillos, camisas de fuerza o cualquier otra medida de coerción física, cuando se trate de traslados al hospital, exámenes médicos o para dar a luz. Las medidas de seguridad deben ser las mínimas necesarias para personas embarazadas.
110. Los Estados deben garantizar que los partos sean siempre realizados en hospitales con personal médico calificado y nunca en la cárcel.
111. La Corte IDH debe recomendar a los Estados que, en caso de que alguna persona privada de la libertad quede embarazada como resultado de una violación bajo custodia policial o en prisión, debe tener acceso inmediato a profesionales médicos calificados, para que puedan discutir su condición y las opciones disponibles para ella.
112. Durante el embarazo y el parto deben tener atención en entornos apropiados y terapias antirretrovirales para personas embarazadas seropositivas para prevenir la transmisión intrauterina.
113. De acuerdo con las condiciones climáticas, los Estados deben brindar acceso a agua caliente para el cuidado personal de los niños y las mujeres y personas gestantes, en particular las involucradas en la cocina, las que están embarazadas, amamantando, menstruando y para las que atraviesan la menopausia. En los países de bajos ingresos donde los recursos pueden no permitir el suministro regular de agua caliente, estas personas deberían al menos tener un mayor acceso al agua para cumplir con sus requisitos de higiene.
114. El Estado tiene el deber de garantizar servicios apropiados a la persona embarazada, antes, durante y después del parto, incluyendo atención ginecológica y obstétrica, así como la alimentación adecuada durante su embarazo y lactancia. Asegurar que el personal

penitenciario sea sensible a las cuestiones de género y que las instituciones emplean a personal masculino en puestos de primera línea.

115. Los Estados deben mantener datos y estadísticas precisos acerca del número de mujeres en cada lugar de detención, las razones y la duración de su detención, el tiempo que llevan detenidas; cuántas personas embarazadas, mujeres con niños a su cargo en la cárcel, entre otros aspectos. Los Estados deben asegurar un acceso prioritario a servicios jurídicos, de salud y sociales en casos de personas embarazadas o acompañadas de un lactante o le niño.

c) Con respecto a las mujeres trans privadas de la libertad

116. Garantizar que las personas trans sean consultadas, antes del ingreso al centro penitenciario, sobre el lugar de alojamiento en el que desean encontrarse. Esta elección debe ser respetada por la autoridad penitenciaria y, en caso de determinarse un riesgo a la vida de la PPL, indicar de manera fundada y motivada el cambio en la unidad elegida de alojamiento.
117. Promover la plena participación de personas LGBTI en actividades laborales, educativas y recreativas en conjunto con la población general, con el propósito de promover la construcción de comunidad y espacios de diálogo, así como desmantelar prejuicios. Estas medidas deben ser graduales y permanentes, con el propósito de desincentivar el uso de la segregación como medida de protección para personas de la diversidad sexual y de género.
118. Establecer jornadas constantes y obligatorias de talleres de sensibilización sobre género, sexualidad y diversidad para población reclusa, autoridades penitenciarias, guardias y personal de salud, las cuales se dediquen a acompañar y apoyar: (i) el cambio en los patrones socioculturales; (ii) desmantelar prejuicios y/o estereotipos contra personas LGBTI, y (iii) concientizar sobre las causas y consecuencias de la violencia por prejuicios. En caso de la necesidad de mantener espacios segregados, asegurar que el espacio de alojamiento cumpla con los servicios necesarios para una estancia digna y conforme con los derechos humanos.
119. Garantizar el acceso a servicios de salud especializados y de calidad, tal como endocrinológicos, de tratamiento al VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, así como procedimientos de reasignación de género. En materia de los procedimientos de transición, se debe respetar la intención de las personas trans en continuar o iniciar tratamientos, sean quirúrgico y/u hormonales, que obedezcan su proyecto de vida plena.

120. Respetar el derecho de personas trans, así como de otros grupos de la diversidad sexual y de género, de las visitas íntimas sin realizar actos de violencia ni discriminación hacia ella ni a sus visitantes. También se debe evitar cuestionamientos intrusivos o solicitando requisitos diferentes al de las personas cisgénero y heterosexuales. También asegurar la seguridad e integridad de las personas, tanto privadas de la libertad y visitantes, durante la visita con infraestructura digna y medidas de protección, que respeten la privacidad.
121. El Estado tiene la obligación de proteger y prevenir la violencia, que incluye capacitar a personal para dar seguimiento a casos de violencia sexual; establecer mecanismos efectivo, accesible y confidencial de quejas; no discriminar a personas LGBTI en el uso de medidas disciplinarias; asegurar requisas no intrusivas, y establecer políticas efectivas para acceder a la segregación de protección.
122. El Estado debe dar atención ginecobstétrica de calidad y libre de prejuicios a hombres trans y personas no binaries con capacidad de gestar que se encuentren privados de libertad. La atención debe atender las necesidades de alimentación y cuidado particular, garantizar un parto digno y las otras medidas específicas.
123. El Estado debe crear mecanismos de colaboración con organizaciones y colectivos de la sociedad civil y población LGBTI privada de la libertad para el diseño, implementación, evaluación y adopción de las medidas diferenciadas para la protección y defensa de los derechos, con el objetivo de prevenir el uso de discursos y prácticas que perpetúan lógicas cis-sexistas; contrarias a los estándares de derechos humanos, o que ignore las experiencias interseccionales de las personas.

d) Con respecto a niñas en prisión con sus madres

124. Los Estados tienen la obligación de i) reconocer a les niñas que viven en prisión con sus madres como sujetos de derecho frente a los cuales tienen obligaciones reforzadas por su condición de niñez y por la privación de la libertad *de facto* en la cual se encuentran; ii) garantizar el derecho de les niñas de vivir en prisión con sus madres; iii) garantizar las condiciones de crianza, educación, salud y desarrollo en los centros de privación de la libertad en consonancia con el principio de equivalencia; iv) privilegiar la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento en el caso de personas cuidadoras de hijes y otras personas dependientes; v) favorecer el contacto de les niñas con el mundo exterior, tanto en vinculación con su familia inmediata, ampliada y otras personas cuidadoras, así como con servicios tales como la salud, la educación, las actividades culturales y el esparcimiento, en aras de favorecer su socialización e integración comunitaria, así como de proteger y reforzar el núcleo familiar.

125. Dada la invisibilización de les niñas afectades por el encarcelamiento de un referente privado de la libertad, se recomienda a la Corte que invite a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a realizar un informe especial que abarque a todos los NNAPES, es decir, por lo menos, aunque no de manera exclusiva: i) niñas que viven en prisión con sus madres (incluyendo el procedimiento de egreso); ii) NNA que viven en el exterior -y que representan la gran mayoría- y iii) NNA transnacionales, dada su condición de especial vulnerabilidad.
126. Los centros penitenciarios donde viven les niñas deben proveer acceso a la salud, alimentación, esparcimiento y educación. También debe proveerse a los progenitores privados de la libertad la asistencia para cumplir adecuadamente su rol como padres o madres en el contexto de privación de libertad, y asegurar el contacto de les niñas que viven en prisión con el progenitor o la familia que reside fuera del centro penitenciario.
127. Los sistemas de protección de la niñez de los Estados deben participar en la creación, implementación y monitoreo de procedimientos especializados para el ingreso, permanencia y egreso de niñas que viven en prisión con sus madres. Asimismo, los centros penitenciarios deben contar con personal especializado en protección de la niñez.

Cordialmente,



Ann Fordham

Representante legal - Directora Ejecutiva

Consorcio Internacional de Políticas de Drogas (IDPC, siglas en inglés)



Adriana Muro Polo

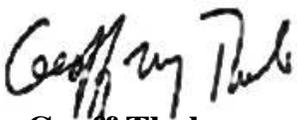
Directora Ejecutiva

Elementa DDHH, A.C.



Gonzalo Salles

Secretaría Ejecutiva - Director
Plataforma NNAPES



Geoff Thale

Presidente
Washington Office on Latin America (WOLA)



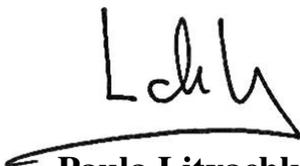
Ana Hadzi Pecova

Representante legal
EQUIS Justicia para las Mujeres



Mauricio Albarracín Caballero

Representante legal
Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad – Dejusticia



Paula Litvachky

Directora ejecutiva
Centro de estudios legales y sociales - CELS