



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Buenos Aires, 24 de noviembre de 2020

**Al Señor Secretario Ejecutivo de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Dr. Pablo Saavedra Alessandri**
S / D

Stella Maris Martínez, en mi carácter de Defensora General de la Nación de la República Argentina (correos electrónicos secretariaprivada@mpd.gov.ar y programaddhh@mpd.gov.ar), tengo el agrado de dirigirme a Usted con relación a su Nota CDH-SOC-5-2019/259, de fecha 12 de agosto de 2020, por la cual se invita a este organismo a contribuir en la solicitud de opinión consultiva sobre “*Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad*”, presentada por la Ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

I. Presentación

USO OFICIAL

El Ministerio Público de la Defensa (MPD) es uno de los órganos creados por la Constitución de la Nación Argentina con carácter independiente, autonomía funcional y autarquía financiera, al igual que el Ministerio Público Fiscal (artículo 120). En los términos de la ley que reglamenta su actividad (Ley N° 27.149), el MPD es una institución que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, y que promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad (artículo 1).

El MPD está encabezado por la Defensoría General de la Nación (DGN). De ella dependen comisiones y programas especializados, que se relacionan con el objeto de la solicitud de opinión consultiva y con la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Entre ellos, cabe destacar la *Comisión de Cárceles*, cuya finalidad es asegurar un control intensivo sobre los establecimientos de detención y verificar las condiciones generales de alojamiento y trato de las personas privadas de libertad; el *Programa contra la Violencia Institucional*, cuyo objeto es registrar e intervenir en los casos en los que se produzcan hechos de esa naturaleza; la *Comisión sobre Temáticas de Género*, que tiene la misión de favorecer la implementación de estrategias de defensa con perspectiva de género, en particular en los casos de mujeres víctimas de violencia o en conflicto de la ley penal; el *Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que busca fortalecer la acción de la defensa pública en el ámbito judicial y extrajudicial para asegurar los DESC; el *Programa sobre Diversidad Cultural*, que tiene como objetivo la protección de los derechos de los pueblos indígenas, minorías étnicas, religiosas y/o culturales; y el *Programa sobre Temáticas de Salud, Discapacidad y Adultos Mayores*, con la función de asesorar y brindar apoyo sobre esa materia de forma transversal en el organismo.

La presente contribución se referirá a los grupos en situación de vulnerabilidad identificados por la Comisión Interamericana en su solicitud y recogidos por la Honorable Corte Interamericana en su convocatoria, a saber: (i) mujeres embarazadas en período de posparto y lactantes; (ii) personas LGBT; (iii) personas indígenas; (iv) personas mayores; (v) niñas y niños que viven con sus madres en prisión. Si bien se sigue temáticamente el orden de las consultas planteadas, ese orden se ve ligeramente alterado en ocasiones para mantener la coherencia interna del documento y evitar reiteraciones.

II. Grupos identificados en la solicitud de opinión consultiva de la CIDH. Consideraciones generales

La decisión de someter a una persona a un régimen de privación de la libertad conlleva padecimientos que van más allá del propio encierro o de la restricción en las posibilidades de desplazamiento. Implica, además, la sujeción del desempeño vital y cotidiano a condiciones excepcionales, diversas a las que naturalmente propone el medio libre.

Por su parte, todas aquellas personas que presentan características individuales y sociales que suponen formas de desempeño que se alejan de los parámetros más habituales, tienen por lo general una mayor dificultad para adecuarse a ese régimen de vida. Ello motiva que los diversos estatutos y prácticas penitenciarias, o bien desconozcan su situación y vulnerabilidad particular, o bien las consideren excepciones a reglas que las exceden y, en consecuencia, ensayen intervenciones episódicas, *ad hoc* y fragmentadas para atenderlas.

Según una sostenida línea jurisprudencial interamericana, los principios de igualdad y no discriminación exigen a los Estados evaluar el posible efecto discriminatorio que las normas y políticas puedan tener en la práctica, más allá de que su formulación sea en apariencia neutral. Si se consideran las dificultades adicionales que encuentran durante el encierro estos grupos, el impacto que tiene el tratamiento penitenciario es aún más desproporcionado en ellos. La lógica penitenciaria responde a parámetros hegemónicos en términos de género, sexualidad, etnia, cultura y capacidad, lo que deja fuera sus necesidades, voces y experiencias.

Por tal razón, se considera que de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende la obligación de los Estados de revisar las normas y prácticas del sistema penitenciario, con el objeto de idear respuestas que tomen seriamente en cuenta los derechos y vivencias de esos colectivos. Sin perjuicio de esa apreciación general, se mencionan a continuación los abordajes específicos que deberían considerarse respecto de los grupos incluidos en la solicitud de opinión consultiva, a modo de contribución a la alta labor de la Corte Interamericana en el desarrollo de los estándares que rigen esta materia.

II.1. Mujeres embarazadas en período de posparto y lactantes



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

Previo a todo análisis, debe indicarse que la cárcel es una institución eminentemente androcéntrica, tanto en su origen como en su concepción y estructura, lo que conlleva *de por sí* impactos discriminatorios en muchas de las políticas que allí se aplican. Tratándose las mujeres, en su mayoría, de una población que está privada de libertad por delitos no violentos, primaria, por periodos de encierro cortos y con responsabilidades de cuidado, resulta necesario abandonar el modelo imperante que replica el trato proporcionado a la población masculina, para pensar en otras alternativas más respetuosas de sus realidades y de sus derechos, tanto en lo que se vincula con el abordaje penal como en lo referido a las formas de detención.

En lo que se refiere a esta apartado en particular, las obligaciones de los Estados respecto de las mujeres embarazadas en período de posparto y lactantes surgen de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 13, 17.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también de los artículos 7 y 9 de la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos internacionales aplicables.

Las propuestas que aquí se formulan se encuadran en los estudios que han sido editados por la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación bajo los títulos "*Mujeres privadas de la libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*",¹ "*Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*",² "*Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*"³ y en el más reciente trabajo "*Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad*",⁴ que a su vez dio lugar a una guía de intervención específica.⁵ En dichas publicaciones, además de formular diagnósticos situacionales de esta población especialmente vulnerable, se elaboraron estrategias legales destinadas a evitar el encarcelamiento de mujeres en establecimientos penitenciarios cuando están embarazadas o cuando tienen a su cargo hijos e hijas, de acuerdo con lo estipulado

USO OFICIAL

¹ Ministerio Público de la Defensa de la Nación, UNICEF argentina, *Mujeres privadas de la libertad. Limitaciones al encarcelamiento de mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad*, Buenos Aires, enero 2009. Disponible en:

<https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/011%20Mujeres%20Privadas%20Libertad.pdf> (último acceso: 23/10/2020).

² Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo, Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, abril 2011. Disponible en: <https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/008%20Mujeres%20en%20prision.pdf> (último acceso: 23/10/2020).

³ Ministerio Público de la Defensa, *Punición & Maternidad. Acceso al arresto domiciliario*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2015. Disponible en:

<https://www.mpd.gov.ar/pdf/publicaciones/biblioteca/Libro%20Genero%20Arresto%20con%20tapa%20e%20isbn.pdf> (último acceso: 23/10/2020).

⁴ Procuración Penitenciaria de la Nación, Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, Defensoría del Pueblo de la Nación, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, *Parí como una condenada. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad*, 2019. Disponible en:

<https://www.mpd.gov.ar/pdf/prensa/CuadernilloVO.pdf> (último acceso: 23/10/2020).

⁵ Procuración Penitenciaria de la Nación y Ministerio Público de la Defensa-Defensoría General de la Nación, "Guía de buenas prácticas para la atención de mujeres embarazadas y otras personas gestantes que se encuentran privadas de la libertad en la órbita del Servicio Penitenciario Federal". Disponible en:

<https://www.ppn.gov.ar/institucional/noticias/2822-guia-sobre-buenas-practicas-para-personas-detenidas-gestantes>

por las Reglas de Bangkok.⁶ A la par, también se han formulado allí recomendaciones destinadas a las autoridades estatales con competencia en asuntos penitenciarios para garantizar los derechos de las mujeres detenidas durante este momento vital.

II.1.1. En relación con aquellos aspectos vinculados con un nivel de vida adecuado, hay que destacar que las mujeres privadas de libertad, como cualquier otra persona detenida, deben tener posibilidad de ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten (Regla de Mandela N° 3).⁷ Sin embargo, la experiencia demuestra que, en líneas generales, las administraciones penitenciarias no garantizan a las personas privadas de libertad todas las condiciones que hacen a una vida digna en prisión, lo que se torna aún más grave en el caso de este colectivo que presenta necesidades específicas.

En este sentido, a fin de garantizar un nivel de vida adecuado de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes, los Estados tienen la obligación de facilitar el acceso a las prestaciones no contributivas de seguridad social que tengan como fin apoyarlas en estas etapas. Asimismo, para aquellas mujeres que trabajan formalmente dentro del establecimiento carcelario, el Estado debe garantizar el acceso a todas las prestaciones de seguridad social previstas por ley, tales como asignaciones familiares prenatales, por maternidad, o por nacimiento. El Estado también debe garantizar la licencia por maternidad paga y la conservación del empleo durante este período, con todos los alcances de la ley laboral vigente, así como los descansos diarios por lactancia.

II.1.2. Por su parte, en materia específica de alimentación, cuando se conozca el embarazo de una mujer u otra persona con capacidad de gestar, es imperiosa la inmediata provisión del refuerzo alimentario correspondiente, que debe contemplar una adecuada cantidad y calidad de alimentos, ricos en proteínas, vitaminas, minerales y otros nutrientes esenciales, así como el acceso al agua potable. Esta medida debe ser especialmente atendida cuando quien gesta presenta déficits nutricionales previos o cuando estos sea detectados durante el embarazo. Los refuerzos nutricionales deben proveerse también a las mujeres lactantes, al igual que los apoyos sociales y la información necesaria para garantizar su aporte y mantenimiento, siempre que ello sea voluntad de la persona involucrada. Además, es necesario que se implementen mecanismos y controles que aseguren precios razonables para las compras de alimentos y de otros insumos dentro de los penales, o incluso la posibilidad de proveerse de alimentación a través de pedidos a establecimientos fuera de la cárcel. Suele ocurrir que en el ámbito penitenciario las personas detenidas se ven forzadas a pagar precios notoriamente mayores a los que existen en el medio libre.

II.1.3. En materia de vestimenta, cabe señalar que muchas veces el Estado no provee ropa ni abrigo a personas privadas de libertad, por lo que deben procurársela a través de sus familiares, redes sociales o caridad. En algunos casos,

⁶ Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, Resolución Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/65/229.

⁷ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, A/RES/70/175.



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

organizaciones de la sociedad civil hacen colectas para entregar vestimenta y otros insumos esenciales. La falta de provisión de estos elementos impacta especialmente en las mujeres embarazadas, por las necesidades diferenciales que tienen a lo largo de la gestación y en las de sus hijos/as recién nacidos. A su vez, afecta en particular a las presas extranjeras, que no poseen por lo general contención en el país. Por ello, debe garantizarse el acceso de estos grupos a vestimenta, insumos de higiene y cuidado personal básicos para responder a las necesidades que aparecen en este momento vital. Del mismo modo, las autoridades penitenciarias deben permitir que las visitas, familiares y redes sociales puedan entregarles este tipo de artículos, sin limitar su cantidad.

II.1.4. Con relación al acceso a asistencia médica, es imperioso identificar oportunamente a las mujeres que cursan embarazos para posibilitar su acceso a controles médicos, de acuerdo con los consensos sanitarios vigentes.⁸ También resulta crítica la individualización de aquellas mujeres que cursan embarazos de riesgo moderado y alto, para posibilitar su seguimiento exhaustivo, una atención ajustada al riesgo identificado, y la aplicación de las medidas sanitarias, psicológicas y sociales para su contención. Corresponde en cada caso evaluar si corresponde su atención en centros sanitarios extramuros con capacidad apropiada y/o, eventualmente, la posibilidad de que esas personas continúen su detención en modalidades alternativas a la prisión. Si fuera necesario, es deber de las autoridades de cada centro penitenciario informar en tiempo a la judicatura sobre estas situaciones para que se evalúe la liberación o morigeración de las condiciones de detención, así como proveer medios ágiles que permitan comunicarlo a sus defensas técnicas.

Es clave que en los centros penitenciarios que alojen mujeres embarazadas y en puerperio, se garantice una guardia activa de 24hs. de personal médico especializado en toco-ginecología y/u obstetricia con capacidad de actuar frente a emergencias. A su vez, el personal sanitario del sistema penitenciario debe estar suficientemente capacitado, formado y especializado en la atención ginecológica y obstétrica de las mujeres privadas de la libertad, desde una mirada de género y de derechos humanos. Su función es clave para la atención de situaciones críticas para la salud de las mujeres y recién nacidos; para prevenir complicaciones durante el embarazo, parto y puerperio; y para dar un acompañamiento respetuoso y sensible a sus necesidades específicas.

Además, las cárceles deben tener sectores de atención sanitaria provistos de insumos y de infraestructura básica para la atención adecuada, con respeto a la privacidad de las mujeres y a la confidencialidad de las consultas. Las unidades penitenciarias también deben tener previamente articulados con uno o varios centros sanitarios de distinta complejidad canales de derivación para que las

⁸ Ver Organización Mundial de la Salud (OMS), Declaración de Fortaleza; The Lancet 1985; 2, pp. 436- 437; OMS, *Cuidados en el parto normal: una guía práctica*, Grupo técnico de trabajo de la OMS. Departamento de Investigación y Salud Reproductiva, Ginebra, 1996; OMS, *Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención al parto en los centros de salud*, WHO/RHR/14.23, 09/2014; OMS, *Recomendaciones para la conducción del trabajo de parto*, 2015; OMS, *Recomendaciones para la prevención y el tratamiento de las infecciones maternas en el periparto*, WHO/RHR/16.01, 2015 y OMS, *Recomendaciones sobre atención prenatal para una experiencia positiva del embarazo*, WHO/RHR/16.12, 2016, entre otros.

mujeres en trabajo de parto puedan recibir la atención correspondiente durante el nacimiento y el postparto inmediato, en su beneficio y en el del recién nacido.

Es fundamental que se protocolicen los procedimientos sanitarios para la atención de mujeres embarazadas en el contexto de preparto, parto y posparto, que incluyan guías específicas frente a casos de alto riesgo y que tengan en cuenta las particularidades de cada unidad penal y de los centros de salud receptores. Corresponde también que los efectores de salud que prestan funciones en los sistemas penitenciarios tengan capacidad para garantizar la identificación, atención y acompañamiento de las mujeres que según la normativa vigente tengan derecho a la interrupción legal de sus embarazos, y que se garantice el acceso efectivo y sin dilaciones a la práctica a quienes la soliciten.

En cuanto a la atención psicológica, es necesario que se provean servicios especializados para acompañar y contener a las mujeres que transcurren su embarazo y puerperio en el encierro penitenciario. Esa atención debe evitar estereotipos de género que reduzcan las necesidades de atención psicológica a factores hormonales propios de esta etapa vital o a otros comportamientos socialmente esperados, sin atender al historial de cada una de ellas y a los efectos que genera la detención y el aislamiento.

II.1.5. Con relación a las condiciones mínimas que el Estado debe garantizar durante el trabajo de parto y durante el parto, es preciso asegurar que el trabajo de parto iniciado en un penal transcurra en un espacio apropiado, respetuoso, que asegure la libre movilidad, la comodidad, la privacidad, el acompañamiento elegido por las mujeres que van a parir y la asistencia obstétrica que pueda ser requerida. Para ello, las cárceles que alojen este tipo de población deben disponer de salas especiales, con un control a cargo de personal profesional capacitado.

Las mujeres que así lo requieran deberán estar acompañadas por la persona de su elección. Durante el embarazo, las autoridades penitenciarias deberán informar de ese derecho a la población penitenciaria, recabar los datos de contacto de la persona acompañante elegida y convocarla cuando se desencadene el trabajo de parto. En caso de que la persona acompañante estuviera también privada de la libertad, se debe articular con la unidad penal correspondiente y gestionar la autorización para su traslado oportuno. Quien acompañe deberá poder participar del trabajo de parto y del parto en sí; y deberá tener derecho a visita, asistencia y acompañamiento mientras dure la internación posterior al parto.

La asistencia obstétrica en el trabajo de parto debe ser respetuosa de las necesidades psicofísicas, emocionales y culturales de las mujeres que lo atraviesan. Todo tipo de intervención profesional que eventualmente pudiera requerirse debe ser conducida de acuerdo con los consensos obstétricos vigentes y ser previamente informada y consentida por las mujeres, sin acelerar innecesariamente el proceso de parto ni imponer un modo determinado de transitarlo. Además, de ninguna manera debe aceptarse la utilización de medidas de sujeción como esposas, pateras, grilletes u otros mecanismos de inmovilización de las mujeres en trabajo de parto, así como tampoco durante el parto y su internación posterior.



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

Los partos en sí deben ocurrir en hospitales del medio libre y respetar las pautas culturales de las mujeres, así como un enfoque *interseccional* de ser requerido por sus condiciones personales y sociales. Las autoridades penitenciarias deben tener canales articulados de derivación para el traslado oportuno, a fin de que los nacimientos ocurran en maternidades o en centros de salud acordes con las necesidades de atención perinatal de las mujeres y de sus hijos/as.

La custodia penitenciaria que acompañe a las mujeres de modo previo al parto, en el parto y luego durante su internación debe actuar siempre con discreción, estar constituida por personal femenino, preferentemente reducirse a una única persona, no portar uniforme de servicio, ni armas, ni cualquier otra identificación que permita establecer su vínculo con el sistema carcelario, para evitar así la estigmatización de las mujeres en el ámbito sanitario. La custodia no debe estar presente en las revisiones médicas previas o posteriores, ni en el momento del parto. Asimismo, de ningún modo el personal penitenciario que asista al centro de salud podrá informar el motivo de la privación de la libertad de la mujer a las autoridades o al personal de salud del establecimiento, ni a ninguna otra persona, a los fines de evitar discriminación, maltrato, u otras formas de violencia institucional o abuso de poder.

En todos los casos, y de acuerdo con las recomendaciones vigentes y con el estado de salud de las mujeres y recién nacidos, debe asegurarse que la internación de ambos sea conjunta. La separación de madres e hijos/as debería obedecer únicamente a una necesidad médica debidamente fundada y nunca a la detención de las mujeres o al motivo que da lugar a ella. Si un recién nacido requiriera la continuidad de su internación, se debe asegurar que las mujeres puedan permanecer en el establecimiento cuando fuese viable, o la posibilidad de ser trasladadas a su pedido durante todo el horario de visita.

II.1.6. Con respecto a las medidas que los Estados deben adoptar al efectuar traslados de mujeres embarazadas, o con posterioridad al parto para su seguimiento adecuado, se considera necesario disponer que se realicen siempre en móviles específicos para evitar demoras, debidamente acondicionados, y no así en aquellos que frecuentemente se utilizan para los traslados de la población general.

En lo que se relaciona con el momento particular de trabajo de parto, el personal sanitario asignado al seguimiento de las mujeres en esta fase debe garantizar, junto al personal de seguridad, el traslado oportuno a los centros de salud o maternidades. Para ello es imprescindible, por un lado, desburocratizar los mecanismos de salida del penal (requisas, revisiones de pertenencias, trámites) y por el otro, establecer circuitos diferenciados de salida. Del mismo modo, para atender a las necesidades de las mujeres que están atravesando el trabajo de parto, corresponde escuchar sus indicaciones respecto de su estado físico y del avance del proceso, para definir el momento de la derivación al centro de salud. Corresponde además brindarles posibilidades de movilidad adecuadas.

II.1.7. En materia de derecho de acceso a la información en el contexto de privación de libertad de las mujeres embarazadas, en posparto y lactantes, se considera que los centros penitenciarios deben impartir cursos de

USO OFICIAL

parto u otras modalidades de difusión de información y derechos, para que las mujeres conozcan las particularidades del proceso vital que están atravesando, reconozcan pautas de alerta y cuenten con mecanismos para prevenir formas de maltrato. Estos espacios deben estar facilitados por personal capacitado en el abordaje del embarazo, el parto y el posparto, desde una perspectiva multidisciplinar, de género y derechos humanos, que incluya las dimensiones sanitaria, psicosocial, cultural y jurídica.

Del mismo modo, estos espacios de información deben abarcar la provisión de datos con aval científico sobre lactancia materna y sobre cuidados de las personas recién nacidas, especialmente dirigidos a aquellas mujeres que transitan su primera experiencia en la maternidad. Por otra parte, dentro de esta dimensión debe considerarse la provisión de información acerca del derecho a estar acompañadas por una persona de su confianza, independientemente del lazo que una a la persona encarcelada y a su acompañante, con los alcances indicados precedentemente. También deben incluirse como contenidos de esos cursos o conversaciones el cuidado de la salud sexual y reproductiva, sobre todo en materia de planificación familiar, anticoncepción y prevención de enfermedades de transmisión sexual, siempre con base en información científicamente avalada y con perspectiva de género y diversidad.

II.1.8. Es imprescindible que se considere el consentimiento libre e informado como un aspecto central del derecho a la salud, en especial en un ámbito como el del encierro carcelario. El derecho a prestar este consentimiento les corresponde exclusivamente a las mujeres, y es un deber del personal penitenciario y sanitario solicitarlo frente a intervenciones en su salud perinatal y en la de sus hijos recién nacidos. Es necesario que se explique a las mujeres de manera oportuna, clara y en lenguaje comprensible, el tipo de controles o intervenciones que conviene efectuar a lo largo del embarazo, el motivo, sus riesgos, resultados y pasos a seguir. Para ello, deben existir protocolos o guías de atención para las mujeres embarazadas privadas de la libertad, de modo que los efectores sanitarios y las interesadas cuenten con criterios unificados sobre la actuación esperable y debida.

II.1.9. Finalmente, en lo que se refiere a asegurar el contacto entre las mujeres privadas de libertad y sus hijos/as en la primera infancia fuera del establecimiento penitenciario, caben las siguientes apreciaciones.

En términos generales, desde el momento mismo en que se dispone la privación de la libertad de mujeres, las autoridades judiciales deben recabar información respecto de si tienen hijos/as menores de edad u otras personas a cargo, dónde se encuentran y al cuidado de quién están. En función de esa información, deben adoptarse las medidas correspondientes para que esta población acceda a medidas alternativas a la detención o, al menos, a formas morigeradas de privación de la libertad como ser el arresto domiciliario o la semi-libertad.

Luego, en los casos en los que no sea posible el uso de medidas alternativas o morigeraciones, las mujeres deben tener la oportunidad real de comunicarse o de tener una visita previa a su ingreso a la unidad penitenciaria a fin de conocer el estado de situación de sus hijos/as y de otras personas dependientes,



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

informarles sobre su situación procesal y sobre el lugar donde será su alojamiento definitivo. Además, las mujeres deben tener derecho a hacer los arreglos materiales y jurídicos necesarios para procurar el cuidado inmediato de sus hijos/as mientras dure su privación de la libertad. Deben poder conservar sus derechos parentales salvo que específicamente una sentencia judicial disponga lo contrario y, en razón de ello, deben ser consultadas y consentir cualquier cambio respecto del cuidado de los niños y respecto de otros aspectos relevantes de la vida de aquellos.

Por su lado, al disponer el encarcelamiento preventivo o definitivo de mujeres en conflicto con la ley penal, siempre debe procurarse su alojamiento en los establecimientos penitenciarios geográficamente más próximos al lugar de residencia de sus hijos/as. Ello, para facilitar las visitas familiares, y garantizar la intervención en la crianza de los niños/as, así como en las decisiones relativas a su educación y salud. Estas medidas permitirían la continuidad y el fortalecimiento del vínculo materno-filial, que por lo general se ve profundamente deteriorado en contextos de esta naturaleza.

Además, se deben articular mecanismos para asegurar la realización de encuentros en lugares distintos a la cárcel, para que el espacio sea más propicio a la edad y al desarrollo de las personas menores de edad y así evitar el impacto negativo que puede tener su traslado a la cárcel. Esos espacios alternativos para las visitas deben ser en lugares accesibles, en consideración a los costos económicos y de tiempo que insumen las visitas a las unidades penitenciarias. Las instituciones estatales dedicadas a la infancia deben involucrarse en este aspecto e implementar políticas que faciliten el contacto de niños y niñas con sus madres encarceladas.

Cuando no sea posible organizar las visitas en lugares distintos a la cárcel, deben hacerse ajustes para recibir a las familias de las mujeres en prisión, especialmente cuando se trate de menores de edad. Las visitas deben disponerse en días y horarios amplios, e incluso los fines de semana. Los espacios en donde ocurran los encuentros deben estar especialmente acondicionados y con insumos apropiados para recibir niños/as y adolescentes, y se debe evitar que aquellos vean al personal de seguridad armado. No debe someterse nunca a los niños y a las niñas a requisas, revisiones o inspecciones físicas, o que puedan afectar su dignidad, intimidad o integridad. Deben implementarse sistemas de escaneo y control electrónicos, siempre que no afecten la salud integral.

Adicionalmente, se deben implementar medidas que aseguren el contacto telefónico frecuente, así como también la provisión de otras vías de comunicación. Se debe asegurar el acceso al teléfono y fijar horarios amplios para su uso, así como también garantizar la correspondencia y la provisión de dispositivos aptos para realizar video-llamadas.

II.2. Personas LGBT

La población LGBT es alojada en grandes unidades penitenciarias creadas a la luz de las necesidades de los varones encarcelados y como réplica del modelo androcéntrico. Asimismo, al ser una población eminentemente inferior dentro de la general, en ocasiones cumple su privación de libertad (preventiva o por condena) a importantes distancias de su lugar de origen,

lo que intensifica el aislamiento y agrava sus condiciones de vulnerabilidad. Por otra parte, el modelo penitenciario no recepta identidades de género que no se corresponden con el modelo de asignación binaria vigente en la región, lo que suele traer aparejada la vulneración de su derecho a la identidad de género en el encierro carcelario e incrementar el riesgo de sufrir todo tipo de violencias.

II.2.1. En términos más específicos, al igual que respecto de las mujeres, el régimen de progresividad de la pena suele tener un impacto discriminatorio en gran parte de la población LGBT, en especial población trans, que se encuentra detenida por hechos vinculados con la ley de estupefacientes, y que recibe penas cercanas a los mínimos previstos para esos delitos. Como el régimen de tratamiento penitenciario está pensado en función de las penas más elevadas que usualmente reciben varones cis, las posibilidades de las personas trans de acceder a derechos reconocidos en el régimen de progresividad se ven drásticamente disminuidas, pues al momento en el que podrían recibir alguna morigeración del encierro ya han agotado la pena.

II.2.2. En otro orden, la presencia en las prisiones de identidades disidentes extrema la necesidad de evaluar los abordajes penitenciarios que las involucran, de modo de verificar si implican alguna forma de discriminación hacia ellas, ya sea por establecer diferencias orientadas a causarles un perjuicio o por ofrecer un trato idéntico al del resto de la población, que omita considerar sus necesidades específicas. En el caso de las personas trans, se considera prioritario reconocer su derecho a la identidad de género, definida –de acuerdo con los Principios de Yogyakarta y con la jurisprudencia interamericana- como la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, lo que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Así, el reconocimiento y protección de la identidad de género es el primer presupuesto necesario para garantizar el resto de los derechos de las personas privadas de libertad.

Vinculado con lo anterior, otro punto central es el reconocimiento de la cárcel como un sistema que reproduce el modelo binario, que encasilla a las personas como varones o mujeres, aborda a esas categorías como definiciones inmodificables, y somete a las personas encarceladas a preconceptos androcéntricos y discriminatorios. Esa concepción dicotómica de los sexos y los géneros no sólo excluye identidades que no se ajustan a ninguna de esas categorías, sino que además asume que la identificación con alguno de esos géneros tiene un carácter inmutable.

En ese contexto, es necesario producir respuestas para personas que tienen una vivencia del género diferente a la hegemónica, de manera que no se vean obligadas a adaptarse a un elenco de opciones restringidas. La disponibilidad de distintos espacios de alojamiento, además de prevenir la violencia, evita la segregación y el aislamiento. Un sistema penitenciario que excluye las vivencias de las personas LGBT las coloca en la necesidad de “negociar” su identidad de género a cambio de su seguridad e integridad personal.

Además, en la medida en que la autopercepción de género hace a una vivencia estrictamente interna e individual, para asegurar el derecho a recibir un trato acorde con esa identidad, resulta vital que la persona sea escuchada y que



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

su opinión sea tenida en cuenta. También se considera importante señalar que el derecho de la persona a ser oída debe tener vigencia durante todo el tiempo en el que permanezca detenida y no solamente durante el ingreso, de manera de respetar los procesos identitarios que pudieren tener lugar durante la privación de libertad. En este sentido, los Principios de Yogyakarta⁹ pueden resultar útiles, ya que específicamente establecen que los Estados “*garantizarán que, en la medida que sea posible, todas las personas privadas de libertad participen en las decisiones relativas al lugar de detención apropiado de acuerdo a su orientación sexual e identidad de género*” (Principio 9). Adicionalmente, el derecho de las personas a ser consultadas sobre el lugar de alojamiento es una salvaguarda adicional en un contexto que registra altos índices de violencia contra la población LGBT, así como la insatisfacción sistemática de sus derechos humanos más elementales.¹⁰

En sentido complementario, la práctica demuestra la necesidad de iniciar un proceso de consulta con las personas potencialmente afectadas respecto del lugar de alojamiento y no guiarse por preconceptos o estereotipos respecto de la conveniencia de una u otra alternativa. No debe nunca disponerse el lugar de alojamiento en función de la expresión de género que identifica el personal penitenciario interviniente, sino contar con la voz de la persona implicada. Tampoco deben exigirse informes psicológicos, psiquiátricos o de otra índole dirigidos a “certificar” la identidad de género declarada o a constatar un daño concreto como consecuencia del alojamiento en un espacio no elegido. En igual sentido, no debe ser requisito para la determinación del lugar de alojamiento la rectificación registral del documento de identidad. Finalmente, también deben brindarse a las personas LGBT recursos adecuados para recurrir las decisiones respecto su lugar y condiciones de detención.¹¹

Por su parte, la disposición de espacios de alojamiento específicos, o la implementación de medidas de seguridad, no deben traer aparejada una restricción en el acceso al aire libre o a actividades recreativas, educativas o laborales. Vale destacar la importancia que tienen para toda persona privada de libertad la educación y el trabajo, con lo que las autoridades deben tomar medidas para que esos derechos puedan ser ejercidos realmente, y sin discriminación. Los lugares de alojamiento deben ser siempre adecuados y dignos, y garantizar conjuntamente la seguridad y el respeto de la identidad de género u orientación sexual. Mantener en detención a personas LGBT en lugares que no están en condiciones de asegurar conjuntamente la seguridad, la integridad personal y la orientación sexual, identidad o expresión de género, es una práctica que puede ser constitutiva de tratos crueles, inhumanos y degradantes, o incluso tortura, por lo que en esos supuestos se debe optar siempre por medidas alternativas al encierro carcelario (ej. arresto domiciliario, excarcelación, etc.).

⁹ Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.

¹⁰ CIDH, *Violencia contra personas LGBTI*, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Doc. 36, 12 noviembre 2015, párr. 145, 146 y 148.

¹¹ En este sentido, también se pronunció el Relator Especial sobre la Tortura, al indicar que los Estados deben tener en consideración la elección y la identidad de género de las personas antes de su internamiento y deben facilitarles oportunidades para recurrir tales decisiones de internamiento. Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, U.N. Doc. A/HRC/31/57, 2016, párr. 34 y 70.

II.2.3. En materia de prevención de la violencia institucional, la experiencia de la Defensoría General de la Nación también indica la necesidad de prever estándares específicos respecto de la forma en que se realizan las requisas y revisiones médicas de personas LGBT,¹² en especial cuando implican la exposición de sus cuerpos. En este sentido, nuestro organismo ha recabado testimonios de personas trans y LGBT encarceladas, que han indicado haber sufrido requisas y revisiones vejatorias, incluso al punto de ser forzadas a permanecer desnudas frente a varios agentes penitenciarios; situación que motivó la interposición de una acción colectiva de *hábeas corpus* en el año 2015 dirigida a poner fin a esas prácticas.

Puede ser de interés para la Honorable Corte Interamericana conocer que, con motivo de la acción indicada, se estableció una guía de procedimiento médico y de registro de personas trans en el ámbito del servicio penitenciario federal,¹³ con valiosas indicaciones para abordar situaciones de esta naturaleza y prevenir la violencia que conllevan. Este protocolo contempla en especial las situaciones en las que las personas trans son trasladadas fuera de la unidad penitenciaria donde están alojadas, ocasión en la que se les aplican controles dirigidos a constatar la presencia de lesiones y a detectar el posible ingreso de sustancias u objetos prohibidos.

Entre los aspectos principales de la guía elaborada, se distinguen expresamente los procedimientos médicos dirigidos a constatar el estado de salud y las posibles lesiones de una persona detenida, de aquellos procedimientos de seguridad y registro de objetos.

Los primeros sólo pueden ser llevados a cabo por personal médico y, de ser posible, de la identidad de género que prefiera la persona examinada. Están, además, sujetos a estas indicaciones: (1) el personal penitenciario en ningún caso puede tomar contacto físico, verbal o visual durante la revisión médica destinada a constatar lesiones; (2) la revisión médica debe realizarse en un lugar acondicionado a tal fin, con el debido resguardo de la privacidad, intimidad, confidencialidad y dignidad de la persona; (3) la persona a ser revisada debe ser informada previamente sobre los objetivos y pasos a seguir, se le debe proveer una bata médica y la revisión debe realizarse en pasos secuenciales, a fin de evitar desnudos completos; (4) deben quedar registros fílmicos de todo el procedimiento –con excepción del momento de la revisión médica en sí-, para monitorear el cumplimiento de las pautas fijadas en la guía.¹⁴

¹² Los principios de Yogyakarta +10, adoptados el 10 de noviembre de 2017 en Ginebra, recomiendan a los Estados: “Prohibir el uso de exámenes anales y genitales en procedimientos judiciales y administrativos y enjuiciamientos penales a menos que lo exija la ley, según sea pertinente, razonable y necesario para un propósito legítimo” (Principio 32.G).

¹³ “Guía de procedimiento de ‘visu médico’ y de ‘control y registro’ de personas trans en el ámbito del Servicio Central de Alcaldías”, disponible en: <http://www.mpd.gov.ar/pdf/4.%20Acta%20y%20gu%C3%ADa%20definitiva.pdf> (último acceso: 23/10/2020).

¹⁴ Esta etapa de la requisa se implementa con una filmación desde el pasillo contiguo al lugar de la revisión médica. En concreto, se registra cuando se le hace entrega de la bata a la persona, cuando ingresa sola al lugar donde se realizará la revisión, el ingreso del personal médico y se mantiene la filmación del pasillo durante todo el tiempo que lleve el examen, para constatar que no haya agentes penitenciarios que puedan observar el procedimiento.



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

Por su parte, los controles sobre la vestimenta y demás pertenencias de la persona se deben realizar preferentemente a través de medios electrónicos. Si por motivos fundados no fuese posible efectuar el registro mediante el uso de esa tecnología, el personal penitenciario sólo podrá revisar las pertenencias y prendas de vestir en un lugar distinto a aquel en el que se realiza la inspección médica, y en el tiempo indispensable para realizar el procedimiento. En estos casos, el traslado de las prendas desde el lugar donde se hace la revisión médica al que se hará la requisa de las prendas debe realizarse con celeridad y quedar filmado.

II.2.4. En materia de registro de los diferentes tipos de violencia¹⁵ contra las personas privadas de la libertad LGBT, se deben incluir todas aquellas que tengan como finalidad o como resultado disciplinar, castigar o perjudicar a las identidades u orientaciones distintas a las hegemónicas. En ese sentido, se deben incluir distintos tipos de violencias y detallar si provienen de personal policial, penitenciario o de personas detenidas. Entre otras variables, debe registrarse la violencia simbólica (aquella referida a comentarios motivados en la identidad u orientación de género, ya sean expresiones de odio, ridiculización e intolerancia hacia la diversidad de género), las represalias por demostraciones de afecto entre personas del mismo sexo, la exclusión en el acceso a espacios laborales, educativos o visitas íntimas, así como cualquier otra manifestación discriminatoria por motivos de género.

USO OFICIAL

Adicionalmente, debe registrarse la violencia ocurrida en los espacios de atención de salud durante el encarcelamiento, ya sea mediante la patologización de la identidad de género u orientación sexual, la utilización de expresiones discriminatorias u otro tipo de trato inadecuado. En materia de salud mental, deben registrarse supuestos de sobre-medicación y aislamiento forzoso. En orden a la violencia sexual, deben identificarse prácticas que incluyan desnudos totales o parciales, requisas intrusivas, u otras prácticas denigrantes sobre la corporalidad. Adicionalmente, se debe registrar si la violencia física y/o sexual va acompañada de comentarios que estigmaticen a la orientación sexual o a la identidad de género. En el registro sobre violencia también deben incluirse aquellas perpetradas contra las visitas que reciben las personas LGBT privadas de su libertad.

En el diseño de los sistemas de registro, o en su validación, es a su vez indispensable la participación de personas LGBT, de organizaciones de la sociedad civil, y de organismos públicos que tengan como finalidad la protección de los derechos humanos de estos colectivos.¹⁶ También es conveniente la

¹⁵ Los Principios de Yogyakarta +10 establecen el deber de investigar con debida diligencia la discriminación, la violencia y otras formas de daño, ya sean cometidas por el Estado o por agentes no estatales, y compilar estadísticas e investigaciones sobre su extensión, causas, efectos, así como sobre la efectividad de las medidas de prevención y sanción. También se deben identificar las actitudes, creencias, costumbres y prácticas que perpetúan la violencia, la discriminación y otros daños por la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales, y hacer un reporte de las medidas tomadas y de su efectividad para erradicar ese daño (Principio N° 30, puntos A, C, D y F). Asimismo, se debe conservar debidamente la prueba de las violaciones de los derechos humanos basadas en la orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales (Principio N° 37.G).

¹⁶ Al respecto los Principios de Yogyakarta recomiendan “[a]segurar la participación de las personas y organizaciones que trabajan en temas de derechos humanos relacionados con la orientación

participación y/o escucha de personas LGBT en los comités de seguimiento contra la tortura.

Por su parte, los datos sobre la orientación sexual y la identidad de género de las personas detenidas deben ser aportados en forma voluntaria y toda la información brindada a este respecto tendrá carácter confidencial. Los canales de denuncia de violencias (presentación, recepción, trámite y resultado) deben prevenir la exposición a represalias y estar acompañados de estrategias integrales de seguimiento mediante visitas regulares y entrevistas focalizadas para comprobar la situación de la población LGBT, entre otras estrategias posibles.¹⁷

II.2.5. En adición a los estándares ya indicados, para asegurar el acceso a la salud integral de las personas trans privadas de libertad es necesario atender a sus necesidades vinculadas con las intervenciones de reafirmación de identidad, con su salud sexual y reproductiva, y con su salud mental. Los servicios prestados deben estar libres de estereotipos negativos. El personal sanitario debe estar capacitado en temas de diversidad y, en la medida de lo posible, especializado. Para la obtención de todos estos objetivos, es necesaria la implementación de políticas y programas de salud que contemplen las necesidades propias del colectivo.

Por su lado, las necesidades especiales de las personas trans deben ser consideradas desde el primer momento de la detención y en las evaluaciones sanitarias y sociales iniciales. En ese ámbito, es necesario preguntar sobre la identidad de género (Regla de Mandela N° 7) y respetar, en el trato personal y en el registro de la historia clínica, el derecho al nombre elegido en concordancia con su identidad de género. Las entrevistas y evaluaciones deben ser llevadas a cabo en total confidencialidad y ser realizadas por personal especializado, tal como lo sugiere el Principio de Yogyakarta N° 33.¹⁸ Los medicamentos hormonales (tabletas, inyecciones, geles tópicos) que las personas utilizaban antes del ingreso al establecimiento, aun sin prescripción médica, deben ser debidamente identificados en la historia clínica. El tratamiento no debe ser interrumpido cuando se ingresa a la prisión, o en ocasión del traslado a otro establecimiento. Además, se debe garantizar el derecho de las personas detenidas a acceder a sus historias clínicas, incluso mediante la obtención completa de registros médicos precisos (Principio de Yogyakarta N° 37.C).

Los centros penitenciarios que alojan a personas trans deben contar con servicios de salud que atiendan a las necesidades vinculadas con sus biografías e historias vitales. También debe garantizarse la disponibilidad de las intervenciones de reafirmación de la identidad disponibles en el medio libre (alineación de sus características físicas con su identidad de género), ya sea para

sexual, identidad de género, expresión de género o características sexuales en la toma de decisiones públicas y políticas procesos que les afectan.” (Principio N° 27.G).

¹⁷ En este sentido, el Principio N° 30.J establece el deber de “garantizar el acceso a procedimientos y medios efectivos de denuncia, incluida la reparación, para las víctimas de violencia, discriminación y otros daños por motivos de orientación sexual, identidad de género, expresión de género y características sexuales”.

¹⁸ Los Principios de Yogyakarta +10, establecen el deber de “[g]arantizar la capacitación del poder judicial, los agentes de seguridad y los efectores de la salud en relación con sus obligaciones de respeto de los derechos humanos en cuanto a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales” (Principio N° 33.E).



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

dar continuidad a las iniciadas antes de la detención o para comenzarlas dentro del propio establecimiento.¹⁹ A este respecto, es necesaria la implementación de consejerías de salud con enfoque diferencial, que contemplen el asesoramiento médico (especializado en materia de afirmación de género, endocrinología y/o cirugía), el acompañamiento de procesos de transformación corporal, y estrategias de sensibilización para la reducción de la incidencia de intervenciones riesgosas. Quienes deseen acceder a procesos de afirmación de género deben recibir información adecuada, comprensible y oportuna sobre todos los pasos de las intervenciones y/o procedimientos, así como sobre sus contraindicaciones, efectos previsibles y adversos.

En materia de salud sexual y reproductiva, se deben proporcionar medidas de prevención y tratamiento de enfermedades e infecciones de transmisión sexual (ITS). Los centros de detención deben contar con actividades permanentes en la materia, con un enfoque diferencial que contemple la orientación sexual y la identidad de género. Asimismo, los mecanismos de protección de ITS (preservativos, lubricantes y barreras) deben encontrarse a disposición de manera permanente. Se debe proporcionar a toda la población penitenciaria información sobre la naturaleza y los síntomas de las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, y sobre cómo prevenirlas. Se deben garantizar exámenes médicos para detectar ITS, al momento del ingreso al penal y de forma periódica, con entrega oportuna de resultados. Además, se debe asegurar que las personas detenidas que viven con VIH u otras ITS tengan acceso regular a tratamientos y medicamentos antirretrovirales de forma confidencial.²⁰ Debe existir adecuada provisión de métodos anticonceptivos seguros, asequibles y eficaces, incluida la anticoncepción de emergencia.²¹

Luego, en materia de salud mental debe garantizarse disponibilidad de atención psicológica y/o psiquiátrica, que tenga en cuenta los padecimientos específicos vinculados con las trayectorias de vida marcadas por la violencia y la exclusión de las personas LGBT. Por su parte, los Estados deben prohibir explícitamente los tratamientos médicos no consensuados, especialmente la medicación psiquiátrica.

Finalmente, en lo que refiere a este punto cabe señalar que, si los servicios de salud en prisión no resultan integrales o suficientes a los fines indicados, deben estar disponibles consultas externas con profesionales que posean especialización en este campo. Ante la imposibilidad de garantizar el acceso

USO OFICIAL

¹⁹ En Argentina, la ley N° 26.743 de Identidad de Género establece que los efectores del sistema público de salud, estatales, privados o del subsistema de obras sociales deben brindar cobertura de las siguientes prestaciones: intervenciones quirúrgicas totales y parciales y/o tratamientos integrales hormonales para adecuar el cuerpo, incluida la genitalidad. Todas las prestaciones contempladas en la Ley N° 26.743 se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. El decreto reglamentario N° 903/15 menciona algunas cirugías a las que se puede acceder en el marco de la Ley de Identidad de Género, con carácter meramente enunciativo y no excluyente de otras posibles.

²⁰ Los Principios de Yogyakarta establecen el deber de impedir la divulgación del estado serológico respecto del VIH, así como la información médica y de salud personal relacionada con la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales, como el tratamiento de afirmación de género, sin el consentimiento libre, previo e informado de la persona (Principio N° 17.Q).

²¹ Al respecto los Principios de Yogyakarta establecen: "Principio 17, relativo al derecho al más alto nivel posible de salud: "(...) O. Garantizar el acceso a una gama de anticonceptivos seguros, asequibles y eficaces, incluida la anticoncepción de emergencia".

a la salud integral de las personas LGBT en general y de las personas trans en particular, deben disponerse institutos alternativos al encierro carcelario, como por ejemplo el arresto domiciliario u otras medidas de morigeración.²²

II.2.6. En otro orden, para asegurar el derecho a visitas íntimas de personas LGBT en prisión se deben remover las prácticas o reglamentos que las afecten especialmente o de manera desproporcionada. Por ejemplo, no se debe requerir la acreditación de matrimonio, unión civil o antigüedad de convivencia entre la persona detenida y la visitante. Asimismo, nunca se deberá exigir la heterosexualidad del vínculo o algún condicionante con base en la identidad, orientación u expresión de género de la pareja. Podrán acceder a las visitas íntimas quienes así lo soliciten, con la acreditación del mutuo consentimiento dado en forma privada.

En caso de requerirse la realización previa de estudios para detectar enfermedades infectocontagiosas, se debe siempre preservar la confidencialidad de sus resultados, salvo para evitar un mal mayor. Adicionalmente, se debe brindar el apoyo necesario para que las personas que tengan una ITS informen de los resultados a la pareja sexual con riesgo de exposición, brindar información sobre el modo de prevenir la propagación o contagio, y proveer los mecanismos de protección adecuados.

Las condiciones en las que se realizan las visitas íntimas deben asegurar requisitos mínimos de dignidad, respeto y acceso a la salud sexual y reproductiva. En este sentido, debe garantizarse la privacidad, seguridad, higiene, espacio y mobiliario adecuado, acceso a instalaciones sanitarias y agua potable, disponibilidad y recomendación de uso de preservativos y otros métodos anticonceptivos, y tiempo adecuado para el encuentro. Por su parte, el personal penitenciario destinado a gestionar las visitas íntimas debe estar capacitado en derechos humanos de la población LGBT y manejar la información vinculada con la solicitud de visitas íntimas con absoluta confidencialidad. Preferentemente, se debe evitar que los días de visitas íntimas de población LGBT coincidan con los de las visitas de familiares, para evitar situaciones de discriminación, burlas y/o comentarios inapropiados.

II.2.7. Finalmente, como deber general, los Estados deben incorporar y/o mejorar los sistemas de identificación de las personas LGBT privadas de libertad, con respeto a su soberanía personal en la determinación de la identidad de género y orientación sexual. A ese fin, no deben guiarse por la expresión de género que identifica el personal penitenciario interviniente, ni exigir el cambio registral en los documentos de identidad.

II.3. Personas indígenas

Las políticas penitenciarias deben orientarse de conformidad con los estándares de derechos humanos de los pueblos indígenas. En este sentido, la

²² En el país, la Cámara Federal de Casación Penal (Sala II) emitió dos fallos donde amplió el sentido del acceso a la salud integral para determinar la procedencia de un arresto domiciliario solicitado a favor de mujeres trans, donde consideró el carácter especialmente vulnerable de esta población (Causa 1800/2017, 15/4/19, y Causa 10082/2013, 24/4/2020).



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

Honorable Corte Interamericana ha desarrollado largamente estos estándares y las obligaciones de los Estados que se derivan de ellos. En especial, en materia de respeto a la subsistencia e identidad cultural de los pueblos indígenas y a no ser discriminados por razones culturales, entre otros aspectos. La población privada de libertad es un grupo social en situación de vulnerabilidad, dentro del cual se encuentran personas indígenas con derechos específicos anclados en su diversidad étnica y cultural, que exigen una perspectiva específica desde el inicio del proceso penal y un adecuado tratamiento por parte de los sistemas judicial y penitenciario.

II.3.1. Para dar cumplimiento a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el ámbito penitenciario, de conformidad con la legislación vigente, es fundamental poder identificar su presencia y dar cuenta de su diversidad. El reconocimiento de la identidad cultural es la condición fundamental para el ejercicio de sus derechos, para la provisión de una defensa técnica eficaz y para el diseño de las políticas de tratamiento penitenciario con datos confiables. Sin embargo, esta es información que por lo general las autoridades judiciales y penitenciarias no producen ni conocen, lo cual en sí mismo constituye una forma de discriminación contra este colectivo.

II.3.2. La garantía del debido proceso legal con relación a las personas pertenecientes a comunidades y pueblos indígenas exige una adecuación del trámite judicial en todo aquello necesario para respetar la cultura, normativa y cosmovisión propias.²³ Entre otros derechos, cuentan con el de ser asistidos por intérpretes y personas que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Esta garantía comprende la etapa de ejecución penal, así como la etapa de encarcelamiento en la cual la persona indígena se encuentra, sin importar el motivo jurídico, en cumplimiento de una pena impuesta o por el dictado de una medida de prisión preventiva.

II.3.3. Luego, las Reglas de Mandela refieren al programa de tratamiento individual que se diseña para cada persona privada de libertad, con base en la información obtenida sobre sus necesidades, capacidad e inclinaciones particulares (Regla N° 94). En este programa se establecen los objetivos (educativos, laborales, de salud, sociales, etc.) que deberán cumplirse para avanzar en el régimen penitenciario y obtener paulatinamente mayores espacios de libertad. En el caso de las personas indígenas, debe pensarse y aplicarse desde el inicio de conformidad con los estándares que rigen su situación y de modo ajustado a su identidad cultural.

Con relación a las obligaciones específicas del Estado, corresponde considerar especialmente el criterio de cercanía de su comunidad para determinar la unidad penitenciaria en donde personas indígenas serán alojadas, para evitar un agravamiento indebido en sus condiciones de detención. Se estima importante establecer criterios para que las autoridades judiciales, administrativas y penitenciarias garanticen el acercamiento de las personas indígenas a sus lugares

²³ Con relación al debido proceso de las personas indígenas privadas de la libertad, se incluyen las garantías específicas del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como el derecho a un intérprete (artículo 12), la preferencia por las penas no privativas de libertad cuando ello sea posible (artículo 10.2), y el deber de las autoridades judiciales de tener en cuenta las costumbres y características culturales de los pueblos indígenas en materia penal (artículos 9.2 y 10.1).

de origen, a fin de evitar el desarraigo familiar y comunitario, garantizar el respeto de su identidad propia y mantener el contacto periódico con sus allegados.

Asimismo, una vez que se toma conocimiento de que una persona que se encuentra privada de libertad pertenece a un pueblo indígena -de conformidad con el principio de auto adscripción-, el Estado debe utilizar los recursos que tenga a su alcance para garantizar la preservación de su identidad cultural. Son muchos los factores que podrían coadyuvar a que la persona indígena pueda conservar sus costumbres, tradiciones e identidad. Una alternativa es el desarrollo de programas encaminados a reintegrar al detenido indígena a su comunidad mediante mecanismos de trabajo y de educación, preservando al máximo su cultura, costumbres, lengua y lazos familiares. Sería importante establecer programas de observación, estudio y diseño de políticas destinadas a la atención especializada para garantizar a las personas indígenas la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales. Además, vale recordar la importancia de promover por vía legal la utilización de medidas alternativas al encierro y las soluciones conciliatorias del conflicto.

En relación con la atención de su salud y con la modalidad de las prácticas médicas, se requiere adoptar un enfoque intercultural, que respete el acceso a la información correspondiente y el consentimiento libre ante tratamientos, así como ofrecer espacios adecuados para la atención sanitaria e insumos necesarios. Aquí, toma particular trascendencia la garantía del acceso y la práctica de la medicina tradicional. Para ello, es fundamental conocer la pertenencia étnica y cultural de las personas privadas de libertad, y resulta clave la capacitación y preparación del personal profesional que integra el equipo de salud del servicio penitenciario. Además, es conveniente que pueda garantizarse la expedición de autorizaciones para que las personas indígenas sean atendidas por quienes practican la medicina tradicional en sus propias comunidades.

Por su parte, en materia de alimentación el Estado debe garantizar una provisión adecuada culturalmente, que tenga en cuenta la identidad de la persona privada de su libertad, sus momentos de realización de rituales y el ejercicio de la expresión de su espiritualidad. Todo ello, de conformidad con las indicaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que sobre este punto ha señalado que el derecho a una alimentación adecuada significa que los alimentos deben estar disponibles y ser accesibles y culturalmente aceptables.

II.3.4. En materia de actividades o programas desarrollados en el ámbito carcelario, así como durante las audiencias disciplinarias o propias de la progresión del tratamiento penitenciario, es necesario realizar entrevistas para conocer las inquietudes, necesidades y prácticas tradicionales del pueblo o comunidad a la que pertenecen las personas indígenas, para identificar posibles actividades que sean de su interés o impliquen el desarrollo de conocimientos que no sean totalmente ajenos a su cultura. En todos los casos, en las entrevistas y conversaciones trascendentes que requieren certeza en la comprensión e interpretación de lo expresado o que se vinculan, por ejemplo, con situaciones en las que se necesite conocer su opinión, sus intereses, aspectos de salud mental o física, su alimentación y la organización de sus tiempos para la expresión de su espiritualidad, deberá garantizarse la presencia de una persona que actúe como



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

intérprete lingüístico. Un espacio importante en el que debe asegurarse la posibilidad de expresión en su lengua y de comprender la conversación en todas sus aristas, se refiere a las instancias de calificación para avanzar en el tratamiento penitenciario, ya que constituyen momentos fundamentales en el tránsito progresivo de la privación de libertad.

II.3.5. Con el fin de prevenir abusos de poder, malos tratos y/o violencia institucional e intra-carcelaria, las Reglas Mandela proponen destinar lugares de alojamiento exclusivos o, como mínimo, otorgar espacios acordes con la condición de vulnerabilidad; es decir, espacios en los que exista una baja conflictividad. Desde ya, estos espacios deben garantizar todos los derechos humanos que asisten a las personas en general y a las privadas de libertad en particular, y no constituir o traducirse en formas agravadas de detención incompatibles con los estándares internacionales.

Por su lado, debe también prevenirse y sancionarse toda forma de violencia institucional en el marco de requisas, oportunidad generalmente propicia para su despliegue. En este tipo de escenarios puede suceder que no se comprenda acabadamente el contexto o las directivas de los agentes penitenciarios que intervienen, generando así situaciones conflictivas que derivan en actos de violencia institucional. Estas situaciones, si bien en ningún supuesto deben ser toleradas, podrían prevenirse con conversaciones previas en donde se garantice la comprensión del operativo y del procedimiento que se llevará a cabo. También debe garantizarse que, en el marco de estos procedimientos, no se lleven a cabo prácticas que resulten intrusivas, ni que afecten la vida privada, la integridad y la dignidad de las personas, o que resulten culturalmente inadecuadas. Esto significa conocer e interpretar el impacto que puede tener en las personas indígenas la puesta en práctica de estos procedimientos.

II.3.6. Finalmente, y sin perjuicio de las medidas específicas que se han mencionado, la necesidad de adoptar políticas de adecuación del ámbito carcelario a la realidad de las personas indígenas, exige el establecimiento de organismos de control dedicados a monitorear, proteger, promover y difundir sus derechos. Se debe garantizar la consulta y la participación con las autoridades propias de las comunidades indígenas respecto del diseño e implementación de las políticas públicas en materia de privación de la libertad, así como también asegurar el procedimiento de participación permanente de ellas y de sus organizaciones.

En la misma dirección, también resulta fundamental incorporar a la formación de las autoridades penitenciarias el reconocimiento y respeto de los derechos indígenas y de su diversidad cultural, conforme los estándares interamericanos y universales en la materia, así como la adopción de medidas específicas y permanentes, como la formulación de directrices y protocolos para establecer las condiciones relativas a la alimentación, el ejercicio de la espiritualidad, las visitas, la atención de salud, las actividades laborales y recreativas, la realización de procedimientos penitenciarios, y el abordaje de toda otra condición de las personas indígenas privadas de libertad que pueda verse afectada.

II.4. Personas mayores

Históricamente, este tipo de población detenida representa un escaso porcentaje de la población total encarcelada, por lo que ha pasado desapercibida para las políticas penitenciarias. Sin embargo, se está produciendo un aumento de la cantidad de personas mayores de 60 años en prisión, que se atribuye preferentemente al paulatino envejecimiento que ha experimentado la población mundial y, en mayor medida, a la prolongación de las condenas de encierro en el sistema penal actual. En efecto, uno de los fenómenos expansivos del derecho penal que caracteriza a las últimas décadas apunta al uso de penas más rigurosas -y más extensas- por delitos comunes y al establecimiento de limitaciones para el acceso a formas de cumplimiento alternativas a la privación de libertad efectiva (por ejemplo, mediante restricciones de acceso al régimen de libertad condicional), todo lo cual provoca la prolongación del tiempo que los condenados permanecen en prisión y, consecuentemente, resulta también un llamado urgente a revisar esas políticas.

La estancia en la prisión es vivida por este colectivo como una situación traumática, de consecuencias negativas múltiples, entre las que destaca la ausencia de control sobre la propia vida y sus expectativas. Ello limita su capacidad para programar y visualizar las consecuencias futuras de las acciones, y produce la pérdida gradual de las relaciones interpersonales que se mantenían en el exterior. Se debilita así la red comunitaria y familiar de referencia, y se genera desadaptación social y adaptación al medio penitenciario. Asimismo, una gran parte de las personas mayores detenidas en unidades penitenciarias ya de por sí se encontraba en una situación de exclusión antes de ingresar en la prisión, asociada con la precariedad y la dependencia económica, el difícil acceso a la vivienda, un bajo nivel de estudios y problemas de salud.

Para el análisis de los estándares aplicables a la situación de las personas mayores privadas de su libertad, entre otros instrumentos internacionales resulta pertinente la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), que entró en vigor el 11 de enero de 2017. Este tratado estipula que las personas mayores deben recibir asesoría jurídica gratuita, así como acceder a educación, trabajo, capacitación, salud y asistencia social en caso de encontrarse en situación de desamparo, como sucede con aquellas personas que no cuentan con apoyos familiares y se encuentran en detención. También resulta relevante la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que en el sistema jurídico local incluso cuenta con jerarquía constitucional.

Pese a las normas de alta jerarquía que los reconocen, dentro de los centros penitenciarios poco se hace para garantizar estos derechos. Se trata de un colectivo con doble desventaja social por su edad y por su situación de internamiento en la prisión, lo que transforma a las personas mayores en víctimas de discriminación múltiple (artículo 5, CIPDHPM). Sin perjuicio de las cuestiones concretas que se expondrán a continuación, es posible identificar como una premisa general la necesidad de fijar criterios para el tratamiento humanitario de las personas mayores sometidas a proceso penal y fomentar la cooperación interinstitucional e interdisciplinaria ante situaciones de extrema vulnerabilidad en la que puedan encontrarse.



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

II.4.1. En términos más específicos, debe señalarse en primer lugar que es elevado el número de personas mayores que cumplen condena en centros alejados de sus familias y de su ambiente social de referencia, situaciones que dificultan el mantenimiento de los vínculos familiares y favorecen el desarraigo. La persona privada de libertad sigue formando parte de la sociedad, por lo que la vida en la prisión debe tomar como referencia la vida en la libertad y favorecerse la vinculación familiar.

Por ello, debe tenerse en cuenta que la detención en lugares próximos a su residencia, la vida en situación de régimen abierto, las salidas de permiso y el fomento del contacto con la red de apoyo socio-familiar son elementos que, además de contribuir a la reeducación y reinserción social, minimizan las consecuencias negativas del encarcelamiento. Asimismo, la evaluación de modalidades de prisión domiciliaria u otras formas de morigeración son opciones idóneas para tratar la problemática del encierro. Estas modalidades son aquellas que por lo general permiten la mejor ponderación de derechos e intereses en juego, toda vez que proponen un abordaje que: (i) no altera la naturaleza de la condena, sino que se limita a incidir en la intensidad de la restricción que conlleva su cumplimiento, siendo este el componente que se muestra en estos casos como aspecto diferencial; (ii) ofrece una flexibilidad que concede márgenes de discrecionalidad suficientes para adaptar la sustitución a lo que sea requerido en cada caso en particular, acorde con las características específicas que presente el condenado; y (iii) se trata de modalidades que permiten alternativas de control efectivas, que reducen las inquietudes relativas a cualquier merma en el cumplimiento de las funciones de la pena.

II.4.2. Señalado lo anterior, la carencia de ajustes razonables en materia de accesibilidad y movilidad en el ámbito del encierro penitenciario, de conformidad con los artículos 4 y 31 de la CIPDHPM, se manifiesta en múltiples dimensiones, como ser el alojamiento en celdas o sectores ubicados en pisos superiores de las unidades, y en otros espacios que resultan inaccesibles por falta de rampas o de posibilidad física de realizar las actividades cotidianas de forma independiente y autónoma. Al respecto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos postula que esos ajustes razonables se concretan en la instalación de rampas en lugar de escaleras, en la asignación de espacios adecuados, en la colocación de barras de seguridad y asideros junto a los retretes y duchas, en la instalación de antideslizantes en los pisos, etc.

La omisión en materia de ajustes razonables agrava la situación de encierro y vulnerabilidad, que se agudiza por la tendencia a desarrollar padecimientos o, incluso, diferentes formas de discapacidad. Por lo tanto, es necesario impulsar actividades productivas de acuerdo con las capacidades de las personas mayores, con respeto a sus deseos y necesidades, así como proporcionar instalaciones adecuadas, programas de tratamiento con enfoque diferencial, alimentación y atención médica especializada en colaboración con el sistema público de salud. Asimismo, resulta imperativo destinar recursos para atender a las condiciones de infraestructura que requieren, pensar en fortalecer el sistema penitenciario con programas específicos para esta población, y adaptar el espacio físico de las unidades carcelarias a las necesidades funcionales de las personas mayores alojadas.

USO OFICIAL

II.4.3. Finalmente, se señala que las penas privativas de la libertad deben tener como única finalidad legítima la readaptación social de los condenados, conforme el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los principales instrumentos internacionales vigentes en la materia establecen que, para lograr este propósito, las autoridades competentes deben ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual, social, sanitario y deportivo.²⁴ De esta manera, el Estado debe garantizar a todas las personas privadas de libertad el acceso a estos derechos, siempre de acuerdo con el programa de tratamiento individual diseñado para cada una de ellas (Regla de Mandela N° 94). En el caso de las personas mayores, la CIPDHPM establece la obligación estatal de garantizar programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad.

En líneas generales, los programas especiales para adultos mayores en los establecimientos carcelarios contemplan únicamente cuestiones vinculadas con la atención de su salud y, en algunos casos, aspectos relacionados con la accesibilidad de las instalaciones, con las deficiencias ya señaladas. Sin embargo, estas previsiones no resultan suficientes. Para cumplir con el fin resocializador de la pena, las administraciones penitenciarias deberán también tener en cuenta las características especiales de esta población vulnerable a la hora de diseñar y ofrecer actividades laborales y educativas que sean acordes a la condición psicofísica de los adultos mayores y que puedan resultar de utilidad al momento de su egreso.

Las actividades de formación estandarizadas que usualmente se ofrecen a la población carcelaria, como la educación formal y los cursos en oficios, pueden no ser adecuadas para las personas mayores y sus perspectivas al momento de obtener la libertad. Por el contrario, la formación en el uso de nuevas tecnologías puede resultar más productiva para la reinserción de este colectivo. En cuanto a las tareas laborales, no sólo se debe ofrecer la posibilidad de realizar trabajos físicamente adecuados, sino también se requiere garantizar que el acceso al trabajo en prisión sea compatible con el cobro de jubilaciones y de pensiones por vejez.

II.5. Niñas y niños que viven con sus madres en prisión

II.5.1. Sin perjuicio de lo ya indicado en este documento respecto de la necesidad de evitar el encarcelamiento de mujeres con niños y niñas bajo su cuidado, cuando ese supuesto tiene lugar el hecho de permanecer detenidas a grandes distancias de su lugar de origen o de su residencia habitual provoca un grado de aislamiento que repercute negativamente en los niños/as, ya que ven notoriamente disminuidas sus posibilidades de recibir visitas, de estrechar vínculos con sus progenitores, hermanos y otras personas del círculo afectivo. Tampoco cuentan con salidas al exterior con su familia y allegados. Estas son situaciones que

²⁴ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos N° 4.



Ministerio Público de la Defensa Defensoría General de la Nación

deben ser atendidas por el Estado, de modo tal de garantizar el derecho a la vida familiar y el interés superior de los menores de edad involucrados.

II.5.2. Con el fin de garantizar el acceso a la salud integral, a la alimentación adecuada y al bienestar general a los niños/as que viven con sus madres en centros de detención, resulta claro que los Estados deben proveer todos los servicios y prestaciones acordes con las necesidades propias de la etapa de crecimiento que implica la infancia. Particularmente, se debe asegurar que el establecimiento cuente en forma continua con profesionales de la salud física y mental especialistas en infancia, instalaciones e insumos adecuados para atender las patologías que puedan presentar, así como pañales y otros artículos como chupetes, mamaderas y elementos vinculados con el desarrollo psicomotriz. Los establecimientos carcelarios también deben contar con programas de nutrición adecuados a la etapa de crecimiento y desarrollo de cada niño y niña, contemplando sus necesidades particulares.

No obstante, la experiencia demuestra que por lo general los establecimientos carcelarios no garantizan prestaciones adecuadas. En ocasiones, ni siquiera aseguran elementos básicos de subsistencia. Es por ello que resulta fundamental que los Estados garanticen la provisión de las mismas prestaciones de seguridad para la infancia vigentes en el medio libre, que puedan ser percibidas y administradas directamente por sus madres. En la misma línea, se debe garantizar a las mujeres que trabajan formalmente en los establecimientos penitenciarios el pago de sus asignaciones familiares y asegurar el goce de otros derechos de seguridad social disponibles en el medio libre.

II.5.3. Las niñas y niños que permanecen alojados en establecimientos de encierro con sus madres deben también tener acceso a la educación formal, con instituciones adecuadas y profesionales capacitados. Debe evitarse, como principio común a la educación en todos los centros de detención, que la documentación, como certificados o libretas de calificaciones, permita conocer el ámbito donde han sido cursados los estudios. Tampoco la documentación personal de las niñas y los niños debería reflejar que un período de su vida se desarrolló en un establecimiento penitenciario.

II.5.4. Un establecimiento en el que conviven madres privadas de libertad junto con sus hijas e hijos pequeños, es un lugar de especial complejidad, donde se manifiesta continuamente la pugna entre los recaudos de seguridad de una prisión y las necesidades vitales de quienes están creciendo allí, incluyendo las relativas a su salud, educación, comunicación con el exterior, esparcimiento y juegos.

Por esa razón, las visitas de monitoreo deberán, como principio, agregar a las autoridades que habitualmente cumplen esa función en establecimientos de encierro, otras que tomen como objetivo propio garantizar los derechos de los menores de edad. En ese aspecto, el interés superior del niño debe ser tenido primordialmente en cuenta, con sus derechos derivados de dar la posibilidad -de acuerdo a su grado de evolución- de que sean escuchados y de que su opinión sea debidamente evaluada por las autoridades, en todas las decisiones que los afecten.

USO OFICIAL

Sin otro particular, a la espera de que esta contribución resulte útil a la Honorable Corte Interamericana en la elaboración de la Opinión Consultiva objeto de esta convocatoria, saludo a su Presidenta e integrantes con la más distinguida consideración.



Stella Maris Martínez

Defensora General de la Nación

USO OFICIAL