

Reflexiones en torno a la aplicación de enfoques diferenciados en la ejecución penal



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Unidad General de
Conocimiento Científico
y Derechos Humanos

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO

R625.113

R434r

Reflexiones en torno a la aplicación de enfoques diferenciados en la ejecución penal / esta obra estuvo a cargo de la Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2024.

1 recurso en línea (xxi, 382 páginas : _ilustraciones, cuadros, tablas ; 24 cm.)

Contenido: Hacia un alcance universalista de los enfoques diferenciados en ejecución penal / Miguel Sarre y Juan Morey -- Perspectiva de género interseccional para mujeres privadas de la libertad : práctica judicial de compensación por trato punitivo ilegal por razones de género en México y Argentina / Gabriela L. Gusic y Michell Gutiérrez Padilla -- Retos para garantizar una perspectiva de género y orientación sexual en las prisiones / Manuel Páez Ramírez -- Retos particulares de las poblaciones trans y no binaries en las prisiones / Geras Contreras y Amaranta Valgañón -- Adolescencias y ejecución penal / Sofía M. Cobo Téllez -- Derechos de las infancias que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales / Corina Giacomello -- Abordaje de la ejecución penal desde la perspectiva intercultural y antirracista / Yuteita Valeria Hoyos Ramos -- Estándares y retos para garantizar los derechos de las personas mayores en la fase de ejecución penal / Mónica Mendoza-Molina -- Personas con discapacidad privadas de la libertad / María Sirvent Bravo-Ahuja

Material disponible solamente en PDF.

ISBN 978-607-552-457-3

1. Ejecución de sentencias – Proceso penal – Ensayos – México 2. Derecho de acceso a la justicia – Perspectiva de género – Argentina – México 3. Derecho a la no discriminación – Protección de los Derechos humanos – Instrumentos internacionales 4. Prisión – Orientación sexual 5. Cárcel – Derechos de los niños 6. Derechos de los grupos en estado de vulnerabilidad I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos

LC KGF5916

Primera edición: noviembre de 2024

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Reflexiones en torno a la aplicación de enfoques diferenciados en la ejecución penal

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministra Norma Lucía Piña Hernández
Presidenta

Primera Sala

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Presidente

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministra Loretta Ortiz Ahlf
Ministra Ana Margarita Ríos Farjat

Segunda Sala

Ministro Alberto Pérez Dayán
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministra Lenia Batres Guadarrama
Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Ministro Javier Laynez Potisek

Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos

Alejandra Rabasa Salinas
Titular de la Unidad

Contenido

Glosario	XIII
Presentación	XVII

Capítulo 1

Hacia un alcance universalista de los enfoques diferenciados en ejecución penal

<i>Miguel Sarre y Juan Morey</i>	1
Introducción	3
A. La prisión autoritaria	6
I. Las raíces del correccionalismo	7
1. Correccionalismo positivista y correccionalismo humanista	10
II. Inercias jurídico-ideológicas	13
III. Insostenibilidad de la corrección, el mejoramiento y la disuasión.....	18
B. Judicialización, requisito inexorable	20
I. Naturaleza judicial de la ejecución penal	21
II. Acreedores de la justicia de ejecución penal.....	23
III. Ámbito legislativo e instancias declarativa y ejecutiva	25
1. Hacinamiento y desarraigo	27
2. Otros efectos trascendentes	28

IV. Mujeres relegadas por finalidades mercantiles:	
el caso del CEFERESO 16.....	31
1. Localización del centro y ubicación de las internas ...	33
2. El “clima emocional”.....	35
Corolario.....	36
Bibliografía.....	38

Capítulo 2

Perspectiva de género interseccional para mujeres privadas de la libertad. Práctica judicial de compensación por trato punitivo ilegal por razones de género en México y Argentina

<i>Gabriela L. Gusis y Michell Gutiérrez Padilla</i>	43
Introducción	45
A. La criminalización de las mujeres en las Américas	47
I. Las mujeres-PdL en Argentina	55
II. Las mujeres-PdL en México	59
B. La necesaria aplicación del enfoque de género interseccional en la ejecución penal.....	63
I. Lo patriarcal en el poder punitivo estatal	63
II. El enfoque de género interseccional en la ejecución penal	67
C. Estándares internacionales en la región sobre el enfoque de género interseccional.....	69
I. Reglas Mandela.....	70
II. Reglas de Bangkok.....	71
III. OC 29/22	72
D. Los tribunales mexicanos y argentinos frente a la obligación de juzgar con perspectiva de género interseccional	74
I. La aplicación de la perspectiva de género interseccional por los tribunales mexicanos	75
II. La aplicación de la perspectiva de género interseccional por los tribunales argentinos	76
Conclusiones	79
Bibliografía	81

Capítulo 3

Retos para garantizar una perspectiva de género y orientación sexual en las prisiones

<i>Manuel Páez Ramírez</i>	89
Introducción	91
A. Precisiones conceptuales que justifican un trato diferenciado para las personas LGBT+ en la configuración de los sistemas penitenciarios	92
I. Ser LGBT+ es una forma de describirse y de ocupar un lugar en la estructura social	92
II. Cada uno de los componentes de la sigla LGBT+ exhibe características especiales que impiden asimilarles y brindarles el mismo tratamiento por parte del Estado ...	94
III. Ser LGBT+ en América Latina: un estudio obligatorio de la interseccionalidad	97
B. Caracterización de las violaciones a los derechos humanos de las personas-PdL LGBT+	98
I. Violencia por prejuicio	99
II. Arrestos y detenciones irregulares	100
III. Asignación de centros penitenciarios	101
IV. Confinamiento solitario	102
V. Negación al disfrute de la visita íntima	103
VI. Vulneraciones al derecho a la salud	104
C. Marco normativo de protección	106
I. Regulación en el DIDH	106
1. Sistema Universal de los Derechos Humanos	107
2. Sistemas regionales de protección de Derechos Humanos	109
a. Sistema Europeo de Derechos Humanos	109
b. Sistema Interamericano de Derechos Humanos ...	110
II. Marcos de protección nacionales	114
1. Ordenamiento jurídico colombiano	114
2. Ordenamiento jurídico mexicano	115
Conclusiones	116
Bibliografía	120

Capítulo 4

Retos particulares de las poblaciones trans* y no binaries en las prisiones

<i>Geras Contreras y Amaranta Valgañón</i>	127
Introducción	129
A. Características de las personas trans* y no binaries en centros penitenciarios	133
I. Consideraciones metodológicas	134
II. Información disponible sobre personas-PdL trans*	136
B. Una lectura garantista del marco normativo de ejecución penal a favor de las personas trans* y no binaries.....	138
C. Retos de las personas-PdL trans* y no binaries	142
I. Registro de personas trans*	142
II. Clasificación y ubicación de personas trans*	144
III. Régimen de seguridad	148
IV. Régimen de visitas y servicios de reinserción social.....	151
V. Servicios de salud	154
Conclusiones.....	156
Bibliografía	159

Capítulo 5

Adolescencias y ejecución penal

<i>Sofía M. Cobo Téllez</i>	167
Introducción	169
A. Ejecución penal especializada para personas adolescentes: concepto, naturaleza y principios rectores	171
B. Normas nacionales e internacionales que regulan la privación de la libertad juvenil.....	178
C. Estándares nacionales e internacionales en la materia	184
I. Infraestructura y condiciones físicas	185
II. Servicios al interior	186
III. Seguridad y contacto con el mundo exterior.....	188

IV. Personal operativo	191
V. Asistencia legal	192
VI. Mecanismos de vigilancia	193
D. Enfoques diferenciados y ejecución penal especializada.....	196
E. Medidas de sanción no privativas de la libertad.....	199
F. Desafíos de la ejecución penal especializada	204
Conclusiones.....	209
Bibliografía	214

Capítulo 6

Derechos de las infancias que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales

<i>Corina Giacomello</i>	219
Introducción	221
A. Marco jurídico internacional y nacional en materia de NNAPES en prisión con sus madres.....	224
I. Convención sobre los Derechos del Niño	226
II. Reglas de Bangkok.....	234
III. Ley Nacional de Ejecución Penal	236
B. NNAPES en prisión con sus madres: condiciones de reclusión en los centros mixtos y femeniles, estatales y federal	240
Conclusiones.....	253
Bibliografía	256

Capítulo 7

Abordaje de la ejecución penal desde la perspectiva intercultural y antirracista

<i>Yuteita Valeria Hoyos Ramos</i>	261
A. Contexto de las personas indígenas en reclusión	263
I. Breve recorrido histórico del sistema penitenciario en México.....	263

II.	Racismo del sistema carcelario en México y la ejecución penal en el derecho indígena.....	266
B.	Marco jurídico, estándares normativos y jurisprudenciales de protección a la población indígena en materia de ejecución penal.....	271
I.	Carta de las Naciones Unidas.....	271
II.	Convenio Número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.....	271
III.	Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	272
IV.	Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial	272
V.	Reglas de Bangkok.....	273
VI.	Declaración Americana de Derechos Humanos.....	273
VII.	Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	273
VIII.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...	274
IX.	Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.....	276
X.	Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación ...	277
XI.	Ley General de Educación	278
XII.	Ley Nacional de Ejecución Penal	278
XIII.	Estándares internacionales.....	279
XIV.	Sistemas normativos internos	281
C.	México, Bolivia, Ecuador y Canadá, pasado colonizador y necesidad presente de reivindicación indígena a través de la mirada intercultural y antirracista en la ejecución penal.....	283
I.	Reconocimiento constitucional de la multiculturalidad, interculturalidad y plurinacionalidad.....	285
II.	México	288
III.	Bolivia	289
IV.	Ecuador	290
V.	Canadá.....	290
VI.	La ejecución penal en el derecho indígena.....	292
D.	Buenas prácticas para el acceso a la justicia en materia de ejecución penal con perspectiva intercultural y antirracista	294
	Bibliografía	298

Capítulo 8

Estándares y retos para garantizar los derechos de las personas mayores en la fase de ejecución penal

<i>Mónica Mendoza-Molina</i>	301
Introducción	303
A. Importancia del enfoque diferenciado en la atención penitenciaria y carcelaria de las personas mayores privadas de la libertad	306
B. Marco normativo sobre personas mayores privadas de la libertad	315
I. Disposiciones aplicables a la población de personas mayores en general	315
1. Las personas mayores en la legislación de Colombia y México.....	321
II. Disposiciones para la atención penitenciaria y carcelaria de las personas privadas de la libertad en general	323
III. Disposiciones aplicables a la población de personas mayores privadas de la libertad	325
C. Perspectiva comparada entre países de la región: elementos de enfoque diferenciado y posibilidades de réplica	328
D. Buenas prácticas en la atención de personas mayores privadas de la libertad	340
Bibliografía	345

Capítulo 9

Personas con discapacidad privadas de la libertad

<i>María Sirvent Bravo-Ahuja</i>	351
Introducción	353
A. ¿Cuántas personas con discapacidad hay en las cárceles?	355
B. Violencias, abusos y riesgos de las personas con discapacidad en prisión	357
I. El encierro dentro del encierro	357

II. Víctimas de violencia	362
III. La anhelada y poco probable reinserción de las personas con discapacidad	364
IV. Sancionar la locura	365
C. Retos y elementos mínimos para la aplicación de la perspectiva de discapacidad en la ejecución penal	368
Conclusiones	377
Bibliografía	379

Glosario

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales
CEFERESO 16	Centro Federal de Readaptación Social Femenil número 16
CEFERESO SMA	Centro Femenil de Reinserción Social Santa Martha Acatitla
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CERESO	Centro de Reinserción Social
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CDHCM	Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México
Comité DN	Comité de los Derechos del Niño
Comité DPD	Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DDHH	Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DNSP	Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria
Directrices de Riad	Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil
ENDISEG	Encuesta Nacional sobre Diversidad y Género
ENPOL	Encuesta Nacional de Población Privada de Libertad
EPI	Ejecución Penal Indígena
GECV	Grupos en Especiales Condiciones de Vulnerabilidad
CIDENI	Grupo Iberoamericano de Estudios en Justicia Juvenil del Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño
INEGI	Instituto Nacional de Estadística y Geografía
INPEC	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia
JPO	Justicia Penal Ordinaria
LGDNNA	Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
LGPIST	Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes
LGBT+	Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans+
LNEP	Ley Nacional de Ejecución Penal
LNSIJPA	Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes
NNAPES	Niñas, niños y adolescentes con referentes familiares en prisión
NNA	Niñas, Niños y Adolescentes

NNA-PdL	Niñas, Niños y Adolescentes Privados de Libertad
OC 29/22	Opinión Consultiva OC-29/22 de la Corte IDH. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPS	Organización Panamericana de la Salud
PICP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
Persona(s) mayor(es)-PdL	Persona(s) mayor(es) privada(s) de la libertad o persona(s) mayor(es) privada(s) de libertades
Persona(s)-PdL	Persona(s) privada(s) de la libertad
Persona(s)-PdL trans*	Persona(s) privada(s) de la libertad trans*
Reglas de Bangkok	Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes
Reglas de Tokio	Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad
Reglas Nelson Mandela	Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos
SCJN o la Corte	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SIJPA	Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SNI	Sistemas Normativos Indígenas
SUDH	Sistema Universal de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Cultura, las Ciencias y la Educación
UNODC	Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Presentación

Desde hace décadas, la academia y las organizaciones de la sociedad civil han evidenciado que la desigualdad estructural fomenta la criminalización de personas que forman parte de ciertos grupos en situación de vulnerabilidad. Tanto la pobreza, como la violencia y discriminación que enfrentan estos grupos reproducen estereotipos que los asocian injustamente con la comisión de actos delictivos que, en muchos casos, deriva en la privación de su libertad. En ese sentido, el sistema penitenciario, lejos de corregir las inequidades, las refuerza, y se consolida como un espacio donde se reproducen y acentúan las desigualdades sociales.

Los informes recientes sobre la situación penitenciaria en América Latina muestran un aumento de grupos en situación de vulnerabilidad dentro de las cárceles. Frente a ello, desde hace décadas, organismos internacionales de derechos humanos han instado a los países de la región a implementar políticas penitenciarias con enfoques diferenciados, centradas en proteger los derechos de las personas privadas de la libertad (personas(s)-PdL) más expuestas a la discriminación y la violencia.

A pesar de los avances en la materia, la complejidad de los contextos penitenciarios en la región, el incremento de la desigualdad, la ausencia de una conciencia compartida –tanto social como estatal– sobre la importancia de proteger los derechos humanos en el entorno carcelario, y el auge de modelos punitivistas, han generado un aumento en la población penitenciaria que exacerba las condiciones

de exclusión y violencia. Ante este panorama, resulta imperativo seguir articulando y discutiendo estrategias para generar políticas penitenciarias inclusivas, capaces de atender las necesidades particulares de los grupos que enfrentan escenarios de mayor desigualdad.

En este marco, y de manera reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), a través de la Opinión Consultiva 29/2022, estableció por primera vez directrices concretas para llevar estos enfoques diferenciados al ámbito de la ejecución penal. Aunque esta decisión implica un paso significativo para los derechos de las personas-PdL en la región, apenas representa una conversación inicial en una materia cuyas implicaciones son múltiples y complejas.

Por ello, con el objetivo de profundizar en estas reflexiones, la Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos (UGCCDH) de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) organizó, en junio de 2024, el Congreso Latinoamericano sobre la Aplicación de Enfoques Diferenciados en la Ejecución Penal (Congreso). Este evento, de carácter inédito, brindó un espacio para fomentar el diálogo y el intercambio de conocimientos en torno a la ejecución penal en América Latina. El encuentro reunió a personas juzgadoras y destacadas especialistas en la materia de la región, para analizar y proponer modelos penitenciarios basados en una perspectiva de derechos humanos.

Esta obra colectiva es producto del diálogo e intercambio de experiencias sostenidos en el Congreso. Su objetivo es el de incentivar una conversación sobre los estándares internacionales de derechos humanos y su aplicación para que permitan garantizar que todas las personas-PdL vivan en condiciones dignas y de igualdad. Asimismo, busca generar herramientas útiles para que las personas juzgadoras y del sistema penitenciario que atienden casos relacionados con la ejecución penal puedan garantizar los derechos a las personas-PdL que, históricamente, han sufrido discriminación.

Tanto el Congreso como esta obra parten de la necesidad de analizar las condiciones de internamiento de los distintos grupos sociales en el entorno penitenciario desde un enfoque diferenciado, que considere tanto sus características, como sus

necesidades. Además, parte de la importancia que guarda este enfoque para hacer visibles los riesgos que enfrentan los derechos de las personas-PdL es su propósito de definir e implementar medidas concretas orientadas a superar la discriminación que les afecta. De este modo, para cumplir con sus objetivos, esta obra se integra por 9 capítulos que abordan estándares, buenas prácticas y críticas constructivas al sistema penitenciario en la región.

En “Hacia un alcance universalista de los enfoques diferenciados en la ejecución penal”, Miguel Sarre y Juan Morey abordan el origen y la necesidad de contar con enfoques diferenciados para las personas en especial situación de vulnerabilidad. Los autores invitan a las personas lectoras a cuestionar los modelos de referencia paternalistas o autoritarios bajo los que se ha entendido la prisión y cómo éstos potencian la vulnerabilidad de colectivos específicos.

En “Perspectiva de género interseccional para las mujeres privadas de la libertad. Práctica judicial de compensación por trato punitivo ilegal por razones de género en México y Argentina”, Gabriela Gusic y Michell Gutiérrez parten de la perspectiva de género interseccional para analizar los estándares normativos en la región y comprender su aplicación en el trato punitivo que enfrentan las mujeres-PdL. Las autoras se apoyan de un análisis contextual de la criminalización de las mujeres en América Latina y aportan una crítica a la supuesta neutralidad del sistema penal, para hacer patente la necesidad de aplicar una perspectiva de género interseccional en la atención de las problemáticas específicas que enfrentan las mujeres en prisión.

En “Retos para garantizar una perspectiva de género y orientación sexual en las prisiones”, Manuel Páez detalla los elementos necesarios para regular las condiciones de reclusión y la protección de los derechos de las personas LGBTQ+ privadas de la libertad. Además, ofrece un panorama sobre las violaciones a derechos humanos más frecuentes perpetradas contra las personas con identidades y orientaciones sexuales diversas en contextos carcelarios. El autor concluye con recomendaciones para aplicar los estándares normativos del derecho internacional en congruencia con las necesidades y contextos de las personas del colectivo privadas de la libertad.

En “Retos particulares de las poblaciones trans* y no binaries en las prisiones”, Geras Contreras y Amaranta Valgañón exponen los retos particulares que enfrentan las personas trans* privadas de la libertad en centros penitenciarios de México, con el fin de contribuir al desarrollo de un enfoque diferencial en el ámbito de la ejecución penal, así como ofrecer recursos que sean útiles para las personas juzgadas.

En “Adolescencias y ejecución penal”, Sofía Cobo Téllez analiza los estándares sobre enfoques diferenciados aplicables en personas adolescentes en contacto con los sistemas de justicia, particularmente en la etapa de ejecución penal. Así, destaca la necesidad de reconocer a las adolescencias como sujetos de derechos y la obligación de garantizar su interés superior. Para ello, hace una revisión sobre el marco jurídico y estándares internacionales aplicables.

En “Derechos de las infancias que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales”, Corina Giacomello analiza la situación de las mujeres madres-PdL y de sus hijos que las acompañan dentro de los centros penitenciarios de México. La autora reflexiona en torno a los trabajos de cuidados, en el marco de derecho de las infancias.

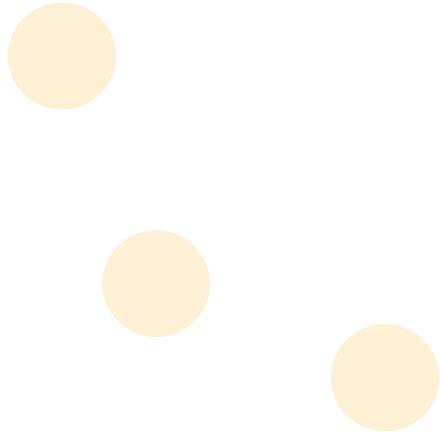
En “Abordaje de la ejecución penal desde la perspectiva intercultural y antirracista”, Yuteita Hoyos hace un análisis sobre el contexto de las personas indígenas privadas de libertad bajo una mirada antirracista. Asimismo, hace un llamado a la reivindicación indígena respecto del pasado colonizador a través de la aplicación de los sistemas normativos propios en materia penal, expuesto en un ejercicio de derecho comparado entre los sistemas de justicia canadiense y mexicano.

En “Estándares y retos para garantizar los derechos de las personas mayores en la fase de ejecución penal”, Mónica Mendoza-Molina se centra en las condiciones de precariedad que afectan de manera diferenciada a las personas mayores que habitan las prisiones. La autora señala la necesidad de implementar buenas prácticas que permitan a las personas mayores mejorar sus condiciones de vida dentro de los centros penitenciarios, así como, tratamientos postpenitenciarios que se puedan adaptar a las realidades latinoamericanas.

En “Personas con discapacidad privadas de la libertad”, María Sirvent Bravo-Ahuja señala cuáles son los derechos de las personas con discapacidad privadas de la libertad, así como las vulneraciones, los abusos y los riesgos que enfrentan en prisión.

En síntesis, esta obra pretende visibilizar las profundas desigualdades que enfrentan distintos grupos sociales en contextos carcelarios en la región. También intenta proporcionar directrices claras y buenas prácticas para la implementación de enfoques diferenciados en la ejecución penal. Lejos de lo que pueda parecer, esta obra colectiva no es sólo un análisis académico, sino que es también un llamado a la acción y a la reflexión crítica sobre la urgencia de transformar nuestros sistemas penitenciarios en espacios donde los derechos humanos de todas las personas sean realmente protegidos y garantizados.

A partir del diagnóstico y las reflexiones alcanzadas durante el Congreso, la Unidad General de Conocimiento Científico y Derechos Humanos de la Suprema Corte pone a disposición del público interesado esta obra colectiva con la firme intención de que su estudio, consulta y aplicación contribuya a mejorar las prácticas, políticas y normas penitenciarias existentes a fin de respetar y garantizar la dignidad y los derechos de las personas privadas de la libertad en México y en toda la región.



Capítulo

1.

Hacia un alcance universalista de los enfoques diferenciados en ejecución penal

Miguel Sarre*
Juan Morey**

* Maestro en Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame. Profesor e investigador independiente en Derecho de ejecución penal.

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor e Investigador independiente en Derecho de ejecución penal, experto en Derechos Humanos, Sistema de justicia penal y Prevención de la tortura.

Hacia un alcance universalista de los enfoques diferenciados en ejecución penal.

Introducción. A. La prisión autoritaria. B. Judicialización, requisito inexorable.
Bibliografía.

Introducción

El sentido profundo de la *universalidad* de los derechos humanos implica su alcance a todas las personas considerando su contexto específico.¹ Las personas privadas de la libertad (-PdL) soportan una situación de vulnerabilidad que muchas veces se combina con su pertenencia a grupos discriminados independientemente de la condición jurídico-penal en la que se encuentran. Así, existe una intersección de factores que configuran una *vulnerabilidad dentro de la vulnerabilidad*. Por medio de una solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) buscó una respuesta a la situación antes descrita, dando origen a la Opinión Consultiva OC 29/22.²

Dicho instrumento tiene la virtud de volver a poner a la igualdad en el horizonte de la prisión, en un sentido ya no sólo abstracto sino además concreto. Al mismo

¹ Cfr. Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción: obligaciones y principios de derechos humanos*, 2a. ed., FLACSO, México, 2021, pp. 54-55.

² Corte IDH, *Enfoques Diferenciales para Ciertos Grupos de Personas Privadas de Libertad*. Opinión Consultiva OC-29/22, 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf. Un testimonio público del origen de la opinión consultiva citada, puede encontrarse en la decimoséptima edición del *Seminario permanente de análisis de temas o decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, que se desarrolla en el IJ-UNAM. Dicha sesión tuvo lugar el 17 de febrero de 2023 y se intituló “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad, a propósito de la OC 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Se sugiere especialmente ver las deliberaciones en torno a la Mesa 1.

tiempo, constituye un ejercicio bidireccional de (re)afirmación de derechos: por un lado, permite aplicar los principios generales a contextos específicos y, por otro, apreciar cómo la visibilidad de necesidades, perspectivas y demandas particulares pueden a su vez potenciar los derechos de todas las personas-PdL.

El doble efecto que acaba de describirse (o *efecto oblicuo*) no es ajeno a la génesis misma de los derechos humanos. La historiadora Lynn Hunt explica el avance de los derechos humanos en general, a partir de la reivindicación de los derechos humanos de las mujeres y los esclavos, para lograr la igualdad sustantiva de los derechos humanos de otros grupos.³ Es de esperarse que, de forma equivalente, la OC 29/22 sea el antecedente de una sinergia con el potencial performativo necesario para modificar el escenario corriente de la prisión.

Sin embargo, es necesario preguntarse si la reafirmación de los principios de universalidad e igualdad que supone la OC 29/22 puede generar efectos mediante su declamación *desde arriba* o si requiere –además– una dinámica de apropiación e impulso *desde abajo*. Es decir, a través de los canales jurisdiccionales ordinarios competentes en materia de ejecución penal. En este último caso, la sociedad civil y la academia no pueden ser ajenas a dicho proceso.

En nuestro medio, la progresividad de los derechos humanos, en virtud de reivindicaciones jurídicas dirigidas a grupos en situación de vulnerabilidad, se hizo evidente en el caso de la protección de los derechos en materia de ejecución penal de personas indígenas. Dicho proceso derivó en el reconocimiento constitucional del derecho de *todas las personas* a ser ubicadas, por regla general, en el centro de reclusión más cercano a su domicilio o comunidad.

En relación con lo anterior, se impone rememorar esa notable página de la historia constitucional mexicana, a través del trabajo de María Amparo Hernández Chong Cuy, quien describe dicha reforma en los siguientes términos:

El tema del *lugar del empujamiento* se incorpora en el régimen constitucional mexicano por virtud de reforma de 2001, y más precisamente en el marco de la

³ Cfr. Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets Editores, Barcelona, 2009, pp. 63-69.

reforma constitucional en materia indígena que impulsó el entonces Presidente Vicente Fox, en ejecución de los acuerdos de la COCOPA y de San Andrés Larráinzar a que dieron lugar las negociaciones entonces efectuadas con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y grupos indígenas. Al parecer, el tema del lugar para el compurgamiento de penas de prisión fue subido a la agenda indígena, en razón de que había inconformidad de estos grupos en torno a que indígenas sentenciados eran reclusos en prisiones alejadas de su lugar de origen y ello les generaba un aislamiento y desarraigo prácticamente absoluto de su comunidad. Esto explicaría que en la propuesta de reforma constitucional que presentó la Presidencia de la República se propusiera reformar el artículo 18 para establecer que los indígenas tendrían derecho a compurgar sus penas en el lugar más cercano a su domicilio. Sin embargo, cuando tal propuesta fue dictaminada, bajo la consideración de que no había justificación para circunscribir ese derecho sólo a los indígenas, fue que en Dictámenes de Comisiones, se propuso generalizarlo a *todo* sentenciado, y eventualmente así fue aprobado por el Poder Reformador. Esto explicaría que el texto reformado de 2001 fuera genérico, haciendo referencia a *todo* sentenciado; y sólo atándolo a lo que se estableciera en las leyes [secundarias].⁴

Más allá de las necesarias reivindicaciones jurídicas de los grupos en condiciones especiales de vulnerabilidad, para que la prisión cumpla su función de institución pública al servicio del bien común, ésta debe sujetarse –como la rueda delantera de una bicicleta– a una horqueta de la cual emanen dos piezas imprescindibles: la secularidad (o laicidad) y la justiciabilidad de la ejecución penal.

Para abordar tales conceptos, en la primera parte de esta colaboración se invitará a la reflexión en torno a una serie de factores –a un mismo tiempo– históricos, ideológicos y jurídicos que conservan en la actualidad una fuerte capacidad para determinar la calidad del trato que sufren las personas en prisión (y otras relacionadas, como las personas visitantes). Se abordará, así, la transversalidad de tales factores respecto de la efectividad de los derechos positivizados en dicho ámbito.

⁴ Cfr. Hernández Chong Cuy, María Amparo, “El derecho humano a cumplir las penas de prisión en un lugar cercano al domicilio. Dimensionar la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Escuela Judicial*, núm. 33, México, 2012, p. 105.

En sentido opuesto, en la segunda parte se pondrá el énfasis en ciertos imperativos jurídicos que poseen un alto potencial para generar transformaciones fundamentales, sin los cuales resultará difícil concebir un sistema efectivo de derechos en torno a la reclusión y, con ello, imaginar efectos (ya no oblicuos) si quiera directos de los enfoques diferenciados en dicho ámbito.

Más adelante se buscará exponer algunas repercusiones de los tópicos y las problemáticas anteriormente enunciadas, acudiendo a un sombrío caso que tiene lugar actualmente en el contexto mexicano, respecto del cual se tornan imperiosas tanto la vigencia de un sistema de derechos humanos en la prisión, como la instrumentación reclamada por la Corte IDH en la OC 29/22.

Para finalizar, se ofrecerán algunas reflexiones sobre cómo –paradójicamente– la construcción de derechos, por medio de los enfoques diferenciados en la ejecución penal, se ha ido cimentando a partir de la manifiesta privación del *derecho a tener derechos*, elocuente expresión tomada de Halper y Reifer,⁵ a la que han sido sometidos los grupos en especial situación de vulnerabilidad. Expresado de otra forma, la exigencia de universalizar derechos que, en teoría, *siempre* fueron universales. En este sentido adquiere aplicación el concepto crítico aportado por Rivera Beiras respecto de las personas-PdL, según el cual a éstas se les trata como *ciudadanos de segunda categoría*.⁶

A. La prisión autoritaria

La relevancia del excursus desarrollado en esta sección parte de una consideración ostensible: a nivel global, la generalidad de los modelos de ejecución penal actualmente en práctica posee una misma raíz de tipo autoritaria, en tanto en ellos se despliegan (con mayor o menor intensidad y frecuencia) formas opresivas y represivas en el ejercicio del poder.

⁵ Véase Halper, Jeff y Reifer, Tom, “Beyond ‘the right to have rights’: creating spaces of political resistance protected by human rights”, *The international journal of human rights*, vol. 23, núm. 5, Reino Unido, 2019, pp. 740-757.

⁶ Véase Rivera Beiras, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

A pesar del paso del tiempo y del desarrollo del derecho internacional de derechos humanos (DIDH) los modelos de ejecución penal no han podido sustraerse de ese tinte autoritario. Así, las graves problemáticas que devienen de dicha raíz, constituida por las nociones correccionalistas de *mejoramiento de la persona* y de *disuasión*, como funciones asignadas a la prisión, a pesar de contradecir de forma palmaria derechos humanos se encuentran notoriamente ausentes en la discusión académica y en la deliberación público-política.

I. Las raíces del correccionalismo

La matriz autoritaria de la prisión, a la que se ha referido anteriormente como su raíz, se encuentra profundamente determinada por las nociones de *corrección*, *mejoramiento de la persona* y *disuasión*.⁷ Dichas nociones, presentes desde los orígenes históricos de la prisión, continúan siendo asignadas –aún hoy, en pleno siglo XXI– a las funciones de ese instituto jurídico-público-estatal que es la prisión.

En tal marco, la circunstancia que dicha asignación de funciones esté –además– reafirmada por instrumentos de Derecho Internacional, resulta sumamente “distorsiva”⁸ de todo esfuerzo que se emprenda para garantizar derechos en reclusión, incluidos los enfoques diferenciados. Se trata de dispositivos convencionales, de los ámbitos universal y regional, así como instrumentos de *soft law*, todos fuertemente arraigados en la cultura jurídica occidental, que –a una misma vez– reconocen derechos humanos no obstante que niegan o perjudican, en el ámbito de la prisión, otros derechos de igual naturaleza.⁹

Como se analizará, las referidas nociones de *corrección*, *mejoramiento* y *disuasión*, reafirmadas por tales instrumentos, no guardan coherencia con el respeto a la dignidad humana y, además, obstaculizan (o limitan fuertemente) la vigencia de

⁷ No se propone en este artículo relacionar las raíces autoritarias de la prisión con la temática de las teorías de la pena, ya que la base epistemológica de dicho tópico concierne a la dogmática jurídico-penal.

⁸ [N. del Ed.] Término de los autores.

⁹ Cfr. Morey, Juan y Sarre, Miguel, “Sobre la necesidad de superar conceptos obsoletos y barreras normativas para evitar abusos en las prisiones de Latinoamérica,” en Fabio de Sa e Silva, Par Engstrom *et al.*, *Respondiendo a la tortura. Perspectivas Latinoamericanas sobre un desafío global*, International Bar Association’s Human Rights Institute y Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, pp. 194-223.

dispositivos jurídicos básicos, como el debido proceso, sin los cuales la protección judicial resulta ilusoria.

Por ello, los enfoques diferenciados en prisión y su efectividad no podrían ser concebidos sin antes responder –al menos– las siguientes preguntas:

- ¿Qué incidencia tienen las nociones correccionalistas¹⁰ (que incluyen las funciones de *mejoramiento de la persona* y de *disuasión*) sobre la actual vigencia de los derechos y garantías de las personas presas?
- ¿Cómo se explica la subsistencia –a través del tiempo– de las herramientas a las que acuden los modelos ordenados a partir de aquellas nociones?¹¹

Para explorar las respuestas posibles es preciso adentrarse –al menos un poco– en las raíces de *lo penitenciario*,¹² marcadas a fuego por una pretérita paradoja: la inocuidad del iluminismo y de su proyecto modernizador para despojar de crueldad al castigo, consagrando una nueva forma de la pena corporal, más sutil que el suplicio, pero no por ello exenta de salvajismo, a contramano de los objetivos declamados por aquella revolución cultural y política de fines del siglo XVIII.

¹⁰ El correccionalismo (entendido en un sentido amplio) y la disuasión hunden sus raíces en las antiguas Casas de Corrección centroeuropeas del siglo XVIII, a las que eran destinadas las personas que habían quedado huérfanas de la ya poca asistencia con la que contaban antes de la caída del feudalismo. De tal forma, pobres, libertinos, pícaros, mendicantes, entre otros desviados, eran encerrados en institutos –muchas veces regentados por miembros de la burguesía, otras, de la iglesia– en los que la acción correctora consistía en convertirlos en mano de obra dúctil, enseñarles a trabajar y disuadirles de continuar el estilo pernicioso de vida que llevaban previamente, ya que las condiciones de trabajo en libertad serían menos inclementes que las que debían soportar en tales casas de corrección. Corrección y disuasión estuvieron de tal forma presentes desde los antecedentes de la prisión moderna.

¹¹ Por herramientas y prácticas del modelo correccionalista (entendido, ahora, en un sentido lato) se hace referencia al tratamiento penitenciario y a la progresividad del régimen de internamiento, elementos propios de dicho modelo, que perduran tanto a nivel regional latinoamericano como europeo, salvo en el caso de México, país en el cual –a pesar de los reflujo del viejo régimen– han sido legislativamente abolidos.

¹² No se busca una explicación genealógica de los abusos del presente, algo que excedería en mucho el objeto de este trabajo, sino que simplemente se procura delinear un hilo conductor entre las ideologías correccionalistas, la pretendida función de mejoramiento y de disuasión (presentes desde los orígenes de la cárcel moderna) y los modelos actuales de prisión que siguen, en este aspecto, vinculados fuertemente a dichas formas tradicionales de encierro penal.

Los rigores de las condiciones de internamiento (verdaderas formas de tortura) en los *nuevos* centros de privación de la libertad, resultaron de tal vastedad que su ineficacia para lograr la *corrección* (y la *disuasión*) quedó rápidamente en evidencia y, con ello, también revelada su finalidad como mero castigo. No obstante, bajo el nuevo régimen, las prácticas de la prisión quedarían confinadas a espacios crecientemente gestionados por burócratas y técnicos de la penitencia, ajenos a la mirada pública.

Desde la clásica obra de Beccaria, inspirada en premisas utilitaristas que –en relación con la pena– podrían sintetizarse no en *más castigo* sino en *castigos más adecuados* (para *corregir* y *disuadir*); pasando por Bentham y su arquitectura del encierro, la ejecución de la pena privativa de la libertad continuaría desplegándose en el terreno al que siempre perteneció: el del “no-derecho”. En tal contexto, la humanidad de las personas destinatarias del encierro penal seguiría siendo arrasada hacia la cosificación y sometida al *poder total* de otros; un poder –aunque más sofisticado– igualmente indiferente a toda limitación legal.

Las cruentas injusticias evidenciadas a fines del siglo XVIII por John Howard, en sus visitas a las prisiones de Gales, Inglaterra, Francia, Bélgica y Países Bajos, proporcionan un ejemplo bien documentado de lo que acaba de afirmarse.¹³ El estado de cosas revelado por el espíritu filantrópico del *High Sheriff* de *Bedfordshire*, hizo necesario impulsar una *reforma dentro de la reforma*, fenómeno que podría constituir el antecedente temprano de aquella expresión según la cual “la historia de la cárcel es la historia de su reforma”, en cuanto que se trata de una institución crónicamente en crisis.

En consecuencia, la continuidad de los esfuerzos para modificar las condiciones del castigo penal por medio de su tecnificación y burocratización resultaría proporcional a la esterilidad de tales impulsos. De tal manera que, más temprano que tarde, aquel programa dejó ver serias dificultades de concreción, expresadas –entre otras formas– por el recurso asiduo al aislamiento celular prolongado,

¹³ Cfr. Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, 2a. ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006, p. 127.

transcendiendo sus originarios fines organizativos para ser sustituidos por objetivos de orden y disciplina.

Durante el siglo XIX se desarrollaron, tanto en Europa como en Norteamérica, sistemas *penitenciarios* estructurados bajo finalidades de reforma (*corrección y mejoramiento*) y penitencia (*arrepentimiento y disuasión*) que acudían al trabajo y a la instrucción religiosa como medios de influencia moral respecto de las personas presas y de disciplina para ordenar los establecimientos penales. En este período se instauraron los clásicos modelos *filadélfico* y *aurburiano* (especialmente en los Estados Unidos), y sus variantes europeas que introdujeron –además– regímenes de progresión (basados esencialmente en la temporalidad del encierro) e incorporaron figuras de libertad anticipada sujetas a la *buena conducta*.¹⁴

1. Correccionalismo positivista y correccionalismo humanista

A fines del siglo XIX y comienzos del siguiente, el positivismo penal y criminológico se estableció en la prisión para dominar sus prácticas por medio de abordajes biologicistas. Podría hablarse así, como lo hace Pavarini,¹⁵ de un *modelo científico de la prisión*, cuyo objeto de estudio y experimentación eran las personas sometidas al encierro penal.¹⁶ Esa fue la base para que –en la primera mitad del siglo XX– los excesos del positivismo fueran llevados al paroxismo en la aventura extraviada y genocida del nazismo, que retorció la –ya inaceptable– función de inhabilitación para convertirla en inocuización y exterminio de lo diferente.

Un intento fallido de contención al desbocamiento de tales atentados del totalitarismo, fueron los Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Reclusos,

¹⁴ En el mundo de habla hispana, fue el Coronel Montesinos, alcaide penal de la Valencia española en 1834, quien encarnó la tendencia a la tecnificación y burocratización del castigo. Entre otras iniciativas se le atribuyen la incorporación del uniforme como medio para favorecer el orden y las condiciones mínimas de decoro e higiene.

¹⁵ Cfr. Pavarini, Massimo, *Control y Dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003, p. 95.

¹⁶ Véase Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2004.

adoptados por la Liga de las Naciones en 1934. Sin embargo, si bien tales estándares se alzaron en contra del *exterminio del delincuente* y de los fines de inocuización, consagraron la persistencia de los fines de *corrección* y *disuasión*.¹⁷

Si se considera el crudo espanto que produjeron (y aún producen) los crímenes del nazismo, tal vez pueda encontrarse una explicación de la persistencia recién apuntada: la intención de la Liga de las Naciones pudo haber sido *optar por el mal menor*. Sin embargo, tal justificación posee una debilidad intrínseca, señalada con agudeza por Hannah Arendt, aplicable al caso, aunque haya sido pronunciada en otro contexto: quienes eligen el *mal menor* olvidan muy pronto que –en definitiva– han elegido *el mal*.¹⁸

En efecto, de la misma forma que las casas de corrección centroeuropeas y el proyecto de los reformadores del iluminismo, el positivismo de comienzos del siglo XX dejó su marca indeleble en la morfología de la prisión por vía del correccionalismo y los abordajes criminológicos científicas que cifraban la explicación del delito en la anatomía de la persona.

Dicha marca igualmente puede encontrarse en el correccionalismo moderno, más identificado con el humanismo de mediados del siglo pasado, cuyas nociones parecen verse reflejadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos que acudieron a la rehabilitación y la reforma, como expresiones *modernas* de la *corrección*, el *mejoramiento* y la *disuasión*, tantas veces aludidas.

Con el desarrollo del DIDH se adoptaron las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (1955), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICP)

¹⁷ Por medio de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros, se asignó a las autoridades penitenciarias la aplicación de un tratamiento a las personas privadas de la libertad, orientado a “acostumbrar[la]s al orden y al trabajo, así como a fortalecer su carácter moral”. Para ello, la administración penitenciaria habría de “inducir a los internos para que se interesen en su propio mejoramiento”, de manera que su *progreso* se viera *retribuido* con la mejora en sus condiciones de internamiento, permitiéndoles “una mayor participación en las decisiones sobre su futuro durante la detención, durante el período de su posible libertad condicional y después de su posible liberación”. Véase League of Nations, Penal and Penitentiary Questions, Anex: Standard Minimal Rules for the Treatment of Prisoners, Ginebra, 1934 [traducción no oficial; el documento original en inglés puede consultarse en: <https://bit.ly/ReglasLigaNaciones>].

¹⁸ Cfr. Halper, Jeff y Reifer, Tom, *op. cit.*, pp. 754-755.

(1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969), que constituyen avances incontrovertibles para la cultura jurídica. Sin embargo, respecto de la temática analizada en este capítulo, los instrumentos citados representan una continuidad de los modelos o concepciones del encierro penal anteriormente vigentes. En tal sentido, llevan consigo graves problemas para la lograr la plena garantía de los derechos humanos y, por ese motivo, requieren ser reinterpretados.¹⁹

La introducción del modelo correccional en México representa, así, un desenlace de lo descrito anteriormente. De acuerdo con Bahena,²⁰ no fue necesario que Estados Unidos exportara su modelo correccional, sino que fue el propio Gobierno mexicano el que envió –en 1845–²¹ al escritor y político Manuel Payno con el objeto de estudiarlo.²² El reporte del viaje tuvo repercusiones inmediatas en la élite intelectual de la época. Por ejemplo, el jurista Mariano Otero, verdadero *prócer* del juicio de amparo en México, se adhirió entusiastamente a la idea de la reforma de las prisiones como un instrumento público de moralización,²³ donde el aislamiento, la soledad y el trabajo permitieran “regenerar al recluso”.²⁴ Unas décadas más tarde, en la Constitución de 1917, se incorporaría la regeneración mediante el trabajo como fin de la pena.

Entre aquella función y la readaptación (o rehabilitación) de la reforma constitucional de 1965, las diferencias son de matices, subsistiendo sin solución de

¹⁹ Podría decirse que los instrumentos internacionales vinculados a la prisión, nacidos en la segunda mitad del siglo pasado, se inscriben en una variante humanista del correccionalismo. En ese entendimiento, rehabilitar, readaptar, reformar serían los nuevos infinitivos utilizados, a los que –a nivel nacional– podrían agregarse, reeducar, resocializar, reinsertar, reincorporar, entre otros “re” imaginables. Sin embargo, todas estas variantes parten de las ideas de enmienda, corrección y disuasión (tanto generales, como particulares), por lo que poseen problemas básicos de incoherencia con el respeto a la dignidad humana.

²⁰ Véase Bahena, Mario, “De cárceles y criminales. Manuel Payno y sus estudios sobre las cárceles. Discursos en torno a la criminalidad y la reforma penitenciaria en México a mediados del siglo XIX”, *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 8, 2019.

²¹ Al año siguiente tuvo lugar la invasión de los Estados Unidos a México (1846-1848). Sin que exista vinculación entre dicha visita y la invasión, es paradójico que, al final, México perdió la mitad de su territorio al tiempo que abrazó la ideología *penitenciaria* que, unas décadas más tarde, se incorporaría a nuestro texto constitucional de 1917, bajo la idea de la regeneración mediante el trabajo como fin de la pena. La noción del trabajo como un *eje* de la reinserción social es una reminiscencia de ello.

²² Décadas más tarde, Manuel Payno escribió la obra clásica *Los bandidos de Río Frio*.

²³ Cfr. Bahena, Mario, *op. cit.*, p. 9.

²⁴ *Ibid.*, p. 12.

continuidad sus típicas herramientas de *intervención* sobre la persona, como el *tratamiento penitenciario* y el sistema *progresivo*. Dicha reforma sería trascendida por las producidas en 2008 (seguridad y justicia) y 2011 (derechos humanos), que dieron lugar a un modelo secular y judicializado de la ejecución penal que abandona el tratamiento y el sistema progresivo.

II. Inercias jurídico-ideológicas

Al inicio de este apartado, se dejó planteada la pregunta acerca de cómo se explica la subsistencia de las herramientas típicas de aquellas nociones de raíz autoritaria. En relación con lo descrito hasta aquí, la ejecución penal fue tempranamente *administrativizada*, como lo advierte –entre otros– Alejandro Slokar.²⁵ Dicho fenómeno dio nacimiento al derecho penitenciario, reforzándose la matriz autoritaria de las ideologías correccionalistas y, por tanto, signando su devenir en *herramienta jurídica* de la prisión para el *logro* de sus pretendidas funciones de *transformación* de la persona, aspecto que se ha mantenido impertérrito hasta nuestros días.

La omisión de desarrollar (y de ajustar) los principios y las garantías penales para su aplicación a la ejecución, dejó un espacio que fue cubierto, casi naturalmente, con nociones del derecho administrativo, como la *doctrina de la sujeción especial*, capaces de producir un manifiesto detrimento a los derechos relacionados con el encierro “prisional”.²⁶

En este punto es posible recordar a Massimo La Torre cuando expone que en el derecho anida cierta atracción por la crueldad y el tormento, motivo por el cual la práctica jurídica cae con facilidad en la *tentación* de acudir *sin complejos* al uso de la fuerza.²⁷

El *régimen de sujeción especial* se inscribe como una forma tardía de “colonización jurídica” y resulta inquietante que su noción sea asumida de manera mayormente

²⁵ Véase Slokar, Alejandro, “La ley de los sin ley”, en Zaffaroni, Raúl, *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012, pp. 83-96.

²⁶ Cfr. Rivera Beiras, Iñaki, *op. cit.*, pp. 509-540.

²⁷ Cfr. La Torre, Massimo, *La Justicia de la tortura. Sobre Derecho y fuerza*, Editorial Trotta, Madrid, 2022, p. 27.

acrítica en documentos (contenciosos y no contenciosos) del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), así como en fallos de Altas Cortes constitucionales de los países de la región, como se postula en otro trabajo.²⁸

El primer paso en el camino de la descolonización jurídica –de acuerdo con lo que propone el argentino Rodrigo Videla– consiste en no legitimar el discurso colonial y, en efecto, cuestionar su batería conceptual.²⁹ Según lo antes expuesto, la noción de *régimen de sujeción especial* todavía no ha transitado dicha senda, salvo honrosas excepciones como la conocida (y ya citada) posición que sostiene hace años el profesor Rivera Beiras.

Al margen de lo anterior, la *sujeción especial* puede ser vista como una herramienta conceptual del derecho penitenciario, capaz de producir *humanidades subalternas*,³⁰ en virtud de la cual esas personas quedan libradas al abandono y relegadas a lo prescindible. Resulta así notoria su incompatibilidad con los derechos humanos y lo imperioso de su eliminación del entorno de la prisión.³¹ Se ha propuesto, en coincidencia, la instauración de un sistema de derechos humanos en la reclusión,³² que tiene actualmente (y desde 2016) un correlato legislativo en la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) mexicana, norma secundaria de las reformas constitucionales señaladas anteriormente (2008/2011).

El *sistema progresivo* de ejecución penal, también derivado del proceso de administrativización descrito en este apartado, constituye otra de las típicas herramientas del *correcionalismo*, cuya aplicación persiste en casi toda la región e incluso –en

²⁸ Cfr. Morey, Juan, “Un derecho de ejecución penal autónomo y de raíz latinoamericana”, en Vacani, Pablo y Alderete Lobo, Rubén, *Nuevo Derecho de Ejecución Penal*, núm. 3, Editores Del Sur, Buenos Aires, 2023, p. 70.

²⁹ Véase Videla, Rodrigo, *Las fuerzas del mal. Descolonizar el derecho penal nuestroamericano*, Ediciones OnA, Buenos Aires, 2023.

³⁰ Véase Mbembé, Achille, *Crítica de la razón negra. Ensayo sobre el racismo contemporáneo*, Futuro Anterior ediciones y Nuevos emprendimientos editoriales, Barcelona, 2016.

³¹ Véase Slokar, Alejandro, “Forma-Estado democrática y actuación penitenciaria (Poder y Libertad en el ámbito carcelario)”, en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, núm. 66, 1996, pp. 29-33.

³² Véase Sarre, Miguel y Manrique, Gerardo, *Sistema de Justicia de Ejecución Penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México*, Tirant Lo Blanch, México, 2018.

algunos países— se reclama, en tanto mecanismo para *otorgar* la libertad, cual *concesión graciosa*.

Por lo contrario, en México, desde la vigencia de su LNEP el sistema progresivo ha sido suprimido. Llama profundamente la atención (por la fragilidad del argumento) que —en pronunciamientos recientes— uno de los Plenos Regionales de la Justicia Federal haya emitido una tesis jurisprudencial, por contradicción de criterios,³³ con el siguiente rubro:

Beneficios preliberacionales de libertad condicionada y anticipada. el requisito previsto en la fracción iii de los artículos 137 y 141 de la ley nacional de ejecución penal, relativo a la ‘buena conducta’ durante el internamiento, *debe analizarse desde el punto de vista gradual y progresivo* [cursivas añadidas].

Si bien es cierto que —en la norma aplicable— la categoría “buena conducta” es un concepto abierto que, por tanto, exige ser interpretado, ello debe realizarse en aplicación del marco legal vigente, que —además— debe integrarse bajo la consideración del principio pro persona.³⁴

Por consiguiente, en primer término, debe hallarse una pauta razonable de interpretación en la propia LNEP. En tal sentido, el catálogo de supuestos sancionables que enlista su artículo 40 se convierte en una referencia ineludible, ya que a partir de allí la cualidad de la conducta puede ser definida por oposición. En esa lógica, surge una relación de coherencia entre falta disciplinaria y consecuencia sancionatoria, que se reafirma con el sentido que posee el régimen de sanciones en el modelo mexicano: la preservación de la gobernanza del centro (aspecto objetivo) y no el progreso moral de la persona (aspecto subjetivo) ni tampoco *su reinserción*.

³³ Pleno Regional en Materia Penal de la Región Centro-Norte. Tesis de Jurisprudencia PR.P.T.CN. J/11 P (11a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, el 17 de mayo de 2024. Registro digital: 2028767.

³⁴ *Cfr.* Sarre, Miguel y Morey, Juan, “Los cómputos sucesivos para la oportuna reducción constitucional del tiempo en prisión. Análisis de las fracciones I y II del artículo 118, en relación con las fracciones III y IV de los artículos 137 y 141 de la Ley Nacional de Ejecución Penal” en González Rodríguez, Patricia, *et al.*, *Derecho de ejecución penal. Tendencias hacia la legalidad en las prisiones*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2023, pp. 43-45.

La interpretación sugerida, conforme al modelo de la LNEP (legislación secundaria del artículo 18 constitucional) se enmarca en un sistema de derechos humanos; de acuerdo con el cual, la progresividad de grados no resulta aplicable.

Por lo anterior, la jurisprudencia aquí criticada, *bien* pudo haber sido emitida bajo el abrogado modelo de la *readaptación social*, ya que en ella los requisitos para recuperar la libertad se encuentran erróneamente orientados hacia aspectos subjetivos, dentro del sistema progresivo que regía bajo el anterior paradigma. Más allá de que, en este caso, el criterio pretenda sustentarse en las Reglas Mandela, que –como se viene señalando– en este aspecto son *parte del problema* y no de la solución. De tal forma, en el criterio jurídico de dicha tesis del Pleno Regional se indica que la persona juzgadora debe analizar...

(...) cada una de las sanciones o correctivos impuestos –fechas en que acontecieron, frecuencia, naturaleza de la infracción, gravedad, hechos que las motivaron, trascendencia, si las faltas están previstas en la ley aplicable o reglamentos–, **para detectar cambios positivos**, con el objeto de ponderar si impactan en términos globales o integrales en la evaluación final para concluir si hubo o no una buena conducta y tener por satisfecho el requisito señalado, para alcanzar alguno de los beneficios preliberacionales previstos en la invocada ley” [destacado añadido].

De igual modo, resulta anacrónico que se sostenga que “la reinserción social es un proceso gradual y progresivo para tenerla por satisfecha”. Más allá de la redacción casi telegráfica, propia de un lenguaje plagado de tecnicismos (que debe dejarse atrás), desde la vigencia de la LNEP la reinserción es una situación jurídica, determinada por su artículo 4, que se produce en el momento en que la persona debe ser liberada: la plena recuperación de los derechos y las libertades previamente restringidos. Es, por lo tanto, un entendimiento neutro, secular, de reinserción, exigido por un modelo como el mexicano que abandonó el *tratamiento* y la progresividad propios del derecho penal de autor.³⁵

³⁵ En su sentido sociológico y post penal, la reinserción podría ser vista como un servicio público que no forma parte de la ejecución penal. La competencia normativa para regularlo es, en consecuencia, del orden local o federal, según sea el caso, pero no nacional.

A las críticas anteriores, debe sumársele que la tesis analizada contradice palmaria-mente la jurisprudencia de la Primera Sala, de acuerdo con la cual:

Derecho penal de acto. Razones por las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación siste-mática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo).³⁶

El criterio jurisprudencial recién citado, acota que “[a]demás, al proteger la autono-mía de la persona, [la aplicación de aquel paradigma] rechaza cualquier modelo de Estado autoritario que permita proscribir ideologías o forzar modelos de excelen-cia humana a través del uso del poder punitivo”. En tal sentido, acudir a la “llave” de la libertad (condicionada o anticipada) para reconocer o premiar la “evolución positiva”, o –por lo contrario– para reprochar su ausencia, son formas de utilizar el poder punitivo para evaluar el *desarrollo de la personalidad*.

Desde ya, resulta legítimo asignar consecuencias a conductas concretas durante la reclusión, como lo es asignar penalidades por la comisión de delitos, pero en ambos casos debe atenderse a hechos determinados (el *hecho del proceso* en ejecu-ción penal, según terminología de Vacani)³⁷ y no a *tendencias comportamentales*.

Por consiguiente, bajo el actual modelo de ejecución penal, la recuperación de la libertad por medio de los así llamados *beneficios* (que, en rigor, deberían ser teni-dos por *derechos*) se erige como una situación jurídica sujeta a requisitos objetivos (sanciones proporcionalmente cuantificables) que preservan *bienes jurídicos pro-prios de la reclusión* y no funciones de defensa social, que resultan contrarias a los derechos humanos ya que instrumentalizan a las personas-PdL.

³⁶ SCJN, Primera Sala. Tesis: 1a./J. 21/2014 (10ª). *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, Tomo I, página 354. Marzo de 2014. Registro digital: 2005918.

³⁷ Véase Vacani, Pablo Andrés. “Reformulación de los principios de la ejecución penal a través de la noción de acto o hecho del proceso”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IX, núm. 2, Buenos Aries, marzo de 2019, pp. 187-191.

III. Insostenibilidad de la corrección, el mejoramiento y la disuasión

A la luz del desarrollo actual de los derechos humanos, dos [d]efectos inherentes a las nociones señaladas en el subtítulo se tornan palpables:

- Primero, en tanto imponen a la persona en prisión un *ultimátum permanente* que reza: “debes transformarte”, implican una negación de la subjetividad y una intromisión en la libertad de convicciones éticas de aquellas personas. Por consiguiente, lesionan la autonomía personal, entendida como la capacidad para elegir sin interferencias el proyecto de vida;
- En segundo término y derivado de lo anterior, jurídicamente, vulneran la dignidad humana y, por lo tanto, no deberían aceptarse en un Estado de derecho.

Además de los defectos señalados, desde un plano práctico, tales orientaciones se han mostrado –a lo largo de una experiencia muy dilatada– incompatibles con el normal desenvolvimiento de los estándares mínimos que requiere el respeto a los derechos humanos en torno a la prisión, aspecto que se ve agravado en contextos nacionales de carencias presupuestarias, escaso o nulo acceso a la justicia o una conjunción de los factores anteriores, como sucede en Latinoamérica.

La reinterpretación del artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) realizada por la Corte IDH en la OC 29/22 y reclamada por la doctrina desde la década de los noventa del siglo pasado,³⁸ puede encontrar explicación en el desfase de sentido en torno al ideal correccional, aquí descrito. En efecto, en el instrumento consultivo citado, se precisa que:

(...) la expresión “reformatar” en el artículo 5.6 no se puede entender literalmente, porque ello implicaría que se asigna al Estado la posibilidad de una intervención

³⁸ Véase Zaffaroni, E. Raúl, “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales” en Maier, Julio B. J. y Binder, Alberto (comps), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*. Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995, pp. 115-129.

en el cuerpo, personalidad e intimidad de la persona que lesionaría otros derechos garantizados por la Convención Americana. Debe, pues, interpretarse de acuerdo al objeto y fin del tratado y desde una interpretación sistemática, (...) [cursivas añadidas].³⁹

Sin embargo, la perspectiva que pareciera trazarse en el texto precedente se ve inexcusablemente acotada en su segunda parte; algo que –en lenguaje popular– justificaría aquella máxima según la cual está vedado *borrar con el codo lo escrito con la mano*. En efecto, la transcripción anterior se completa de la siguiente manera:

(...) en el sentido de que “reformular” en ese contexto significa *procurar inducir*, con el debido respeto a la dignidad del penado, *comportamientos socialmente adecuados* y no lesivos de los derechos de las demás personas, en los términos del artículo 32 de la Convención, *de modo tal que puedan reinsertarse o integrarse en la sociedad*. [Énfasis agregados].⁴⁰

Con ese titubeo, la Corte IDH dio un paso atrás, anclándose nuevamente al marco ideológico que permeó la redacción del artículo 5.6 de la CADH y de otros instrumentos convencionales, como el 10.3 del PIDCP, y no convencionales, tanto del Sistema Universal como del regional, ya citados. Su entendimiento de “reformular” no alcanza un estándar mínimo de respeto a la dignidad de las personas-PdL.

Nótese que el texto transcrito anteriormente (párr. 50) revela el uso de un sugestivo recurso gramatical: una semi perífrasis verbal (“*procurar inducir*”), por medio de la cual reemplazó la felizmente denostada “intervención en el cuerpo, personalidad, intimidad” por un giro de redacción que podría parafrasearse de la siguiente manera:

(...) provocar o causar [definición de “inducir”] comportamientos socialmente adecuados, desincentivadores de la reincidencia, por medio de diligencias o esfuerzos [definición de procurar] orientados a ese fin.

³⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva 29/2022, *op. cit.*, párr. 50 (primera parte).

⁴⁰ *Idem*, párr. 50 (segunda parte).

En función de lo anterior, considérese que “hacer diligencias o esfuerzos para provocar comportamientos adecuados” parece poco respetuoso de la autonomía personal y de los derechos humanos. Por consiguiente, puede afirmarse que los esmeros (o curiosidades) gramaticales del pasaje comentado son insuficientes para superar nociones utilitaristas del encierro penal, que instrumentalizan a la persona más allá del cumplimiento de una consecuencia jurídica bajo condiciones de seguridad y estricta legalidad.

La *inducción* a las personas-PdL por parte de quienes les custodian (y se sienten calificadas para modelar su proyecto de vida) es sinónimo de coerción. En consecuencia, pese a la persistencia de prácticas y discursos, entendidas no sólo por el peso de la historia sino además como fenómeno jurídico, el haz de luz que parecía filtrarse en el ejercicio interpretativo incluido en la OC 29/22, se desvanece en un abrir y cerrar de ojos.

Por lo contrario, si se reafirmara el respeto del derecho a la autonomía personal, en este ámbito, así como la preservación del proyecto de vida de las personas-PdL mientras dure el internamiento, podría distinguirse cómo la condición de vulnerabilidad del encierro penal borra la –de por sí– tenue frontera entre “inducción” y “coacción”.

B. Judicialización, requisito inexorable

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales [...] Art. 25, CADH.

Bastaría una remisión al epígrafe para apreciar suficientemente las consideraciones contenidas en esta segunda parte de la presente colaboración. Sin embargo, la ausencia del *derecho a tener derechos* pareciera también concretarse en función de la fragilidad que suele presentar la garantía de acceso a la justicia cuando se trata de personas-PdL. Tal carencia se ve agravada respecto de quienes pertenecen a los colectivos especialmente considerados en los enfoques diferenciados promovidos por la OC 29/22.

En consecuencia, se torna necesario el examen puntual de la justiciabilidad de los derechos en la ejecución penal, así como algunos conceptos relacionados con ella, como se concreta a continuación.

I. Naturaleza judicial de la ejecución penal

En el marco de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, así como en los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los países, la responsabilidad sobre las personas en prisión recae principalmente en los poderes ejecutivos, con diversos grados de control externo. Cuando bajo este modelo *de gestión* se admiten controles judiciales externos, se considera que *los tribunales están adscritos a los centros de internamiento*.

En cambio, bajo un esquema de plena justiciabilidad de los derechos en torno a la reclusión, hay un control judicial directo y cambian los términos de la relación: *las prisiones se adscriben a los órganos judiciales* y las autoridades administrativas son colocadas bajo su jurisdicción.

En México, los reclusorios forman parte del sistema de justicia penal. Así, constitucionalmente las autoridades encargadas de la administración de las prisiones son *auxiliares* de los poderes judiciales.⁴¹ Coherentemente, entre otros preceptos, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) también se establece:

- Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para garantizar la independencia de los tribunales y *la plena ejecución de sus resoluciones* [énfasis agregado].⁴²
- La imposición de penas, *su modificación y duración* son competencia exclusiva de la autoridad judicial [énfasis agregado].⁴³

⁴¹ CPEUM, artículo 89, fracción XII.

⁴² *Ibidem*, artículo 17, séptimo párr.

⁴³ *Ibidem*, artículo 21, tercer párr.

El diseño constitucional que puede traslucirse a partir de la normativa antes citada enmarca a las prisiones a partir de una perspectiva de *justicia* donde, al igual que en los procesos judiciales seguidos para adjudicar la responsabilidad penal en la instancia declarativa, su resultado depende de la interacción de los distintos sujetos procesales y no de la voluntad de una sola parte.

Como se ha señalado al principio de estas líneas, la prisión es una creación pública a cargo de agentes del estado responsables de su conducción y control. En consecuencia, la ejecución penal es algo similar a lo que ocurre en el proceso penal: para tener garantías de justicia, se requiere mínimamente partir de una acusación bien sustentada, una defensa adecuada y una administración de justicia profesional e imparcial, cuya actuación garantice las reglas del debido proceso. Nadie imagina que para garantizar la justicia a la persona acusada de un delito se pueda descansar en uno solo de esos sujetos procesales.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en el ámbito penal-ejecutivo: bajo la influencia del modelo administrativista o *de gestión* antes descrito, en gran parte del mundo se normaliza que el resultado del encierro penal quede en manos de los poderes ejecutivos, en vez de considerar que la autoridad judicial es la máxima instancia de control. Esto explica que los grupos vulnerables y las organizaciones que los representan apelen a factores como la “voluntad política” o a la “asignación de recursos”, conformándose con que la satisfacción de los derechos humanos quede en la órbita de los poderes ejecutivos (como si el abogado defensor en una causa penal tuviera que *mover alguna palanca* política para que se le admitan medios de prueba o para apelar una sentencia injusta).

Una muestra de tal perspectiva respecto a la ejecución penal –es decir, una visión limitada a la autoridad administrativa, sin justiciabilidad ordinaria– puede encontrarse al analizar un reciente documento de la prestigiosa Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) con sede en Ginebra, Suiza, respecto a la situación de las mujeres indígenas presas. En dicho documento se invisibiliza la función judicial, al afirmar:

Condiciones de detención. [Se recomienda a los estados h]hacer cumplir de manera efectiva **la incorporación** de algunos elementos de la cosmovisión indígena **en la gestión penitenciaria**, en particular cuando se trata de determinar permisos, salidas o beneficios penitenciarios [énfasis agregado].⁴⁴

Antes de continuar, cabe aclarar que la posición a favor de un modelo de protección más amplio, y en particular con justiciabilidad de los derechos humanos, no implica desconocer que existen sistemas *penitenciarios*, principalmente en Europa, en los que, a pesar de la ausencia de control judicial directo, en general, tienen mejores condiciones de internamiento en comparación con los países latinoamericanos donde sí existe.

Al respecto, debe decirse que, por un lado, los controles judiciales en nuestra región acusan graves limitaciones conceptuales, incluyendo al propio SIDH.⁴⁵ Por otro lado, en el caso europeo, por ejemplo, en Inglaterra, la suficiencia de los recursos materiales asignados, su supervisión, los controles administrativos, el servicio profesional de carrera y la tradición de escrutinio público de las prisiones, entre otros elementos, redundan en mejores condiciones de alojamiento. No obstante, un dictamen del Senado francés de hace más de dos décadas, citado a continuación, es de una actualidad elocuente:

En resumen, la comisión de investigación considera que el control de los establecimientos penitenciarios por la autoridad judicial no debe abandonarse con el pretexto de que ha funcionado mal hasta la fecha. Al contrario, es necesario buscar los medios para reforzarlo.⁴⁶

II. Acreedores de la justicia de ejecución penal

Un enfoque contextual de la cuestión implica abandonar una concepción del *procedimiento de ejecución* como una *secuencia lineal compuesta* por decisiones limitadas

⁴⁴ APT, “Violencia contra mujeres indígenas privadas de libertad y en contacto con las fuerzas de seguridad”, Ginebra, 2021, p. 7.

⁴⁵ Cfr. Miguel Sarre, “OC 29-22 de la Cor-IDH. Avances y querencias” en González Rodríguez, Patricia *et al.*, *op. cit.*, pp. 213 a 219.

⁴⁶ Informe de la Comisión de Investigación del Senado francés sobre las condiciones de detención en los establecimientos penitenciarios de dicho país [Apartado 2c, párrafo final].

a la situación jurídico-penal de la persona condenada en una continuación escrita de la carpeta judicial.⁴⁷

Bajo una perspectiva de derechos humanos, la ejecución penal adquiere un sentido contextual más amplio. En su ámbito material, comprende las condiciones de internamiento, que ya no se atienden como *incidentes*, sino como controversias o juicios con una *litis* propia, que ameritan la celebración de audiencias, mientras que el ámbito personal abarca tanto a quienes se encuentran en prisión preventiva como a quienes cumplen una condena, además de comprender al universo de personas relacionadas con la prisión que pueden ser *alcanzadas* por las decisiones de las autoridades administrativas de los centros y de los tribunales en la materia.

Siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli, la justicia en esta materia tiene el cometido de *funcionalizar la actuación de todos los Poderes públicos al servicio de los derechos fundamentales* y –podría complementarse– *de todas las personas afectadas por la prisión*. En el mismo sentido, el finado Juez Uriel Villegas sostenía que *el Juez de ejecución es el Juez de la reclusión* y –podría también agregarse– *de su entorno*.⁴⁸

En consecuencia, la intervención de la justicia de ejecución penal encabezada por las personas juzgadoras tiene efectos diferenciados no sólo sobre las personas en prisión, sino también sobre otros grupos igualmente vulnerables relacionados con ellas.

En México, la LNEP es pionera en reconocer a los familiares y otros actores vinculados a las prisiones como sujetos procesales ante los tribunales de ejecución penal.⁴⁹ Además, el listado de sujetos procesales contenido en la Ley no es limitativo, ya que puede invocarse la analogía para abarcar a las víctimas indirectas

⁴⁷ Para ello no sería necesaria una jurisdicción especializada en ejecución penal, ya que la propia persona juzgadora podría hacer efectivas sus resoluciones, como ocurre en otras materias. Pese al carácter adversarial y oral de la ejecución penal, en numerosos tribunales se sigue sustanciando la misma en forma escrita, inclusive cuando se requiere debate y producción de pruebas.

⁴⁸ Consideraciones de los autores

⁴⁹ LNEP, artículos 108 y 121.

de actos u omisiones en el ámbito de la ejecución penal, como es el caso de los niños, niñas y adolescentes con referentes adultos privados de su libertad (NNAPES). Lo mismo se aplica a los abuelos con hijos en prisión (y nietos en casa) y a todas aquellas personas afectadas por decisiones del ejecutivo penal, como la restricción de visitas, el traslado a otro centro de detención, o la falta de suministro de medicamentos.⁵⁰

En el sentido anterior, los muros de la prisión se hacen permeables al derecho de ejecución penal, en la medida en que cada persona en prisión tiene, por así decirlo, una parte fuera de ellos, mientras que algunas personas en libertad, al verse afectadas por las decisiones del sistema de ejecución penal, tienen una parte de sí mismas en prisión.

III. Ámbito legislativo e instancias declarativa y ejecutiva

Es necesario *distinguir para unir*, reiteraba el filósofo francés Jacques Maritain. Y aquí su consejo es pertinente: frente a situaciones inaceptables vinculadas a la detención penal, como las que se analizan en la OC 29/22, hay que distinguir las cuestiones del encarcelamiento de diversas situaciones, como la aplicación de normas penales desproporcionadas o la adjudicación de responsabilidad penal con violaciones del debido proceso o sin tener en cuenta el contexto de la persona.

A diferencia de otras instituciones, como los establecimientos educativos u hospitalarios, las prisiones son invariablemente una creación del Estado. La forma en que se organizan depende del marco jurídico que define su finalidad y, en su caso, de las garantías procesales y orgánico-institucionales que aseguran su aplicación efectiva.

Sin embargo, es evidente que el análisis de la situación de las prisiones puede valerse de la inestimable ayuda de la historia, la sociología, la psicología, la criminología, la arquitectura, la ingeniería de sistemas y la economía, entre otras

⁵⁰ La invisibilización es una forma tan sutil como grave de discriminación.

muchas otras disciplinas, ajenas al ámbito jurídico, capaces de aportar elementos para estructurar el estudio y el funcionamiento de las prisiones. Sin embargo, el objetivo de la cárcel está contenido por el marco legal que la crea y legitima dentro de un Estado de derecho.

La ejecución penal –y las situaciones que viven los colectivos más vulnerables– parte así del cumplimiento de una resolución judicial privativa de libertad; un *título de ejecución* que, según el caso, es la bisagra entre *a)* la determinación de la medida cautelar de prisión preventiva en la que transcurre la instancia declarativa y su instancia ejecutiva paralela o, *b)* la sentencia condenatoria con la que concluye el proceso penal y la misma instancia ejecutiva que concluye con la puesta en libertad o muerte de la persona.

A efectos metodológicos, y para evitar la invisibilización de la ejecución penal como un espacio propio con autoridades judiciales, partes procesales y *litigios* diferentes a los del proceso penal, es necesario *distinguir* entre los ámbitos legislativo-penal, procesal-penal y penal-ejecutivo.⁵¹

Esta sistematización mínima permite no perder el objetivo de un análisis. De hecho, es frecuente discutir sobre la excesiva penalización de delitos como el de robo (criminalización primaria), sin considerar separadamente la selectividad del aparato de persecución penal en perjuicio de grupos marginados (criminalización secundaria) y, a su vez, las condiciones indignas de reclusión que puede estar viviendo la persona (en la que es posible que ambas circunstancias coincidan). En este sentido, es necesario definir si se está frente a una ley penal justa/injusta; a una sentencia justa/injusta, o a la ejecución justa/injusta de una sentencia, con todas las combinaciones posibles.⁵²

⁵¹ En el ámbito del derecho penal ejecutivo, se distingue entre la función legislativa de la que emana la LNEP y las normas sustantivas y procesales que contiene.

⁵² Como muestra de una confusión temática pueden verse programas de televisión en los que se anuncia que se examinará la situación de las cárceles; sin embargo, recurrentemente se desvía la atención de la responsabilidad del Estado de garantizar la legalidad en reclusión para referirse a cuestiones distintas, como que una persona “fue a parar a la cárcel por robar *un gansito*”. Como resultado, al final del debate se relega la problemática propia.

1. Hacinamiento y desarraigo

Así, la *confusión* antes mencionada, extendida entre los sectores académicos y judiciales, conduce a la distorsión del análisis de la situación que enfrentan las personas-PdL y, en consecuencia, los grupos más vulnerables. Esto es particularmente evidente en el uso erróneo y generalizado del concepto de *sobre o superpoblación* carcelaria.

De hecho, la cuestión de una ocupación superior a la capacidad disponible debería considerarse, *per se*, una forma de maltrato o tortura, dependiendo de su gravedad. Entonces, no sólo cambia su significado, sino también las formas de responder a él.

Hasta la fecha, incluso en los SIDH y SUDH, las visiones dominantes sobre la cuestión del hacinamiento proponen *soluciones* político-penales (es decir, despenalizar, reducir o sustituir penas, eliminar o restringir la prisión preventiva) como “medidas idóneas y eficaces para reducir la población carcelaria”.⁵³

En general, ese enfoque se ve ahogado por el hecho de que es –cuanto menos– inusual que se aprueben leyes que despenalicen conductas o reduzcan las penas. En consecuencia, tales propuestas suelen quedarse en el terreno de la retórica, es decir, no tienen efectos prácticos; si –por la razón que fuera– llegaran a tenerlos, serían incapaces de ofrecer garantías de no regresión. En otras palabras, no serían sostenibles.

Por el contrario, si la ejecución penal se aborda desde un *enfoque de derechos* (tanto de las personas-PdL, como de las víctimas y de la sociedad en general), la insuficiencia de espacios dignos es un asunto de justicia, pues la autoridad auxiliar habrá rebasado los alcances legítimos concomitantes de la restricción penal de la libertad.

Desde el punto de vista jurídico, ese mandato determinado es el *título de internamiento* que debe ejecutarse sin maltratos ni torturas, incluyendo los producidos

⁵³ Corte IDH, Opinión Consultiva 29/2022, *op. cit.*, párr. 107.

continuamente por el hacinamiento carcelario. Por lo tanto, condicionar el cese de dicho abuso a una reducción del número de procesos con prisión preventiva o de condenas, puede considerarse una distracción perversa o ingenua, ya que no sólo la práctica demuestra su nula factibilidad, sino que además, resulta ilegítima, ya que implicaría condicionar la eficacia de aquella medida a la impunidad del delito o a la ineffectividad del proceso penal cuando existan motivos fundados para la imposición de la prisión preventiva.

En este sentido, la situación de los derechos humanos de los grupos vulnerables no puede soslayarse subordinándolos al cambio previo de las políticas penales⁵⁴ relacionadas con la definición, punibilidad, persecución y juzgamiento de los delitos; por el contrario, exigen ser satisfechos a través del sistema de justicia, tomando en cuenta enfoques diferenciados y, en su caso, ajustes razonables de acuerdo con la responsabilidad de los distintos actores involucrados en los tramos de la justicia.

Los enfoques diferenciados en la ejecución penal son exigibles en sus tres vertientes internas: primero, como derechos sustantivos de las personas-PdL (y de su círculo afectivo y otros actores); segundo, en las normas instrumentales, que incluyen garantías procesales y orgánico-institucionales en la materia específica de la ejecución penal (como la defensa pública especializada); y, tercero, como el andamiaje para hacer cumplir las decisiones judiciales en los espacios de reclusión penal, incluyendo aquellas que implican desembolsos económicos.

2. Otros efectos trascendentes

En continuidad con la distinción entre la instancia declarativa y la instancia ejecutiva, en esta última se acatan las determinaciones de los tribunales de instancia,

⁵⁴ Como lo desarrolla el jurista colombiano Germán Silva García en “Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario en la justicia”, en el presente artículo se opta por la expresión “político-penal” en vez de “político-criminal”, por dos razones básicas brindadas por dicho autor. En primer lugar, “lo criminal” es algo intrínseco y no una convención social y, en segundo término, el uso de la opción descartada pareciera conducir a la idea según la cual la *política criminal* se dirige sólo a “los criminales” y no a todas las personas que integran una sociedad.

salvo las excepciones como es el caso de la sustitución de la pena para proteger a hijos e hijas de personas-PdL.⁵⁵ Dicha función implica determinar –con rigor jurídico– el ámbito personal de aplicación de la legislación. Asimismo, es necesario considerar que fuera de excepciones como la señalada, existen dos tipos de repercusiones o *efectos trascendentes* de la instancia declarativa sobre personas distintas al imputado: las inevitables y las evitables.

- Las *repercusiones inevitables*, que son concomitantes a la pena de prisión o a la prisión provisional. En este sentido, aunque toda privación de libertad impuesta tiene algún efecto ulterior al apartar a la persona de la convivencia ordinaria con su círculo afectivo, este alcance no contraviene la prohibición de *penas trascendentes* establecida en el artículo 22 de la Constitución, ya que se pondera con el legítimo ejercicio de la potestad punitiva del Estado.
- Las *repercusiones evitables* (y, por tanto, ilegítimas) que constituyen cargas o aflicciones no ponderables por innecesarias, desproporcionadas o injustas para sujetos distintos de la persona imputada o sentenciada.

Ahora bien, el *cumplimiento íntegro de las resoluciones judiciales* excluye así cualquier exceso o defecto no sólo en la ejecución de la pena privativa de libertad, sino también en la consideración de sus consecuencias sobre otras personas.⁵⁶

La Corte IDH en el caso López c. Argentina marcó un hito al reconocer los derechos de los familiares y en particular de las niñas y niños en relación con el traslado de personas PdL:⁵⁷

171. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte recuerda que las injerencias al derecho a la vida familiar recubren mayor gravedad cuando afectan los derechos de las niñas y niños. Según lo establecido en el artículo 19 de la Convención y de acuerdo al corpus iuris internacional referente a los derechos de niñas y niños, existe una

⁵⁵ LNEP, art. 144.

⁵⁶ CPEUM, artículo 17, séptimo párr.

⁵⁷ Corte IDH, Caso López y otros c. Argentina, párrs. indicados.

obligación de los Estados de escuchar a las niñas y niños en los procesos en los cuales se ven determinados o afectados sus derechos y ponderar su interés superior ante la medida más restrictiva de traslado de sus padres a centros de detención muy lejanos. [...]

246. La Corte concluye que al adoptar la decisión administrativa o judicial que establece el lugar de cumplimiento de pena o el traslado de la persona privada de libertad, es necesario tener en consideración, entre otros factores, que: [...] iv) la separación de personas privadas de la libertad de sus familias de forma injustificada, implica una afectación al artículo 17.1 de la Convención [...]

En cuanto a la justificación de la justicia de ejecución para proteger a *terceros*, sería absurdo reconocer la existencia de *derechos sin garantía*, o que las personas afectadas por los auxiliares de la justicia de ejecución tuvieran que acudir a una *instancia* distinta *para* reclamar justicia.

En el mismo sentido, a la luz de la interdependencia de los derechos humanos, también sería una contradicción proteger a las víctimas de delitos a través del sistema de justicia penal y, al mismo tiempo, que el Estado provoque *daños colaterales* a personas no involucradas en los asuntos que se persiguen. Tanto lo que ocurre dentro de la cárcel como sus efectos sobre sujetos no imputados son actos reclamables al Estado jurídicamente por la vía procesal más adecuada.

Ahora bien, en cuanto al alcance de las determinaciones de los jueces especializados en ejecución penal contra actos en perjuicio de personas no imputadas, una vez reconocido que están en juego sus derechos fundamentales, cabe ponderar en cada caso concreto si, como si las medidas adoptadas por las administraciones de los centros –desde los procedimientos de revisión a los visitantes que ingresan, hasta las decisiones de trasladar a un familiar o *desincorporar* de su función a todo un centro carcelario– son sensatas y ajustadas a las exigencias constitucionales del principio de proporcionalidad.⁵⁸

⁵⁸ Cfr., Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, Repositorio Universitario, UNAM, México, 2018, pp.16-35.

IV. Mujeres relegadas por finalidades mercantiles: el caso del CEFERESO 16⁵⁹

El análisis teórico realizado en los apartados anteriores cobra relevancia en casos como el de las muertes bajo custodia de trece mujeres privadas de su libertad que se quitaron la vida al interior del CEFERESO 16, ubicado en Coatlán del Río, Morelos. Enseguida se examina el caso a partir de su documentación por parte de la CNDH.⁶⁰

En la recomendación, de 215 páginas, se llevó a cabo una amplia y detallada investigación de los hechos, como se muestra en el siguiente numeral, donde cada una de las víctimas es identificada con la letra “V”:

344. Otra de las características coincidentes de las mujeres privadas de su libertad que incurrieron en el suicidio fue el distanciamiento con sus redes sociales de origen, en virtud de que este universo de mujeres privadas de la libertad, eran originarias de los estados de Chihuahua, Coahuila, Michoacán y de lugares que pertenecen al Valle de México, tales como Ciudad de México, Estado de México y Morelos y al menos de V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7 y V8, la visita familiar que recibían era escasa, por lo que **la nula presencia de las redes familiares en las visitas, en definitiva causa un efecto severo en el estado emocional de las personas privadas de la libertad**, en razón de que la familia significa la red social de apoyo inicial, tales complicaciones atienden principalmente a la distancia territorial que existe entre ellas, su familia y la falta de recursos económicos para realizar los traslados e inclusive la falta de tiempo para cubrir los roles que las familiares mujeres “deben” cumplir, como es la maternidad, este último contexto, sin duda reafirma que el abandono de las mujeres privadas de la libertad, también parte del hecho de los “roles” que mujeres cuidadoras (familiares mujeres) “cumplen”,

⁵⁹ La *relegación* fue una pena establecida en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y para toda la República en materia federal de 1931, cuyo artículo 27, establecía: “La *relegación* en colonias penales se aplicará a los delincuentes declarados judicialmente habituales o cuando expresamente lo determine la ley”. Esta figura se derogó según publicación en el *Diario Oficial* de la Federación el 5 de enero de 1948. [Pese a ello, en los años subsecuentes, las Islas Marias continuaron albergando a personas *relegadas* a la par de otras trasladadas ahí voluntariamente].

⁶⁰ CNDH, Recomendación 276/2023, del 15 de diciembre de 2023. p. 1.

es así que en su mayoría de las mujeres que materializaron la conducta suicida, es decir (V1, V2, V3, V4, V5, V6, V7, V8) no tenían contacto con el exterior de forma adecuada, como en el caso particular de V3, quien no contaba con familia y por ende no tenía visita familiar, y en este último supuesto, también se encontraba V6, por lo que estaban en una situación completa de abandono, e inclusive en el caso de V4, la familia se vio en la necesidad de solicitar una prórroga para acudir por ella una vez fallecida, a falta de solvencia económica para cubrir los gastos que de ello derivaran y su traslado, por lo que la autoridad penitenciaria no puede excusarse en que se les permiten llamadas telefónicas y con ello se cumple con el contacto al exterior suficiente que debe existir con sus familiares, toda vez que un mayor beneficio emocional se obtiene al establecer vínculos familiares presenciales, en los que el acercamiento físico resulta indispensable para el cumplimiento de dicho objetivo [énfasis agregado].

También llama la atención el reconocimiento reiterado en más de diez ocasiones a lo largo de la Recomendación, que vincula las lamentables muertes con el “clima emocional” que prevalecía en el centro de internamiento. Aunque en dicho instrumento no se profundiza en el concepto empleado, las condiciones de internamiento pueden visualizarse a partir de la siguiente aportación de la periodista Isabel Guillén,⁶¹ quien recoge testimonios de mujeres que estuvieron detenidas en este centro:

El régimen de una cárcel federal es, en general, muy restrictivo. Las presas están 23 horas al día dentro de la celda. Las llamadas están limitadas a una a la semana, de máximo 10 minutos. Las visitas se permiten cada 11 días. La vigilancia y el control es total. La mayoría de los módulos del Cefereso16 tiene el váter dentro de la celda, pegado a los barrotes, sin ninguna pared de por medio: las mujeres hacen sus necesidades mientras son vistas desde la entrada.

“Pasan muchos días sin bañarse por falta de autorización”. “No cuentan con insumos de higiene personal ni para el aseo de los espacios”. “Permanecen en sus estancias prácticamente las 24 horas del día, sin posibilidad de salir”. “Carecen de actividades de cualquier tipo: laborales, de capacitación, deportivas, educativas, culturales

⁶¹ Guillén, Beatriz, “Tragedia en la cárcel de mujeres: así estalló la ola de suicidios en el CEFERESO 16”, *El País*, 21 de mayo de 2024.

o recreativas. Por lo que se limitan a dormir, hablar con sus compañeras en caso de encontrarse cerca de alguna de ellas y esperar que pasen los días para realizar su llamada telefónica programada”. “Si las mujeres optan por comunicarse con su defensa dicha comunicación les es contabilizada como la llamada semanal que les permiten”. “Hay riñas sin intervención de las autoridades”. “El personal de custodia y seguridad es insuficiente a pesar de que la población de mujeres que se aloja corresponde a la mitad de la capacidad total. Las mujeres no pueden acceder a actividades al no haber personal suficiente que las traslade y supervise”.

En palabras de Tania, que estuvo más de ocho años en prisión preventiva en el 16: “¿Por qué las directoras se enfrentaron a una situación de suicidio? Porque no hay nada que hacer. ¿Sabes qué hay para hacer? Arrancarte el cabello, comerte el cabello, las uñas, lastimarte”. Sigue: “Hay tres maestros de deporte para más de 1.000 mujeres y 10 módulos. En el papel pone que te toca deporte, pero pues haz lo que tú quieras porque no hay maestros. Después te toca psicología pero pues no hay suficientes psicólogos. Te toca un taller, pero no hay fondos, entonces no hay material. No hay ni hojas de papel”. Termina: “Prácticamente, si estás en el Cefereso es como enterrarte en vida, seas o no culpable”.

Lo que sigue se basa en la ubicación del centro y en el “clima emocional” al que se refiere la Recomendación, como dos aspectos del contexto componentes de la universalidad de los derechos humanos, tal como se señaló al principio de esta colaboración.

1. Localización del centro y ubicación de las internas

Además de analizar la justificación de un traslado a este centro o el trato y condiciones de reclusión o incluso las muertes bajo custodia, es necesario partir del presupuesto básico de que el encarcelamiento en general y la creación de establecimientos específicos constituyen una decisión pública. En efecto, tales circunstancias jurídicas no pueden ser consideradas como un *hecho dado* o consumado por la sola decisión de una autoridad que –además– funge como auxiliar de la justicia. Lo contrario equivaldría a legitimar que todos los demás actores públicos involucrados, incluyendo la autoridad judicial, deban ir “a remolque” de aquella

decisión administrativa. Si así fuera, se estaría colocando la carreta por delante de los bueyes.

Como se desprende de los datos aportados por la investigación de la CNDH, el lugar específico donde se encuentra emplazado el centro en cuestión está estrechamente relacionado con la incomunicación que experimentan las internas, lo que a su vez podría estar en el origen de la angustia que desencadenó las muertes bajo custodia, *explicadas* como suicidios en *la voz* de la autoridad administrativa. Lo anterior deriva de actos jurídicos específicos, que constituyen una *forma moderna de esclavitud* consistente en la *relegación* geosocial de las reclusas con fines comerciales. Si no se aborda este aspecto, se pasa por alto el origen del problema.⁶²

Cabe destacar que, en el caso de este CEFERESO, no existe un exceso de población en relación con su capacidad instalada. A pesar de ello, en la raíz del problema está la falta de justicia de ejecución para las mujeres ahí internadas (y su círculo afectivo), al privarlas de espacios adecuados en sus lugares de origen, entre otras razones porque no existen dichas instalaciones, no son suficientes o, en definitiva, resultan inadecuadas.

Un análisis constitucional y de justiciabilidad de los derechos humanos seriamente comprometidos en este establecimiento requiere considerar el *derecho al centro natural de las mujeres* allí recluidas, a la luz del precedente constitucional citado respecto del reconocimiento del derecho de las personas indígenas a ser internadas en el lugar más cercano a su domicilio.

Tal violación al derecho a un *centro natural* por parte de la autoridad administrativa también es evidente a la luz de otro precedente histórico establecido en la jurisprudencia del Pleno de la SCJN, que reafirma que la modificación de sentencias, incluyendo “el traslado de sentenciados” y otras cuestiones centrales de la ejecución penal permanecen bajo control judicial.⁶³

⁶² Véase Sarre, Miguel y Morey, Juan, “¿Está preparada la justicia mexicana para aplicar su nueva legislación de ejecución penal?”, en Slokar, Alejandro, Gabriela Gusi y Mariela Barresi, *Dolor y punición*. Ediar, Buenos Aires, 2022, pp. 330-340. *Separata* consultable en: https://bit.ly/Está_preparada.

⁶³ “Modificación de las penas. La determinación relativa al traslado de sentenciados de un centro penitenciario a otro está reservada al Poder Judicial, conforme al artículo 21, párrafo tercero, de la Constitución

Llama la atención que la CNDH no haya reparado sobre el precedente citado y que tampoco haya invocado el marco constitucional aplicable para examinar el contexto jurídico y material en el que ocurrieron estas violaciones, centrándose en la investigación de las muertes, más que en sus causas.

En efecto un lugar de detención –por sí mismo ilegal– no puede considerarse como el *centro natural* de nadie, lo que requiere la intervención del Instituto Federal de Defensoría Pública (IFDP) para acudir ante las instancias judiciales, a fin de prevenir nuevas violaciones y reparar las ocurridas.

2. El "clima emocional"

Las estructuras de poder y obediencia en el CEFERESO 16 constituyen un esquema de violencia institucionalizada del que la *relegación* –como sanción ilegalmente reinstaurada– forma parte. Esta violencia estalla en formas de autodestrucción como las vividas por las mujeres ahí presas.

Tal esquema de gestión no es un acontecimiento de la naturaleza, sino el resultado de una cadena de decisiones estrechamente vinculadas al modelo de funcionamiento de esta instalación, influenciado por las prisiones de alta seguridad de los Estados Unidos de América.⁶⁴

Tal modelo, totalmente contrario al reconocimiento constitucional y legal de la dignidad de las mujeres y, en algunos casos, de sus hijos pequeños en reclusión, puede ser remediado a través de los procedimientos previstos en la LNEP y, subsidiariamente, en el juicio de amparo, que puede motivar la intervención decisiva del Poder Judicial de la Federación (PJF).

Parece evidente que, para estas funciones, los organismos estatales se enfrentan a una enorme inercia y resistencia que sólo pueden afrontar con éxito con la protección que les confiere su mandato legal y su independencia.

Política de los Estados Unidos Mexicanos". Tesis: P/J. 20/2012, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. Décima Época, Libro XIII, Tomo 1, página 15, octubre de 2012. Registro digital: 2001968

⁶⁴ Cfr. Sarre, Miguel y Ma. Fernanda Muñoz, "El extractivismo en las cárceles mexicanas", *Nexos*. El juego de la Corte. 24 de noviembre de 2022.

El hermetismo –innecesariamente impuesto al interior de este centro– puede verse en el boletín del IFDP del que se desprende que fue necesario interponer un amparo contra su dirección para tener acceso a la información de una nueva muerte en custodia, ocurrida mientras se redactaba esta colaboración.⁶⁵

Ello llevará a identificar y, es de esperarse, acortar significativamente la distancia entre las exigencias normativas y la realidad respecto a la población general en prisión y a los colectivos vulnerables que más directamente interpelan a la conciencia pública, de modo que la suma o multiplicación de sus acciones conduzca a una *prisión con ley*.⁶⁶

Corolario

Como es evidente en el lamentable caso documentado de la muerte de mujeres bajo custodia, la vulnerabilidad y mejora de la situación de éste y otros colectivos en prisión quedan a la deriva fuera del marco del Estado de derecho.

En efecto, por un lado, la jurisdiccionalidad se erige como un poderoso instrumento para reordenar la prisión y ello, no porque la judicatura esté *cortada con un patrón distinto*, sino por las virtudes de la independencia judicial aunadas a un debido proceso como instrumentos de un sistema procesal adversarial y oral de ejecución penal, cuyas resoluciones no sólo son coercibles, sino que pueden además estar dotadas de efectos generales.⁶⁷

Con el despliegue de las funciones asignadas convencional, constitucional y legalmente a cada actor de este escenario, serán posibles los cambios requeridos. Entre otros, lograr la visibilidad y el respeto debido a los familiares y al núcleo afectivo cercano de las personas-PdL, y acabar con la *relegación de las mujeres* por motivos mercantiles o con cualquier otro propósito ilegítimo.

⁶⁵ Cfr. IFDP, Boletín de prensa 13/2024, “Derivado del amparo indirecto presentado por el IFDP, autoridades penitenciarias confirman fallecimiento de mujeres”, 1 de junio de 2024.

⁶⁶ Expresión original de Alberto Bovino, jurista argentino.

⁶⁷ LNEP, artículo 128.

A su vez, la necesidad de secularización de la prisión es evidente: cuanto más vulnerable es un colectivo, más necesario se torna asumir con todas sus consecuencias la dignidad de sus integrantes, rechazando la degradación inaceptable de considerarles como personas *resocializables*, *reeducables* o *readaptables*. Dichas nociones son (otras) formas de *despersonalizar*, en tanto consideran como objetos a quienes integran tales colectivos, bajo *falsos garantismos* que terminan por justificar intervenciones *en el cuerpo, la personalidad o la integridad* de las personas. Obviamente la misma dignidad es también un dique contra *falsos utilitarismos* que parten de considerar que en la ejecución penal no cabe la justicia, sino la venganza.

De ahí la importancia de analizar y seguir poniendo en cuestión la forma en que las matrices paternalistas o autoritarias de la prisión potencian la vulnerabilidad de colectivos específicos: desde las ideologías correccionalistas, la pretendida *mejora de la persona* con su sistema de *progresividad de grados*, por un lado, hasta la doctrina de la *sujeción especial* y la retribución sin límites, por el otro.

La *provocación*, en el mejor sentido de la palabra, que ha significado la OC 29/22, contribuye a rescatar los derechos en prisión ante su *impasse* entre el discurso *correcional* y el embate de la demagogia punitiva. Así, la protección *del más débil* abarca la renovación de la mirada hacia las personas en reclusión. Esta circunstancia podría develar –a su vez– un camino posible para refrescar el pensamiento sobre la prisión, partiendo del desarrollo de los derechos humanos de las últimas décadas y desligándolo de las fuertes inercias con las que carga.

Bibliografía

A. Libros, revistas y fuentes hemerográficas

ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (APT), *Violencia contra mujeres indígenas privadas de libertad y en contacto con las fuerzas de seguridad*, Ginebra, 2021.

BAHENA, Mario, “De cárceles y criminales. Manuel Payno y sus estudios sobre las cárceles. Discursos en torno a la criminalidad y la reforma penitenciaria en México a mediados del siglo XIX”, *Revista de Historia de las Prisiones*, núm. 8, 2019.

BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2004.

CNDH. Recomendación 276/2023, diciembre de 2023. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2024-01/REC_276-2023.pdf

DE SA E SILVA, Fabio, ENGSTROM, Par *et al.*, *Respondiendo a la tortura. Perspectivas Latinoamericanas sobre un desafío global*. International Bar Association's Human Rights Institute y Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020. Disponible en: <https://www.ibanet.org/article/326a3bef-4e72-4195-9ddc-2fec7775064e>.

GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. 2a. ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2006.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Patricia, SARRE, Miguel *et al.*, *Derecho de ejecución penal: Tendencias hacia la legalidad en las prisiones*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2023. Disponible en: <http://www.libros.unam.mx/derecho-de-ejecucion-penal-tendencias-hacia-la-legalidad-en-las-prisiones-9786073084185-ebook.html>.

GUILLÉN, Beatriz, “Tragedia en la cárcel de mujeres: así estalló la ola de suicidios en el CEFERESO 16”, *El País*, 21 de mayo de 2024.

HALPER, Jeff y REIFER, Tom, “Beyond ‘the right to have rights’: creating spaces of political resistance protected by human rights”, *The international journal of human rights*, 2019, vol. 23, num. 5, 2019.

HERNÁNDEZ CHONG, Cuy, María Amparo, “El derecho humano a cumplir las penas de prisión en un lugar cercano al domicilio. Dimensionar la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Escuela Judicial, núm. 33. México, 2012.

HUNT, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Tusquets Editores, Barcelona, 2009.

IFDP, “Derivado del amparo indirecto presentado por el IFDP, autoridades penitenciarias confirman fallecimiento de mujeres”, *Boletín de prensa 13/2024*, 1 de junio de 2024.

Informe de la Comisión de investigación del Senado de la República Francesa sobre las condiciones de detención en los establecimientos penitenciarios, creada por resolución de 10 de febrero de 2000. [Consultado 30 de mayo de 2024 <https://www.senat.fr/rap/l99-449/l99-449.html>].

LA TORRE, Massimo, *La justicia de la tortura. Sobre derecho y fuerza*, Editorial Trotta, Madrid, 2022.

MBEMBÉ, Achille, *Crítica de la razón negra. Ensayo sobre el racismo contemporáneo*, Futuro Anterior ediciones y Nuevos emprendimientos editoriales, Barcelona, 2016.

MOREY, Juan, “Un derecho de ejecución penal autónomo y de raíz latinoamericana”, en Vacani, Pablo y Alderete Lobo, Rubén, *Nuevo Derecho de Ejecución Penal*, núm. 3. Editores del Sur, Buenos Aires, 2023, Disponible en <https://bit.ly/AutonomíaDEP>.

- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2003.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política Penitenciaria*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- SÁNCHEZ Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad. Repositorio Universitario*. UNAM, México, 2018.
- SARRE, Miguel y MANRIQUE, Gerardo, *Sistema de Justicia de Ejecución Penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México*, Tirant Lo Blanch, México, 2018.
- SARRE, Miguel y MUÑOZ, Ma. Fernanda, “El extractivismo en las cárceles mexicanas”, Nexos, *El juego de la Corte*, 24 de noviembre de 2022.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, *Los derechos en acción: obligaciones y principios de derechos humanos*, 2a. Ed., FLACSO, México, 2021.
- SILVA GARCÍA, Germán “Ideologías punitivas y tratamiento penitenciario”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 7, julio-diciembre 1999. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/926/880>.
- SLOKAR, Alejandro, GUSIS, Gabriela *et al.*, *Dolor y punición*, Ediar, Buenos Aires, 2022.
- SLOKAR, Alejandro, “La ley de los sin ley”, en Zaffaroni, Raúl, *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Buenos Aires, 2012.
- SLOKAR, Alejandro, “Forma-Estado democrática y actuación penitenciaria (Poder y Libertad en el ámbito carcelario)”, en *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, núm. 66, 1996, pp. 29-33.
- VACANI, Pablo Andrés, “Reformulación de los principios de la ejecución penal a través de la noción de acto o hecho del proceso”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año IX, núm. 2, marzo de 2019, pp. 187-191.

VIDELA, Rodrigo, *Las fuerzas del mal. Descolonizar el derecho penal nuestroamericano*, Ediciones OnA, Buenos Aires, 2023. Disponible en <https://www.criminaliaweb.com>

ZAFFARONI, E. Raúl, “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales” en Maier, Julio B. J. y Binder, Alberto (comps), *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1995.

B. Legislación nacional

LNEP, *Diario Oficial de la Federación*, 16 de junio de 2016.

C. Precedentes emitidos por la SCJN

1. Pleno

SCJN, Jurisprudencia por reiteración. 20/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. Libro XIII, Tomo 1 página 15, octubre de 2012. Registro digital: 2001968.

2. Primera Sala.

SCJN, Tesis: 1a./J. 21/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 4, Tomo I, página 354. Marzo de 2014. Registro digital: 2005918.

D. Precedentes emitidos por otros tribunales

Pleno Regional en Materia Penal de la Región Centro-Norte. Tesis de Jurisprudencia PR.PT.CN. J/11 P (11a.), publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época. Libro 37, Mayo de 2024, Tomo III, página 3031. Registro digital: 2028767.

E. Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano

1. Casos contenciosos

Corte IDH, Caso *López y otros vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2019.

2. Opiniones Consultivas

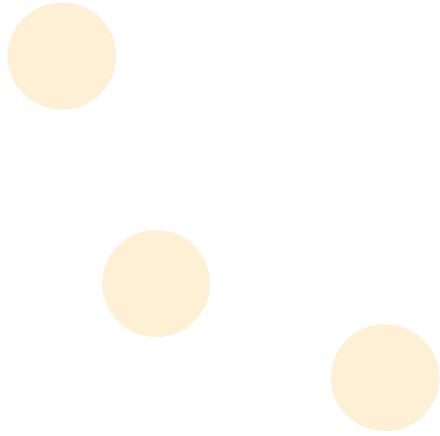
Corte IDH, Opinión Consultiva OC 29/22, *Enfoques Diferenciales para Ciertos Grupos de Personas Privadas de Libertad (Interpretación y Alcance de los Artículos 1(1), 4(1), 5, 11(2), 12, 13, 17(1), 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros Instrumentos relativos a la Protección de los Derechos Humanos)*, 30 de mayo de 2022. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_29_esp.pdf.

F. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

League of Nations, Penal and Penitentiary Questions, *Reglas Mínimas para el Tratamiento de Prisioneros*, 1934. Disponible en <https://bit.ly/ReglasLigaNaciones>.

G. Medios audiovisuales

IIJ-UNAM. *Seminario permanente de análisis de temas o decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Sesión sobre “Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de libertad, a propósito de la OC 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Mesa 1, febrero de 2023.



Capítulo

2.

Perspectiva de género interseccional para mujeres privadas de la libertad. Práctica judicial de compensación por trato punitivo ilegal por razones de género en México y Argentina

Gabriela L. Gusic*
Michell Gutiérrez Padilla**

* Abogada por la Universidad de Buenos Aires; Especialista en Constitucionalismo y Garantismo (UCLM) y en Estudios de Derecho Crítico y Derechos Humanos (CLACSO); doctoranda en Ciencias Jurídicas por la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC); Profesora de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de las Universidades Nacionales de Buenos Aires, La Plata y Avellaneda, Argentina; Profesora y Coordinadora de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina y Profesora Titular en el *Curso Especializado de Derecho de Ejecución Penal*, impartido en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; Profesora en la Diplomatura en Ejecución Penal de la UNCAus. Es investigadora categorizada en el sistema nacional; Secretaria del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires; Directora del Seminario de Investigación Permanente en perspectivas de género de la Universidad Abierta Interamericana. Ha publicado y contribuido con numerosos artículos, investigaciones académicas y libros sobre Derecho penal, Derecho de ejecución penal y género, entre las que se destacan *Poder Punitivo y poder patriarcal*, *diálogos desde la crítica latinoamericana*; *Dolor y punición, insumos para la investigación*; *Penas ilícitas y hermenéutica jurídica*; *La medida cualitativa de prisión y Ley Nacional de Ejecución Penal Mexicana comentada*. Es Profesora invitada de distintas universidades latinoamericanas y Secretaria adjunta de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. ggusis@derecho.uba.ar.

** Abogada por la Universidad de Guanajuato, México. Especialista en Derecho penal y de Ejecución penal, Perspectiva de género y Derechos Humanos. Profesora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Actualmente es integrante en la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Perspectiva de género interseccional para mujeres privadas de la libertad. Práctica judicial de compensación por trato punitivo ilegal por razones de género en México y Argentina. Introducción. A. La criminalización de las mujeres en las Américas. B. La necesaria aplicación del enfoque de género interseccional en la ejecución penal. C. Estándares internacionales en la región sobre el enfoque de género interseccional. D. Los tribunales mexicanos y argentinos frente a la obligación de juzgar con perspectiva de género interseccional. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El objetivo de este capítulo es analizar los estándares internacionales en la región y marco normativo aplicables sobre la obligación de juzgar con perspectiva de género interseccional para abordar el trato punitivo que sufren las mujeres privadas de la libertad (PdL), desde dicha perspectiva. Si bien, no desconocemos que la perspectiva de género nos atraviesa a todas las personas en formas distintas y configura relaciones de poder que afectan desproporcionadamente a las mujeres y personas de la diversidad sexual en muchos contextos; en esta ocasión, nos enfocaremos en su aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales especializados, tratándose de mujeres en el contexto de la ejecución penal.

Con ello, reconocemos que utilizar un enfoque diferenciado de género para visibilizar el trato punitivo ilegal que resienten las mujeres en el contexto de las prisiones no es suficiente. En estos casos, es necesario además ser sensible a los factores de vulnerabilidad particular de cada mujer, que provocan una discriminación distinta sobre ellas.

Bajo el entendimiento de que las problemáticas que cruzan los contextos carcelarios en América Latina pueden tener coincidencias y con el fin de reflexionar sobre las buenas prácticas en la materia, analizaremos decisiones jurisdiccionales

de los ámbitos nacional y regional, para la materialización de los enfoques diferenciados; específicamente el cruce entre el enfoque de género y el enfoque interseccional. Con ello, proponemos como buena práctica judicial la incorporación jurídica de la compensación por trato o pena ilícita hacia las mujeres-PdL, que resienten una discriminación que se ve agudizada con motivo de las factores o identidades específicas.

En el orden expositivo señalado, en el primer apartado expondremos el marco contextual de criminalización de las mujeres en América Latina, particularmente abordaremos el fenómeno en relación con México y Argentina. Desarrollaremos sintéticamente la situación de prisionización femenina y los principales motivos de la selectividad penal¹ que conduce a las mujeres a los procesos penales en la región. Dicho contexto nos llevará a criticar la supuesta neutralidad en el sistema penal y hacer notar cómo el poder patriarcal confluye en el poder punitivo, lo que deriva en un impacto discriminatorio desproporcionado sobre las mujeres a quienes les atraviesan factores que podrían exacerbar su vulnerabilidad frente al poder punitivo estatal. Así, abordamos la necesidad de aplicar una perspectiva de género interseccional para resolver las problemáticas que se presentan en la ejecución penal, en el segundo apartado.

En el tercer apartado, desarrollaremos los estándares internacionales y regionales que los organismos especializados han emitido sobre la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres-PdL y la obligación de aplicar la perspectiva de género interseccional, particularmente en la actividad judicial.

En el cuarto apartado, expondremos cómo los tribunales argentinos y mexicanos han adoptado la obligación internacional de aplicar la perspectiva de género

¹ Zaffaroni ha explicado que el sistema penal ejerce un poder punitivo que criminaliza en función de estereotipos racistas, clasistas, xenófobos y sexistas que configuran la fisonomía del delincuente en el imaginario colectivo. A esta *selección criminalizante* de las personas obedecen las características comunes de las personas en prisión. Cfr. Zaffaroni, Eugenio R., “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Gusi, Gabriela y Farb, Laura (coords.), *Poder patriarcal y poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*, Ediar, Buenos Aires, 2020, pp. 35-49; y Zaffaroni, Eugenio R., et al., *Manual de derecho penal parte general*, 2a. ed., Ediar, Buenos Aires, 2007.

interseccional en procesos penales seguidos en contra de mujeres. Para ello, destacaremos dos sentencias, una de ellas emitida por la Cámara Federal de Casación Penal en Argentina, y la otra, emitida por la SCJN en México. En ambas, los tribunales constitucionales/penales referidos elaboraron un análisis con perspectiva de género interseccional en los casos puestos a su jurisdicción.

Desde este prisma de análisis, afirmaremos que la situación agravada de discriminación por razones de género, ocasionada por las vulnerabilidades específicas que atraviesan a las mujeres-PdL, constituye una pena ilícita. Por ello, en el quinto apartado, propondremos como buena práctica judicial que los órganos especializados en ejecución penal adopten medidas de compensación por trato punitivo ilegal por razones de género, para morigerar la pena, en especial aquella vinculada a la privación de libertad.

A. La criminalización de las mujeres en las Américas

La criminalización de mujeres y disidencias ha sido desatendida de los estudios más generalizados sobre la situación del sistema penal; en particular, no se ha puesto el foco en la prisionización.² Ello se ha debido, en cierto sentido, a la subrepresentación de las mujeres en el sistema penal formal y específicamente en la prisión. Las cifras generales de población penal indican que las mujeres y disidencias no representan más de un 10 % de las tasas de encarcelamiento. Abordaremos algunos de los posibles motivos más adelante.³

Los informes de Prison Studies⁴ más recientes –que consideran la información oficial enviada por los Estados– revelan, por ejemplo, que Argentina registra, a diciembre de 2022, 117,810 personas-PdL (incluyendo 12,757 detenidas en

² Safranoff, Ana y Tiravassi, Antonella, “¿Quiénes son las mujeres que están en prisión en América Latina? Características y desigualdades de género”, Documento de Trabajo núm. 002, Argentina, UNTREF, Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Seguridad y Violencia, 2017.

³ Ver acápite sobre la intersección del poder punitivo y el poder patriarcal.

⁴ Estos datos no informan sobre disidencias y cuerpos feminizados.

comisarías).⁵ Las mujeres representan el 4.1 % de la población prisionizada, lo cual equivale a 4,830 mujeres en prisión. Brasil registra al mismo año 839,672 personas-PdL;⁶ de las cuales, las mujeres representan el 5.4 % del total; es decir –en términos unitarios–, 45,342 mujeres prisionizadas.

Para marzo de 2024, México informó una total de 232,730 personas encarceladas,⁷ de las cuales, las mujeres representan el 5.7 % de la población en centros de reclusión; esto es, 13,273 mujeres privadas de su libertad. Por su parte, para abril de 2024, Colombia registró 102,414 personas prisionizadas,⁸ de las cuales el 6.4 % son mujeres, lo que indica un total de 6,440 mujeres privadas de su libertad. Los números de otros países de la región indican proporciones similares en cuanto a la cantidad de mujeres prisionizadas.⁹

Los movimientos feministas y los estudios orientados con perspectiva de género han puesto desde temprano el foco en aquella población en centros de reclusión invisibilizada, detectando problemáticas específicas que se presentan en el fenómeno. Como abordaremos más adelante, el sesgo androcéntrico del sistema penal y en especial del sistema carcelario, suele ser señalado como uno de los factores por los cuales no se investiga especialmente el encarcelamiento de mujeres e identidades feminizadas.¹⁰

El prisma de género en las investigaciones especializadas sobre encarcelamiento de mujeres arroja hallazgos que enlistamos en las siguientes notas:

⁵ Con una tasa de 254 personas cada 100,000 habitantes.

⁶ Con una tasa de 390 personas cada 100,000 habitantes.

⁷ Con una tasa de 174 personas cada 100,000 habitantes.

⁸ Con una tasa de 197 personas cada 100,000 habitantes.

⁹ En Ecuador, el 5.7 % de las personas encarceladas son mujeres; en Perú, se trata del 5.2 %; y en Venezuela asciende al 7.8%, siendo una de las más altas en encarcelamiento femenino de América del Sur junto con Uruguay (7.4 %) y Chile (7.9 %). Bolivia, por su parte, tiene un porcentaje de mujeres privadas de su libertad del 6.1 %. En la región centroamericana, los casos más llamativos son Guatemala, que registra un 12.1 % y El Salvador, del 7.4 % (que tiene una de las tasas por 100,000 habitantes más altas a nivel regional). Véase Institute for Crime and Justice Policy Research, Birkbeck University of London, *World Prison Brief*.

¹⁰ De Miguel Calvo, Estibaliz, “Encarcelamiento de mujeres. El castigo penitenciario de la exclusión social y la desigualdad de género”, en *Zerbitzuan Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria*, *Revista de servicios sociales*, Centro de Documentación y Estudios, España, núm. 56, 2014, pp. 75-86.

- **Aumento de la criminalización y prisionización de las mujeres**

Sin perjuicio del predominio porcentual de mujeres –y disidencias, de las cuales hay poquísimos datos oficiales– en la población penitenciaria general, en los últimos 30 años, la criminalización de mujeres y su encarcelamiento aumentó considerablemente en números reales.

El informe elaborado por WOLA señala que:

[l]a Lista mundial de mujeres encarceladas publicada en 2022 muestra que el número de mujeres y niñas detenidas en todo el mundo aumentó en un 60 por ciento desde el año 2000, mientras que el de hombres aumentó en un 22 por ciento. América Latina se encuentra especialmente mal parada en este aspecto, con estadísticas preocupantes en algunos países [...] se calcula que 95,000 mujeres están tras las rejas en el continente americano [excluyendo Estados Unidos], en comparación a las 37,671 que lo estaban en el año 2000, lo que supone un aumento de más del 150 por ciento.¹¹

- **Vulnerabilidad previa en las mujeres criminalizadas**

Las mujeres e identidades feminizadas que se encuentran criminalizadas secundariamente y encarceladas son, en general, personas previamente “vulnerabilizadas”: en situación de pobreza, con escasa educación o incluso con analfabetismo, con trabajos informales, en muchos casos provenientes de hogares monoparentales con hijos, hijas e hijes a su único cargo, que han vivido situaciones de violencia física y psicológica previamente.¹² Giacomello destaca que

La mayoría de estas mujeres procede de los estratos sociales más marginados y socialmente excluidos, y no cuenta con los medios económicos ni con el cono-

¹¹ Youngers, A. Coletta, *Liberarlas es justicia: Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento en América Latina*, WOLA, IPDC, Dejusticia, s.l., 2023, p. 6.

¹² García-Bores Espí, Josep y Rivera Beiras, Iñaki (coords.), *La cárcel dispar. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario*, OSPDH, Barcelona, 2016, p. 267.

cimiento legal o el capital social para proveerse de una defensa legal adecuada. Asimismo, una vez que son aprehendidas, las mujeres en reclusión suelen ser abandonadas a su suerte y dejadas en un estado de indefensa plena. Dicha situación se agrava en los casos de mujeres extranjeras, indígenas o de aquellas que son aprehendidas lejos de su lugar de origen y cuyas familias no cuentan con los medios para asistirles o ni siquiera se enteran de que su familiar ha sido detenida.¹³

- **Aumento en la criminalización femenina derivada del endurecimiento de políticas criminales de drogas**

Las tasas de criminalización femenina por cuestiones relacionadas con delitos vinculados a drogas se han incrementado en los últimos veinte años en la región.¹⁴ Al respecto, la Oficina de Washington para Asuntos Latinoamericanos (por sus siglas en inglés, WOLA) señala en su informe que:

[...] el porcentaje de mujeres encarceladas por motivos relacionados con las drogas en América Latina es mucho mayor que el de los hombres. Si bien las tasas varían según el país, el porcentaje de mujeres encarceladas por drogas puede oscilar entre el 40 y el 80 por ciento de la población carcelaria femenina [...] Los datos recopilados para un informe de la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos [WOLA]¹⁵ publicado en 2020 muestran que en Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá y Perú, la proporción de mujeres encarceladas por razones relacionadas con drogas es al menos un 30 por ciento mayor que en el caso de los hombres que están tras las rejas en esos países [...] también muestra que un mayor porcentaje de mujeres que de hombres se encuentra en detención preventiva por casos de drogas.¹⁶

¹³ Giacomello, Corina, “Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina”, Documento informativo del IDPC, 2013.

¹⁴ También se señala que: “Las relaciones de género son otro elemento causal de cómo y por qué las mujeres cometen delitos de drogas, puesto que suelen involucrarse en estos actos ilícitos a partir de sus relaciones familiares o sentimentales, ya sea como novias, esposas, madres e hijas, y en cumplimiento de los roles asignados por relaciones de género marcadas por una asimetría entre hombres y mujeres”. *Ibid.*, p. 2.

¹⁵ Véase Youngers, A. Coletta et al., *Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina. Lo que los números evidencian*, WOLA, s.l., 2020.

¹⁶ Youngers, A. Coletta, 2023, *op. cit.*, p. 7

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado en su reciente informe temático que: “[se] identifica que el incremento en el número de mujeres detenidas en la región deriva principalmente del endurecimiento de las políticas criminales de drogas y de la falta de perspectiva de género para abordar la problemática”.¹⁷

- **La reproducción de la estructura patriarcal en las cárceles**

La agencia penitenciaria responde a modelos androcéntricos y las cárceles se encuentran principalmente pensadas para hombres; por lo que, la condición de internamiento o detención de mujeres enfrenta problemas específicos que se proyectan sobre mayores índices de incumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y género: desde la infraestructura hasta el trato, las expectativas y pautas señaladas desde la agencia penitenciaria presentan obstáculos para avanzar hacia la reinserción social, talleres, entre otros.¹⁸

Los derechos más vulnerados y actos de violencia por no contemplar cuestiones de género¹⁹ sobre mujeres presas se relacionan con el tratamiento de la salud: no hay estructura médica acondicionada para abordar temas relacionados con especialidades médicas como la ginecología y la obstetricia, ni programas específicos de salud mental orientados a problemáticas específicas. En el caso de mujeres alojadas con niños y niñas, tampoco se contempla la atención primaria pediátrica.²⁰

¹⁷ CIDH, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 91/23, *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, 2023, p. 9.

¹⁸ Antony, Carmen, *Hacia una criminología feminista. Violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos*, Undav-Avellaneda, Argentina, 2017; y, Casal, Paula, “El género en las cárceles”, en Slokar, Alejandro (dir.), *Dolor y Punición*, Ediar, Argentina, pp. 497 y ss.

¹⁹ En el contexto de las prisiones existen manifestaciones de violencia por razones de género que pueden pasar desapercibidas o ser concebidas como insignificantes. Sin embargo, la violencia aun en sus formas más “mínimas” podría implicar una grave afectación a la dignidad humana de las mujeres privadas de su libertad. Los actos de violencia a los que se refiere la Comisión podrían significar un descuido en las necesidades propias del género, tales como atención médica gineco-obstétrica de calidad, que los espacios no estén acondicionados para sus hijas, hijos e hijes que les acompañan en el internamiento, o la imposibilidad de elegir su ropa interior de preferencia, por mencionar algunos. Véase Gutiérrez Padilla, Michell y García Martínez, Luis Alfredo, “El género está en los detalles: rutas para garantizar el enfoque diferenciado de género en la ejecución penal”, en *Derecho de Ejecución Penal. Tendencias hacia la legalidad en las prisiones*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, pp. 176-204.

²⁰ Procuración Penitenciaria de la Nación, La Plata; 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*

- **Tortura sexual en las prisiones**

Uno de los actos de violencia más comunes en las prisiones es la práctica de tortura.²¹ Esta práctica cometida contra mujeres, en muchas ocasiones, constituye una expresión de violencia de género.²² La Corte IDH ha referido que, para ser considerada tortura, la violencia sexual debe ser intencional, causar un sufrimiento severo a la víctima y perseguir fines de intimidación, degradación, humillación, castigo, control, lo cual debe evaluarse en cada caso específico.²³ Por ejemplo, cuando en el contexto carcelario la autoridad penitenciaria obliga a una mujer privada de su libertad a quitarse la ropa. La desnudez forzada constituye una forma de tortura sexual.²⁴

Alves considera que: “la situación de las mujeres presas llega a tener sufrimientos todavía más perversos. Si son gestantes muchas no tienen acceso a exámenes obstétricos y hay relatos de partos, sin asistencia, realizados en celdas y de mujeres, en trabajo de parto, esposadas en clínicas”.²⁵ En este punto, cabe destacar que las autoridades se encuentran en una posición especial de garante frente a las personas-PdL y, como tal, asumen deberes específicos de respeto y garantía de los derechos fundamentales de estas personas.²⁶

condenada”. Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad, Procuración Penitenciaria de la Nación, Buenos Aires, 2019.

²¹ La tortura, en general, se encuentra profundamente arraigada en el sistema penal mexicano. Al menos el 64.4 % de mujeres privadas de su libertad reportaron haber sufrido algún acto de violencia por parte de los agentes aprehensores al momento de su detención y durante su traslado al Ministerio Público. Al llegar al Ministerio Público, al menos el 50 % señalaron que fueron incomunicadas y aisladas, el 50.5 % fue insultada, más del 65 % fue amenazada con causarle algún daño a ella o a su familia. Cfr: INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de su Libertad 2021, Principales resultados, México, 2021, pp. 62.

²² El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Tortura ha indicado, en un informe específico sobre tortura y malos tratos a mujeres, niñas y personas LGBTI+, que: “este tipo de vejaciones suelen estar motivadas por ciertos estereotipos sobre el papel procreador de la mujer e infligen un sufrimiento físico y psicológico que puede constituir malos tratos”. ONU, A/HRC/31/57, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016, párr. 47.

²³ Corte IDH. *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 193.

²⁴ SCJN, Amparo Directo en Revisión 6498/2018, Ministro Ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de noviembre de 2022, pp. 26-28.

²⁵ Alves Tamires, María, “Las violencias intrínsecas e la privación de libertad: El estudio de caso brasileño”, en Slokar, Alejandro (dir.), *Dolor y Punición*, Ediar, Buenos Aires, 2022, p. 287.

²⁶ Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 159.

- **Vulneración de los derechos de niñas, niños y niñas en prisión**

La prisionización de mujeres se proyecta sobre la familia: un alto porcentaje de mujeres presas son madres o se encuentran embarazadas. Muchas legislaciones prevén el alojamiento penitenciario junto a hijas, hijos e hijes en la primera infancia; sin embargo, no existen condiciones de habitabilidad para niños, niñas y adolescentes (NNA) que resguarden el interés superior de la infancia y tampoco se orientan políticas públicas hacia el fortalecimiento del vínculo materno infantil. La vivencia de la prisión repercute en la vida de la infancia en términos físicos y psicológicos naturalizando prácticas propias de la institución total y situaciones de privación de libertad y violencia.²⁷

- **La pena privativa de libertad trasciende de las mujeres madres y cuidadoras principales en reclusión**

El efecto extensivo de la prisionización de mujeres madres también se proyecta sobre la vida familiar de infancias y adolescencias, de madres y del núcleo familiar primario que no reside con ellas, haciendo extensiva la pena a personas ajenas al hecho. Las familias se ven quebrantadas, las rutinas modificadas, el vínculo madre-hijos se suspende. Incluso, en el orden económico se agrava la situación familiar, lo cual repercute social y psicológicamente sobre estas personas, que en general son también mujeres o niñas vulnerables. Al respecto, la Comisión ha enfatizado que el encarcelamiento femenino ocasiona impactos diferenciados y consecuencias desproporcionadas tanto para las mujeres como para las personas que se encuentran bajo su cuidado, en particular respecto de su condición de madres y principales cuidadoras.²⁸

- **Impacto diferenciado del encierro por razones de género**

La pena de prisión tiene efectos distintos en mujeres y hombres. Las instituciones legales, las normas jurídicas, así como las prácticas judiciales y penitenciarias,

²⁷ CIDH, *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, op. cit., p. 98.

²⁸ *Ibidem*, p. 9.

suelen desconocer este impacto diferenciado de la cárcel por razones de género e invisibilizar los requerimientos propios de las mujeres. La afectación desproporcionada provocada por la hostilidad de las prisiones hacia las mujeres provoca un sinnúmero de afectaciones a sus derechos. Aunado a lo anterior, la sanción penal trasciende a sus personas allegadas, provocando vulnerabilidad en su núcleo familiar y desmembramiento de las familias.²⁹

- **Ruptura de sus vínculos familiares y dificultad en las visitas**

Las mujeres prisionizadas quedan aún más excluidas con la reclusión que los hombres: la cantidad de prisiones femeninas –en los países en los que están netamente divididas– son escasas y geográficamente se encuentran distribuidas en territorios muy distantes unos de otros, lo cual, dificulta la llegada de las visitas familiares o la mantención de los vínculos sociales preexistentes. En caso de compartirse unidad carcelaria, pero con espacios separados femeninos y masculinos, también sucede que las visitas son escasas, pues se ha señalado que son en general las mujeres quienes visitan las unidades y a sus familiares.

A ello se suman, habitualmente, el costo económico que representa el acercamiento a las unidades penitenciarias y los mecanismos intrusivos de requisas a las mujeres e infancias que, en muchos casos, orientan el desistimiento de la visita. Tanto la CIDH como la Corte IDH han indicado que “usualmente las cárceles femeninas se encuentran en áreas remotas o inaccesibles, o a grandes distancias de los hogares familiares. Ello se debe a la ausencia de suficientes centros de detención para mujeres; así como a la falta de consideración de la vida familiar de las mujeres cuando se decide sobre su alojamiento”.³⁰

²⁹ En el informe *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, también se refirió que: “Existe una gran desproporción entre el daño social que producen los delitos por los que principalmente se encarcela a las mujeres en el sistema federal y el castigo al que son sometidas, no sólo por la duración de las condenas, sino sobre todo por las consecuencias que acarrea para ellas y para sus familias la privación de libertad (preventiva o con sentencia)”. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, p. 4.

³⁰ CIDH, *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, op. cit., pp. 53-54.

- **Trato punitivo ilegal por razones de género.** Las investigaciones señalan que la ausencia de políticas públicas con perspectiva de género y la priorización del interés superior de la infancia conllevan, además, una serie de problemáticas específicas que socavan los derechos de las mujeres e identidades feminizadas-PdL, lo cual impone un trato punitivo desigual, discriminatorio y estigmatizante particular.³¹
- **Falta de políticas penitenciarias que respondan a necesidades específicas.** En su informe, la CIDH alertó sobre la situación especial de riesgo y las graves afectaciones que enfrentan las mujeres en el contexto de la privación de su libertad, ante la falta de medidas que responda a sus necesidades específicas derivadas del género y otros factores de discriminación.³²

A continuación, daremos un contexto breve sobre la situación de las mujeres que se encuentran privadas de su libertad en Argentina y México. Esta información deriva del conjunto de literatura generada por instituciones gubernamentales, organismos de derechos humanos regionales y organizaciones de la sociedad civil en Latinoamérica.

I. Las mujeres-PdL en Argentina

De acuerdo con los datos del Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena, hacia diciembre de 2022, la población penitenciaria estaba compuesta por: 100,607 varones; 4,256 mujeres; 135 mujeres trans; 53 varones trans y 2 per-

³¹ Corina Giacomello indica que: “En el contacto con el sistema de justicia penal y penitenciario, las mujeres suelen ser sometidas a formas de violencia específicas. El hecho de que constituyan una minoría en todos los sistemas penitenciarios del mundo subyace su invisibilización y subsecuente discriminación en el sistema carcelario. Algunos aspectos señalados en distintos estudios sobre el tema son: la falta de centros propios para mujeres; las violaciones y el abuso sexual ejercido por el personal de los centros en contra de las mujeres; la existencia de redes de trata entre secciones femeniles y varoniles; la falta de atención a los problemas de salud mental, más agudos en el caso de las mujeres que entre los hombres en prisión; los daños infligidos sobre las hijas e hijos de las mujeres en prisión, en el caso de los que viven con ellas como de los que están afuera; la menor oferta de oportunidades educativas, laborales y de capacitación, entre otros.” en Giacomello, Corina, *op. cit.*, p. 2.

³² CIDH, Informe sobre Mujeres Privadas de su Libertad en las Américas, *op. cit.*, p. 68.

sonas no binarias. Se contabilizaron 71 casos de mujeres que vivían con sus hijas, hijos e hijes en el centro de reclusión.³³

Un informe reciente de la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN) indica que, hacia fines de diciembre de 2023, las mujeres privadas de libertad conformaban el 7.07 % del total de la población penitenciaria, la cual ascendía a 11,247. Las personas trans eran el 0.25 % de la población total.³⁴ En el ámbito del sistema penitenciario federal,³⁵ se identificó un total de 168 mujeres extranjeras en la órbita (que representa el 22.6 % de la población de mujeres presas a nivel federal).³⁶

En cuanto al nivel educativo, tres mujeres carecían por completo de instrucción; 261 tenían nivel primario incompleto y 129 primario completo; 89 habían terminado el secundario, mientras que 227 no lo habían completado al momento de ingresar a prisión. Con respecto al nivel terciario, tres mujeres lo registraban incompleto y cuatro completo. Finalmente, 27 mujeres tenían estudios universitarios incompletos, mientras que una mujer tenía título universitario al momento de ingresar a prisión.³⁷ Esto reafirma que las mujeres encarceladas pertenecen a los sectores más vulnerables, con escasa educación, y/o pertenecientes a grupos migrantes.

En la estadística no se cruzan directamente variables de género con otras vulneraciones provenientes de la situación familiar, o la edad promedio, o si son reinci-

³³ Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), Argentina, 2022, pp. 8-11.

³⁴ Procuración Penitenciaria de la Nación, Equipo Género y Diversidad Sexual, Dirección de Colectivos Vulnerados, Dirección General de Protección de DDHH, *Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación ante el CNPT*, Argentina, 2024, p. 3.

³⁵ El Servicio Penitenciario Federal aloja a personas detenidas por delitos federales o que hayan cometido delitos en el territorio o competencia territorial federal. Representa un panorama importante de la situación nacional, aunque la mayor concentración poblacional penitenciaria se encuentra bajo la órbita de la Provincia de Buenos Aires. Dirección Nacional de Política Criminal en materia de Justicia y Legislación Penal, SNEEP, *op. cit.*, p. 35.

³⁶ A su vez, las mujeres trans y travestis extranjeras en el mismo ámbito eran 13, conformando el 50 % de la población de mujeres travesti trans en el sistema federal. De ellas, 7 (siete) eran de nacionalidad peruana, principal nacionalidad extranjera dentro de las mujeres trans. De las mujeres cis, el 86 % de las extranjeras provenían de países latinoamericanos. En su mayoría, de Bolivia (27 %), Perú (27 %) y Paraguay (18 %). Ninguna de las mujeres privadas de libertad en el Servicio Penitenciario Federal provenía de un entorno rural; por el contrario, la totalidad reportó como último lugar de residencia un entorno urbano. Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación ante el CNPT*, *op. cit.*, p. 4.

³⁷ *Idem*.

dentes o no; pues en el sistema de estadística se contabilizan genéricamente –se brindan datos generales no desagregados por género–. Sin embargo, estudios específicos han indicado que, en general, provienen de hogares pobres. Incluso, un alto porcentaje es madre y/o cuidadora principal con personas a cargo, constituyen hogares monoparentales y suelen ingresar al sistema penal por delitos de menudeo relacionados con drogas o padecimientos relacionados con violencias previas,³⁸ lo cual coincide en términos generales con el estado de situación regional.

Puede observarse además que, aunque la proporción de la tasa de encarcelamiento de mujeres e identidades feminizadas es pequeña, nominalmente es bastante alta y, además, ha crecido en los últimos años.³⁹ Un dato interesante –y novedoso– que proviene de las estadísticas señaladas es que visibiliza la situación de las personas trans y no binarias, lo cual permite un abordaje más preciso sobre las problemáticas específicas de los grupos señalados en situación de encierro.⁴⁰

Frente a esa proporción poblacional, el organismo de control especializado elaboró una serie de investigaciones en los últimos años para conocer a profundidad los mayores incumplimientos relacionados con la detención de mujeres e identi-

³⁸ CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*, op. cit., pp. 28-29. También puede consultarse la sección de los informes anuales de la Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión y cuestión de género*. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Genero/Genero-y-Diversidad-Sexual-Informe-Anual-2010.pdf>.

³⁹ Cfr. Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe estadístico 2022*, pp. 39-41.

⁴⁰ En el Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación ante el Comité Nacional de Prevención de la Tortura se señala que: “Hacia fines de diciembre de 2023, según la Base de Población y Alojamiento de la PPN, eran 795 las mujeres privadas de libertad en calidad de procesadas o condenadas en establecimientos federales de Argentina y 28 las personas trans travestis. En la actualidad –febrero 2024– existen 801 mujeres y 31 personas trans travestis”. Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación ante el CNPT*, op. cit., p. 2.

Cabe destacar que la Procuración Penitenciaria de la Nación es un organismo de control autónomo con independencia, creado por Ley del Congreso Nacional, cuya principal misión es monitorear con el objeto de garantizar y defender los derechos de las personas privadas de libertad. Tiene competencia federal y realiza inspecciones periódicas a distintas prisiones y centros de privación de libertad, elabora recomendaciones y presentaciones judiciales. Asimismo, integra y presenta informes al Comité Nacional de Prevención contra la Tortura, también dispuesto legislativamente. Desde allí también se producen datos, tanto como se proponen recomendaciones, estándares de cumplimiento, etcétera, de condiciones de privación de cualquier tipo de libertad.

dades feminizadas. En particular, el estudio está focalizado cualitativamente sobre las condiciones de detención de mujeres y personas trans alojadas en el Complejo Penitenciario Federal IV de Ezeiza, cuyas conclusiones fueron presentadas en la Recomendación No. 933/PPN/22, dirigida a garantizar una correcta atención médica para las mujeres y personas trans alojadas allí. De éste destaca que las demandas principales de las mujeres y personas trans alojadas se relacionan con la deficiente atención médica ofrecida,⁴¹ así como las requisas humillantes a las que eran sistemáticamente sometidas las personas en prisión y sus familiares en las cárceles del Servicio Penitenciario Federal (SPF).⁴²

Ahora, la situación de las mujeres madres y las particulares formas de vulneración de los derechos de las personas gestantes en el sistema de prisiones fueron investigadas por distintos organismos públicos en el año 2019. Esto dio como resultado la publicación *Parí como una condenada, experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de libertad*.⁴³ El documento brindó un primer diagnóstico de las vivencias de las mujeres-PdL durante sus procesos reproductivos y propuso como resultado una serie de recomendaciones dirigidas al Estado argentino.⁴⁴

⁴¹ Falta de chequeos ginecológicos, la demora en la entrega de resultados de los estudios médicos, falta de profesionales de diversas especialidades, demora en el acceso a turnos en hospitales extramuros, pésimas condiciones del centro médico de la unidad penitenciaria y/o escasas ambulancias disponibles.

⁴² La Procuración Penitenciaria de la Nación señaló que desde el año 2011, se había efectuado una recomendación dirigida al Director Nacional solicitando instruya el inmediato cese de las prácticas de requisas invasivas en tanto constituyen un trato cruel, inhumano o degradante hacia la persona detenida y/o su visita, aunque fue por una presentación de *habeas corpus* interpuesta por mujeres detenidas, que un magistrado resolvió hacer lugar a la acción y dispuso “que los registros físicos invasivos no podrían ser utilizados más que de manera excepcional y sólo cuando no hubiera medios alternativos menos restrictivos o existan razones fundadas –debidamente acreditadas–.” La resolución también disponía la conformación de una mesa de diálogo, con la participación de la PPN y el SPF, en la cual se discuta una nueva reglamentación acorde a los estándares internacionales. Dicha mesa fue finalmente convocada en febrero del 2024, 12 años después de la resolución judicial.

⁴³ Véase Procuración Penitenciaria de la Nación *et al.*, *op. cit.*

⁴⁴ Diana Maffia señaló, en el prólogo del Informe, que: “La violencia obstétrica es de los modos más extendidos y menos visibles de la violencia, dado que la medicalización e institucionalización del embarazo y el parto ha enajenado a las mujeres de la centralidad de la experiencia para convertirlas en ‘pacientes’ obedientes a mandatos por lo general decididos sin su participación ni autorización, en nombre de un supuesto beneficio para ellas y sus criaturas (beneficio de cuya definición integral también han sido privadas)”. Procuración Penitenciaria de la Nación *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

Uno de los emergentes del estudio da cuenta de la utilización sistemática de espasos o pateras sobre las mujeres gestantes durante el parto, parto y postparto en el caso del Servicio Penitenciario bonaerense. Aunque a nivel federal no se relevaron casos de esta gravedad, sí se advirtió con preocupación las prácticas de vigilancia constante de personal penitenciario durante el parto, parto y postparto, con su respectivo uniforme reglamentario; lo cual era percibido por las mujeres como una práctica de estigmatización y discriminación en el acceso a la atención médica en los hospitales.

Analizando interseccionalmente a los grupos vulnerables al encierro, se monitoreó a las mujeres jóvenes adultas.⁴⁵ El organismo detectó que, debido a la necesidad de mantenerlas en espacios separados, muchas veces este grupo padece prácticas de segregación, con una experiencia de mayor aislamiento. Aunado a que no cuentan con un establecimiento propio dentro del mapa carcelario federal, sino que ocupan sectores específicos dentro de las unidades de mujeres, espacios reducidos, con poca circulación y acceso a actividades, en virtud de la restricción institucional de contacto con el resto de la población mayor. Asimismo, se ha advertido un acceso diferencial a los sistemas sanitarios, con menor acceso a controles ginecológicos en particular.⁴⁶

II. Las mujeres-PdL en México

De acuerdo con la ENPOL 2021,⁴⁷ poco más de 220,000 personas se encontraban privadas de su libertad en centros penitenciarios estatales y federales mexicanos, de las cuales, el 5 % son mujeres. Esto es, hacia 2021, aproximadamente, 11,000 mujeres se encontraban privadas de su libertad.

⁴⁵ Las cuales representan el 2.6 % de la población total de mujeres detenidas en la órbita del SPF. Véase Procuración Penitenciaria de la Nación, Área Colectivos vulnerables, Equipo de Género y Diversidad Sexual, Equipo de Niños, Adolescentes y Jóvenes Privados de la Libertad, *Población joven adulta en cárcel de mujeres. Monitoreo de régimen de vida y condiciones de alojamiento de los sectores destinados a las mujeres jóvenes adultas del CPF IV de Ezeiza*, Argentina, s.a.

⁴⁶ CELS, Ministerio Público de la Defensa, Procuración Penitenciaria de la Nación, *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, op. cit., p. 125.

⁴⁷ INEGI, Encuesta Nacional de Población Privada de Libertad 2021, op. cit., pp. 12-13.

Pese a que sigue representando una minoría en relación con los hombres-PdL, el ingreso de mujeres a las prisiones federales y estatales mexicanas aumentó a un 8.2 % en 2022.⁴⁸ Según el *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2023* –que presenta datos de 2022– el rango de edad de estas mujeres, en su mayoría, oscilaba entre los 30 y 34 años.⁴⁹

Al cierre de 2022, a nivel nacional, 258 mujeres se encontraban embarazadas y/o en período de lactancia; mientras que 317 mujeres tuvieron consigo a sus hijas, hijos e hijes menos de seis años.⁵⁰ A nivel nacional, se reportaron 325 personas menores de seis años que permanecieron con sus madres privadas de la libertad en los centros penitenciarios y centros especializados. Del total, 155 (47.7 %) fueron niños y 170 (52.3 %), niñas. La mayoría se concentró en la Ciudad de México.⁵¹

En ese año se registraron 7,506 (3.3 %) personas-PdL que pertenecían a algún pueblo indígena⁵² y 12,507 (5.5 %) personas-PdL con alguna discapacidad.⁵³

En cuanto a su etnia, la información disponible desagregada más reciente data de 2018, cuando la Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación informó que, hasta octubre de 2018, la población indígena interna en los centros penitenciarios del país era de 7,010 personas. De éstas, 6,583 pertenecen al fuero común y 427 al fuero federal, asimismo 234 son mujeres y 6,776 son hombres.⁵⁴ Las mujeres indígenas que sólo hablan su lengua pueden colocarse en una particular situación de vulnerabilidad e indefensión, si el Estado no se hace cargo de proveerles la asistencia de una persona traductora durante la ejecución penal.

Organizaciones de la sociedad civil han documentado algunos de los factores que podrían explicar por qué, si bien las mujeres que cometen algún delito se

⁴⁸ INEGI, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2023*. Presentación de resultados generales, México, 2023, p. 22.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 49.

⁵¹ *Ibidem*, p. 50.

⁵² *Ibidem*, p. 42.

⁵³ *Ibidem*, p. 43. Estos datos no se encuentran desagregados por género.

⁵⁴ Cfr. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Personas indígenas en reclusión*, México, 2017.

encuentran, por lo general, en la estructura delincencial más baja, su encarcelamiento ha ido en aumento: i) consumo problemático de sustancias, ii) necesidad económica, y iii) una relación marcada por dominación o algún tipo de abuso.⁵⁵

En cuanto a la causa que las llevó a la privación de la libertad, las mujeres adultas privadas de su libertad y adolescentes internadas ingresaron a centros de reclusión federales, con mayor frecuencia, por el delito de secuestro. Mientras que, en los centros estatales y especializados, el delito más frecuente fue “robo”.⁵⁶

Destacadamente, sobre la situación de las mujeres-PdL por delitos relacionados con drogas, el endurecimiento de las políticas de justicia penal en México ha derivado en que un número cada vez mayor de mujeres sean encarceladas por delitos menores. Lo estricto de las leyes contra los delitos relacionados con las drogas ha tenido un impacto considerable en el número de mujeres que están en prisión y en la tasa de aumento de ese número.⁵⁷ Uno de los delitos contra la salud por los que mayormente se sanciona a las mujeres es la posesión simple.⁵⁸

En cuanto a las condiciones de internamiento, se han reportado deficiencias en las condiciones materiales y de higiene en las áreas de ingreso, observación y clasificación, dormitorios, instalaciones médicas y talleres; falta de espacios para que las mujeres privadas de su libertad puedan disfrutar de actividades deportivas, laborales y recreativas; en ciertos centros de reclusión no hay una clara división de unidades entre mujeres y hombres; e instalaciones insuficientes para las visitas íntimas –el área se comparte con los varones–.⁵⁹

También se reportan condiciones de hacinamiento y sobrepoblación en los centros de reclusión femeniles, con una sobrepoblación de 12 % con respecto a su

⁵⁵ Equis: Justicia para las Mujeres, A.C., *La reinserción social de las mujeres en México. Un largo camino para el restablecimiento de sus derechos*, Equis: Justicia para las Mujeres, México, 2021, p. 10.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 48.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁸ Pérez Correa, Catalina *et al.*, “La política de drogas en México. Causa de una tragedia nacional. Una propuesta radical e indispensable para remediarla”, en *Pensamiento Penal*, 2018, p. 19.

⁵⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), Informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre el estado de guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la República mexicana, 2013, pp. 10-12.

capacidad, una deficiente distribución de la población⁶⁰ y prácticas que podrían constituir tortura sexual, tales como revisiones por parte de las autoridades en las que las obligan a que se quiten el uniforme, quedando en ropa interior, sacudirse el sostén y la pantaleta frente a los oficiales.⁶¹ No se cuenta con suficiente instrumental médico, en algunos centros no existe unidad odontológica ni suficiente personal médico y psicológico para atender a las mujeres-PdL.⁶²

En México, las organizaciones de la sociedad civil se han encargado de monitorear y documentar las distintas experiencias de las mujeres privadas de su libertad, desde una perspectiva interseccional. Al analizar las experiencias de mujeres trans privadas de su libertad, la sociedad civil ha informado que:

[e]l encarcelamiento de las mujeres trans presentan retos adicionales relacionados con el alojamiento, su identificación, las requisas invasivas, el acceso limitado a servicios médicos –incluyendo tratamientos con hormonas, transformaciones corporales supervisadas, servicios para personas viviendo con enfermedades de transmisión sexual–, la privacidad, las visitas conyugales, entre otros. La evidencia muestra que las mujeres trans a menudo sufren discriminación y abuso cuando buscan asistencia del sistema legal. Paralelamente, un número significativo de mujeres trans en instituciones correccionales han denunciado abusos cometidos por el personal de justicia penal, incluida la discriminación, la coerción sexual, el acoso y la agresión.⁶³

Esta breve reseña del estado de cosas sobre padecimientos de mujeres en situación de encarcelamiento en Argentina y México da cuenta de un fenómeno complejo, de múltiples capas de discriminación e incumplimientos en términos de derechos. Ello implica necesariamente un trato punitivo que supera el test de legalidad y que podría acarrear responsabilidad internacional de ambos Estados.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁶¹ *Ibidem*, p. 13.

⁶² *Ibidem*, p. 16.

⁶³ García Castro, Teresa y Santos, María (coords.), *Mujeres trans privadas de la libertad: La invisibilidad trans los muros*, IDPC, WOLA, Dejusticia, Casa de las Muñecas Tiresias, A.C., Equis Justicia para las Mujeres, Procuración Penitenciaria de la Nación, Corpora en Libertad, Casa Hogar Paola Buenrostro y Almas Cautivas A.C., 2020, p. 4.

Además, indica la necesidad de realizar una interpretación jurisdiccional que resguarde los compromisos internacionales y permita una respuesta judicial conteste con un Estado constitucional de derecho, en resguardo y protección de las mujeres privadas de su libertad. Lo que, a su vez, impone un enfoque diferenciado de género interseccional pues, tal como se ha descrito, las vulneraciones y desigualdades no sólo responden a la condición de mujer.

B. La necesaria aplicación del enfoque de género interseccional en la ejecución penal

I. Lo patriarcal en el poder punitivo estatal

Si definimos al poder patriarcal como la privatización de una modalidad de poder punitivo,⁶⁴ tal como señala Zaffaroni, el poder signado por el patriarcado no dista ni puede ser separado del análisis del poder punitivo. En este sentido el poder patriarcal, delegado por el poder punitivo estatal, permitió el control social informal de mujeres, NNA y personas mayores que no integraban el modelo estereotipado de hombre. La estructuración discriminante del momento originario pretendió una homogeneización social particular, que logró jerarquizar y verticalizar la sociedad en términos formales, a partir del poder punitivo.⁶⁵

Farb señala que dicho momento fundante:

(...) *a priori*, se apoyó sobre tres bases claves: poder del *pater familiae* (policía de la mujer), poder punitivo (policía de los peligros) y poder del saber del *dominus* (policía de los discursos). Así, no se puede soslayar que los poderes patriarcal y punitivo son inescindibles, ya que el primero continúa siendo mayormente el control que se ejerce sobre todas las personas que no son hombres jóvenes y adultos y, el segundo, el control sobre los controladores.⁶⁶

⁶⁴ Gusion, Gabriela y Farb, Laura, *Poder Patriarcal y Poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*, Ediar, Buenos Aires, 2020, p. 35.

⁶⁵ Zaffaroni, Eugenio R., *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2012.

⁶⁶ Farb, Laura, “Ante las invisibilizadas y excluidas. En busca de su dolor perdido”, en Slokar, Alejandro (Dir.), *Dolor y Punición. Perspectivas de las violencias en prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2023, pp. 413 y ss.

El señalamiento del momento originario –discriminatorio, verticalizante– de control social patriarcal y punitivo, ubicado entre los siglos XII y XV, no es un dato meramente histórico, pues hasta la actualidad condiciona las relaciones sociales y el control social formal e informal. Los rasgos punitivos y patriarcales de las sociedades contemporáneas y, en especial, el control social informal sobre las mujeres e identidades feminizadas dan cuenta de la vigencia de esas formas.

¿Cómo se manifiestan estos rasgos, si lo analizamos desde un prisma de género? ¿Qué formas adquieren en el control social y cómo se inscriben las formas jurídicas en ellas? El control social –a través de la privatización del poder del *pater*– conllevó a que el mayor disciplinamiento de mujeres –y también de hombres e identidades feminizadas– se ejerza a partir de un modelo social reproductor de estereotipos machistas, en los que se establecen:

(...) criterios de *normalidad* mediante la calificación universal y generalizada de seres o haceres según determinados valores propios del sistema de dominación vigente. Así, se instalan discursos que indican categorías o presunciones que definen –o al menos marcan– nuestros modos de ser, de vivir y de estar, fundamentalmente, mediante la reproducción de estereotipos.⁶⁷

De tal modo que, cuando se configura cualquier alejamiento del rol estereotipado de la “buena mujer” (casada, blanca, sumisa, de hogar, que no dispone de su cuerpo, sensible, etc.), se predispone socialmente un castigo, primero informal y a veces también formal. Los estereotipos de género, además, imponen no sólo formas de disciplinamiento y control hacia las mujeres, sino que también afectan severamente a las identidades feminizadas –que suelen ser especialmente discriminadas– quienes, aun no entrando dentro del parámetro de *normalidad excluyente* (configuradora de exclusiones severas de acuerdo a lo señalado, en tanto identifica como otredad a cualquiera que no encuadre en el estereotipo idealizado –e imposible– del patriarcado) les impone roles sociales subalternos al igual que a las mujeres (deben ser cuidadoras, deben realizar tareas domésticas, etc.).

⁶⁷ Farb, Laura, 2023, *op. cit.*, p. 416.

Las creencias sobre la desviación identificadas con la contraposición del estándar de normalidad impuesto por el patriarcado son tan irrealizables y además imponen estereotipos de masculinidad de imposible realización, lo cual afecta a un gran sector de la población que se identifica como hombre. La heteronormatividad también confluye en ello. Estas modalidades de control social, fuertemente ligadas a la informalidad social disciplinante, muestran que el mayor control ejercido sobre los cuerpos femeninos y feminizados es el informal.

Sin embargo, no son pocas –según se viene relatando en los distintos acápite– las personas que son, además de controladas socialmente a través del patriarcado, también controladas por el poder punitivo formal. En estos casos, a la estereotipación discriminante previa (más profunda, según los estudios en las personas trans, lo que se ha dado en señalarse como identidades localizadas), se suelen sumar otros estereotipos de persecución, de criminalización e incluso de represión. El carácter androcéntrico del derecho que ve –además– en el sujeto universal al varón, blanco, propietario el sujeto modelo de estructuración de relaciones jurídicas, contribuye a esa criminalización secundaria.⁶⁸

Los estudios feministas señalan –tal como fue descrito previamente– que en la región latinoamericana cada vez hay más mujeres y personas LGBT+ criminalizadas y prisionizadas y, en general, la mayoría de los casos responde a personas con previas vulneraciones de derechos fundamentales, sin educación o escasa educación, provenientes de hogares pobres, sin trabajo o con trabajos informales, cuidadoras principales de hogares monoparentales pobres, etcétera.

A estas vulnerabilidades se suma la propia selectividad del sistema penal que intersecciona discriminatoriamente género, racismo y clasismo.⁶⁹ Una vez prisionizadas, a esas violencias se suman las propias del sistema penitenciario pensado desde el modelo androcéntrico, que sólo contempla para el castigo penal una

⁶⁸ Sobre el carácter androcéntrico del derecho y la crítica feminista véase Facio, Alda y Fries, Lorena, “Feminismo, Género y Patriarcado”, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, año 3, núm. 6, 2005, pp. 259-294.

⁶⁹ Cfr. Davis, Angela, *¿Son obsoletas las prisiones?*, Gabriela Adelstein (trad.), Bocavulvaria ediciones, Argentina, 2017.

estructura masculina, lo cual genera nuevas violencias institucionales del orden real y simbólico. Paula Casal advierte que:

(...) el carácter netamente androcéntrico de la institución bajo análisis (de toda institución total, debido a su origen moderno, pero especialmente de la cárcel), se rige por discursos y representaciones que reproducen [estas] relaciones de competición, alianzas entre pares y dominación, en donde la fuente de estatus es la reafirmación de la propia masculinidad a partir de la hostilidad o violencia.⁷⁰

También por ello, la violencia en la población carcelaria femenina o perteneciente a un sexo o género no hegemónicos:

(...) se despliega sobre la población carcelaria que ni siquiera fue el sujeto histórico-universal para el cual fue pensada la institución, y que son las mujeres e identidades de género no hegemónicas. Si bien sigue siendo un porcentaje minoritario de la población carcelaria total, *padecen una agudización cuantitativa y cualitativa del castigo al sumar a la violencia propia de la cárcel, las especificidades del castigo estructural jerárquico del que la cárcel es tributaria y que les ubica en anillos concéntricos más periféricos. De hecho, ni siquiera se trata de una institución pensada para alojarles.* A su vez, se advierte una criminalización secundaria intensa de mujeres cuya forma de vida y ejercicio de roles sociales no se ajustan a la feminidad hegemónica: el desempeño de conductas, atribuciones y caracteres socialmente asignados a la masculinidad, el consumo de alcohol o sustancias estupefacientes, el ejercicio de una sexualidad disidente fuera de los cánones propiciados por el sistema patriarcal, etc.⁷¹

De acuerdo con los estudios y datos estadísticos reseñados es posible ver, además de un enlace de dolores y discriminaciones superpuestas que se configuran en las mujeres y personas LGBT+ a partir de las tareas que se les asignan en la estructura, los roles y expectativas puestas en ellas, el juzgamiento del conducir de su vida impuesto por todo el sistema social y penal –desde la judicatura a la autoridad penitenciaria–; por ejemplo, al juzgar a las mujeres como “malas madres” y

⁷⁰ Casal, Paula, *op. cit.*, p. 499.

⁷¹ *Ibidem*, p. 505.

asignarles éste como su “rol maestro”, sobre el cual se estructurarán todas sus demás relaciones sociales.

Carmen Antony señala que “la prisión es para la mujer doblemente estigmatizadora y dolorosa si se tiene en cuenta el rol que la sociedad le ha asignado. Una mujer que pasa por la prisión es calificada de ‘mala’ porque contravino el papel que le corresponde como esposa y madre, sumisa, dependiente y dócil”.⁷²

¿Qué debemos hacer quienes desarrollamos el saber jurídico con esta información que confronta directamente con los estándares básicos de derechos humanos? Pues una propuesta jurídica comprometida con la realidad social y el fenómeno de la prisionización debe diseñar y programar una actuación jurídica limitadora y de contención de esa irracionalidad punitiva y patriarcal, con el fin de garantizar el Estado constitucional de derecho y la realización efectiva de los derechos humanos. Un sistema judicial democrático no puede aceptar la ceguera de género como falso criterio de igualdad.

II. El enfoque de género interseccional en la ejecución penal

Entonces, la perspectiva de género en la ejecución penal permite a las personas juzgadas recoger las experiencias de las mujeres e identidades disidentes, y sus necesidades específicas, con el fin de identificar situaciones que en las prisiones reproducen la violencia de género, con el objetivo de evitar tratos y malas prácticas discriminatorias.

Sin embargo, como hemos ido apuntando, la obligación de juzgar con perspectiva de género implica estudiar todas las aristas, lo que significa tomar en cuenta el impacto interseccional de ellas. La interseccionalidad “hace referencia a la interacción de condiciones de identidad como raza, clase y género, en las experiencias de vida, especialmente en las experiencias de opresión”.⁷³

⁷² Antony, Carmen, *op. cit.*, p. 227.

⁷³ Gopaldas, A., “Intersectionality 101”, citado en SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, SCJN, México, 2022, p. 82.

Para Kimberlé Crenshaw, la subordinación interseccional, con frecuencia, es la consecuencia de la imposición de una carga que interactúa con vulnerabilidades preexistentes para crear otra dimensión de *desempoderamiento*.⁷⁴ En el análisis de Crenshaw sobre violencia propiciada por hombres en contra de las mujeres, expone cómo las experiencias de las mujeres de color frecuentemente son producto de la interacción de los patrones de sexismo y racismo, y también sobre cómo estas experiencias no son propiamente representadas en los discursos feministas ni en los discursos racistas.⁷⁵

De modo tal que la combinación de dos o más dimensiones de la identidad en una misma persona –raza, clase, género, etnia, edad, entre otras– o la conformación de categorías híbridas como clase-género o clase-raza, adquieren una fuerza mayor y diferenciada en comparación con la opresión ejercida sobre una persona que sólo pertenece a una categoría o porta una sola dimensión de la identidad,⁷⁶ que el enfoque interseccional permite visibilizar.

En la ejecución penal, este enfoque diferenciado es necesario pues permite identificar qué circunstancias específicas de una persona o grupo de personas afectan o podrían afectar la igualdad de condiciones de internamiento, con respecto de las demás personas-PdL. Más aún, cuando –como ya hemos referido– las vulnerabilidades previas al ingreso a las prisiones se agravan en la estructura verticalizante y punitiva del sistema penitenciario. A las condiciones de raza, clase, género, etc., se sumarán otras que den cuenta tanto de la situación de trato diferencial en materia de encarcelamiento, como de las capas de vulnerabilidades que deban ser contempladas transversal e interseccionalmente.

Así, tomar en cuenta el impacto interseccional en las decisiones judiciales especializadas en la ejecución penal implica el reconocimiento de los factores de vulnerabilidad; los cuales pueden configurar obstáculos al ejercicio del derecho

⁷⁴ Crenshaw, Kimberlé, “Mapping the margins. Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, núm. 6, 1991, p. 1249.

⁷⁵ Crenshaw, Kimberlé, *op. cit.*, pp. 1243-1244.

⁷⁶ SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales*, SCJN, México, 2022, pp. 68-71.

de toda persona privada de su libertad a vivir en situación de internamiento o detención, compatible con su dignidad humana.

C. Estándares internacionales en la región sobre el enfoque de género interseccional

Los estándares jurídicos en materia de derechos humanos resultan esenciales para el análisis de la prisión con perspectiva de género interseccional. En particular, son guía esencial del análisis la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención Belém do Pará”) y la CEDAW, tanto como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).⁷⁷

El marco normativo supranacional y nacional es fundamental para la interpretación hermenéutica armónica de las disposiciones de ambos órdenes, a la vez que nos permite guiar la realidad hacia la realización efectiva de los derechos humanos, en este caso, de las mujeres e identidades feminizadas-PdL. Contrastar *el ser* de la prisionización y el *deber ser* jurídico desde un análisis crítico tiene como objetivo proponer soluciones tendientes a reducir la brecha entre ambos planos. Esa tarea, dirigida particularmente a quienes tienen funciones jurisdiccionales, debe orientar una respuesta punitiva acorde a un Estado constitucional de derecho.

En este sentido, se pretende brindar una respuesta que no desatienda la responsabilidad de los Estados frente a los compromisos adquiridos internacionalmente en materia de derechos humanos y género. La clave de pensar la cuestión desde la responsabilidad internacional es relevante pues –recordemos– los Estados se encuentran en especial posición de garantes respecto a los derechos de las personas-PdL.

⁷⁷ Entendiendo que este marco abordará particularmente las disposiciones específicas sobre privación de libertad, se advierte que estos instrumentos mencionados son la base de profundización, tanto como de convenciones y normas de *soft law*, que precisan el alcance de los principios de no violencia, no discriminación, igualdad, pro persona y reinserción social. Nos circunscribimos al análisis específico.

Debido a los múltiples instrumentos internacionales e interamericanos que orientan el marco jurídico mencionado y el reducido trabajo, se buscará detallar sólo a aquellos que interseccionan prisión y género,⁷⁸ en general. Luego, se profundizará el análisis de la OC 29/22 de la Corte IDH, en el entendimiento de que ha sido uno de los instrumentos de interpretación más relevantes sobre derechos de personas-PdL y género; a la vez que ha determinado el análisis con enfoque diferenciado y los estándares mínimos necesarios para que la prisión pueda ser considerada legal.

I. Reglas Mandela⁷⁹

Entre los estándares establecidos por las Reglas Mandela encontramos –por mencionar algunos– la necesidad de que existan instalaciones especiales para el cuidado durante el embarazo, en el parto e inmediatamente después; que se procure que el parto tenga lugar en un hospital civil; así como la observancia del interés superior de la infancia en todo momento.⁸⁰ También destaca la prohibición de imposición de sanciones de aislamiento, medidas similares a mujeres y niños⁸¹ y la prohibición de la utilización de coerción física en mujeres embarazadas que estén por dar a luz durante el parto o en el período inmediatamente posterior.⁸² El instrumento indica que el personal penitenciario que tenga contacto con las mujeres-PdL debe ser prioritariamente femenino.⁸³

⁷⁸ Los organismos internacionales especializados en la materia han señalado que los dispositivos diseñados se presentan, en general, como remedios jurídicos a situaciones de especial vulnerabilidad frente a los que no alcanza o resulta suficiente el instrumento general marco sobre la cuestión.

⁷⁹ Aun cuando reconocemos la importancia de este documento como guía internacional en la materia, no podemos dejar de advertir que contiene inercias que evocan a pensar en un sistema penitenciario *progresivo*, que mantiene en las prisiones un entorno de derechos humanos disminuidos, tales como la validación de la utilización de los estudios de personalidad para el establecimiento de los programas de *tratamiento* de las personas privadas de su libertad, que no encuentran armonía con el derecho a la autonomía y proyecto de vida en reclusión.

⁸⁰ Regla 29.

⁸¹ Regla 45.

⁸² Regla 49.

⁸³ Aunque se consideran especiales circunstancias, en particular para médicos y personal docente, que desempeñen sus funciones profesionales en establecimientos o pabellones de establecimientos reservados para mujeres. Regla 81 y ss.

II. Reglas de Bangkok

Las Reglas de Bangkok profundizan y precisan el alcance de las Reglas Mandela, especialmente para evitar la situación de discriminación de mujeres en reclusión.⁸⁴ Contemplan cuestiones relacionadas con el ingreso al sistema penitenciario,⁸⁵ con la estructura edilicia, el derecho y atención a la salud,⁸⁶ relevando especialmente sus derechos sexuales y reproductivos, junto con las prestaciones sanitarias adecuadas para ejercerlos. Precisan el alcance y limitaciones de las requisas, con prohibiciones específicas, al igual que para disciplina y sanciones; medios de comunicación y mantención del vínculo con el exterior. Además, impone reglas específicas cuando se trata de mujeres jóvenes, mujeres embarazadas, en parto y posparto o con niñas, niños y niñas en primera infancia;⁸⁷ mujeres migrantes, pertenecientes a comunidades originarias o grupos minoritarios, entre otras.

Las Reglas de Bangkok recuerdan la importancia de las Reglas de Tokio en tanto que, éstas se orientan a promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión, de los cuales las mujeres y personas LGBT+ podrían ser receptoras, teniendo en cuenta sus especiales situaciones de vulnerabilidad en situación de prisión.⁸⁸ También apunta que “[s]e evitará en la medida de

⁸⁴ La Regla 1 señala: “A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párr. 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria.”

⁸⁵ Por ejemplo, la Regla 3, señala que es complementaria del párr. 7 de la Reglas Nelson Mandela y dispone la necesidad de que al momento del registro se consulte a la mujer sobre si es madre y número de hijos, nombre, lugar donde viven si no se alojan con ellas, etc., con el fin de resguardar el vínculo, resguardando la confidencialidad y el interés superior del niño.

⁸⁶ La Regla 5, complemento de los párrs. 15 y 16 de las Reglas Nelson Mandela, indica que las reclusas deberán contar con las instalaciones y artículos necesarios para satisfacer las necesidades de higiene propias de su género, incluidas toallas sanitarias gratuitas y el suministro permanente de agua para el cuidado personal de niños y mujeres, en particular las que cocinen, las embarazadas y las que se encuentren en periodo de lactancia o menstruación; la regla 10 indica la necesidad de la atención de la salud expresamente orientada a la mujer; la Regla 14 y subsiguientes estipulan programas específicos de prevención de enfermedades y atención de la salud (VIH, uso indebido de drogas o lesiones autoinfligidas).

⁸⁷ Regla 48 y ss.

⁸⁸ Así, señala 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,

lo posible recluir en instituciones a los niños en conflicto con la ley. Al adoptar decisiones se tendrá presente la vulnerabilidad de las delinquentes juveniles debida a su género”.⁸⁹

En cuanto a mujeres extranjeras, las Reglas invitan a los Estados a ratificar y aplicar las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, a fin de evitar la victimización secundaria.⁹⁰

III. OC 29/22

La OC 29/22 de la Corte IDH sobre Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas-PdL, a requerimiento de la CIDH, recientemente ha realizado una serie de consideraciones esenciales para el análisis de grupos específicos que se encuentran en situación de prisión, identificando –según el requerimiento– como grupos especialmente vulnerables frente a la prisionización a mujeres privadas de libertad, embarazadas, en período de parto, posparto, lactancia y cuidadoras principales; personas LGBT+, personas de pueblos indígenas; personas mayores; niños y niñas; personas con discapacidad, enfermedad u otras afecciones de salud.⁹¹

Aunque todos los supuestos son relevantes y, en muchos casos, quienes pertenecen a un grupo especialmente vulnerable, también lo son de otro,⁹² nos circunscribimos a las valoraciones realizadas por la Corte IDH en relación con las mujeres.

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.” (Regla 64).

⁸⁹ Regla 65.

⁹⁰ Regla 66.

⁹¹ La propia OC 29/2022 precisa que en el caso de que no se hayan desarrollado directrices específicas aplicables a otros grupos, los Estados deben desarrollar en sus políticas penitenciarias otros enfoques de acuerdo con las particularidades de su población penitenciaria y el contexto del país. Véase Gutiérrez Padilla, Michell y García Martínez, Luis Alfredo, *op. cit.*, p. 178.

⁹² La Corte IDH, además de indicar la relevancia jurídica que debe darse a los grupos vulnerables y los enfoques diferenciados, señala con claridad que también las violencias se interseccionan y pueden acumular múltiples situaciones de vulnerabilidad en simultáneo (mujeres y/o personas LGBTI+ indígenas, con problemas de salud, cuidadoras de niños y niñas, o incluso adultas mayores).

Destacadamente, el Tribunal Interamericano precisó que:

(...) desde una perspectiva de género (...) el principio de igualdad y no discriminación llama a los Estados, a través del sistema de justicia penal y de las administraciones penitenciarias, a *emplear un enfoque diferenciado cuando se trata de mujeres privadas de libertad, de modo* tal que no se reproduzca exactamente el trato proporcionado a la población masculina.⁹³ [Lo resaltado es propio].

Específicamente, la Corte IDH reconoció que “encontrarse embarazada, en período de parto, posparto y lactancia, colocan a la mujer en una situación agravada de vulnerabilidad en el contexto carcelario, dado que su vida e integridad pueden correr un riesgo mayor.”⁹⁴ Precisó que esta situación adquiere especial vulnerabilidad cuando éstas se encuentran privadas de la libertad. Señaló que la violencia que se ejerce en contra de las mujeres en dicha situación constituye una forma de violencia basada en el género –destacadamente, violencia obstétrica–, que es contraria a la Convención Belém do Pará. Lo cual genera para los Estado la obligación de prevenir y abstenerse de incurrir en actos constitutivos de dicha violencia durante el acceso a servicios de salud reproductiva, incluyendo el trabajo de parto, con un deber acentuado en el caso de mujeres-PdL.⁹⁵

En tales condiciones, la Corte IDH ha propuesto tener en cuenta una serie de prioridades para el tratamiento diferenciado por cuestiones de género: i) la necesidad de adoptar un enfoque diferenciado y de medidas especiales para hacer efectivos sus derechos; ii) priorizar en el uso de las medidas alternativas o sustitutivas en la aplicación y ejecución de la pena; iii) el principio de separación entre mujeres y hombres e instalaciones apropiadas; iv) la prohibición de medidas de aislamiento y coerción física para mujeres y otras personas gestantes;

⁹³ De igual forma, el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes sostuvo que: “[e]s necesario adoptar prácticas de encarcelación y tratamiento diferentes, así como disponer de servicios e infraestructuras diferentes para satisfacer las necesidades particulares de las mujeres y garantizar su protección”. Corte IDH, Opinión consultiva OC 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, 2022, párr. 127.

⁹⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva 29/22, *op. cit.*, párr. 128.

⁹⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva 29/22, *op. cit.*, párr. 160.

v) el acceso a la salud sexual y reproductiva sin discriminación; vi) garantizar alimentación adecuada y atención en salud física y psicológica especializada durante el embarazo, parto y posparto; vii) la prevención, investigación y erradicación de la violencia obstétrica en el contexto carcelario; viii) garantizar el acceso a higiene y vestimenta adecuada; y ix) garantizar que los vínculos de las mujeres o cuidadoras principales privadas de la libertad se desarrollen en un ambiente adecuado con sus hijos e hijas que se encuentran extramuros.

A modo de síntesis, sobrados son los motivos por los cuales los grupos señalados por la Corte IDH han sido considerados como vulnerables en condiciones de prisionización general. A ello se suma que, en muchos casos, pueden darse superposiciones de vulnerabilidades que agravan las –ya– especiales circunstancias de prisión,⁹⁶ lo cual merece un análisis interseccional de la cuestión.

D. Los tribunales mexicanos y argentinos frente a la obligación de juzgar con perspectiva de género interseccional

Con lo anterior, la perspectiva de género interseccional se introduce en la sede jurisdiccional como una herramienta fundamental para que, en la resolución de conflictos donde el género, la raza, la clase, la etnia –entre otras– son el motor de violencia, discriminación o desigualdad, las resoluciones jurisdiccionales funjan como mecanismos para garantizar la igualdad.

En la actividad judicial, esta obligación aplicada como metodología implica analizar varios elementos en conjunto, tales como si existen situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que deriven en un desequilibrio entre las partes; o si el material probatorio es suficiente o, por el contrario, es necesario recabar más pruebas con el fin de dilucidar si se está ante un contexto como los descritos en el inciso previo. Sin embargo, en dicho análisis

⁹⁶ El análisis interseccional, precisamente permite abordar mejor y con más claridad tales situaciones (mujer-madre, persona mayor-discapacidad, persona LGBT+-enfermedad podrían ser algunos de los ejemplos, pero pueden darse incluso múltiples vulnerabilidades entrecruzadas).

también debe considerarse que la ausencia de uno de estos elementos no implica automáticamente haber agotado esa obligación; por tanto, dicha herramienta debe poder adecuarse a la materia y tipo de asunto que se resuelve.⁹⁷

En este punto, nos interesa observar cómo los tribunales constitucionales/penales en México y Argentina han incorporado esta perspectiva como método para resolver casos concretos en los que dos mujeres, a quienes les atraviesan circunstancias particulares, se enfrentan al aparato punitivo estatal.

I. La aplicación de la perspectiva de género interseccional por los tribunales mexicanos

En México, el enfoque de género interseccional se ha desarrollado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), recientemente, al resolver el amparo directo en revisión 2346/2023.⁹⁸

En el caso, una mujer de nacionalidad venezolana fue condenada en sentencia definitiva por el delito de trata de personas, en la hipótesis de que se beneficia de la explotación de una persona a través de una actividad sexual remunerada. Al promover juicio de amparo en contra de dicha resolución, demandó la aplicación de la perspectiva de género en su favor.

Al respecto, la Primera Sala determinó que el órgano jurisdiccional de amparo dejó de lado la situación de vulnerabilidad en la que posiblemente se encontraba la imputada, como mujer y extranjera, antes y en el momento de cometer el delito, y en relación con su co-sentenciado.

La SCJN explicó que las personas juzgadoras deben utilizar la perspectiva de género interseccional para determinar la vulnerabilidad que lleva a las mujeres acusadas a perpetrar el delito de trata de personas, en cada caso particular. De este

⁹⁷ SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, SCJN, México, 2022, p. 139.

⁹⁸ SCJN, Amparo directo en revisión 2346/2023, Ministro Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, 8 de mayo de 2024.

modo –señaló– se debe descartar, si también fue sujeta a violencia, discriminación y/o condiciones de subordinación que implicaran el que pudiera ser inducida o, incluso, coaccionada para delinquir.

Así, la Sala aplicó un enfoque de género interseccional para analizar el asunto y, con base en ello, ordenó al órgano jurisdiccional de amparo tomar en consideración los distintos factores que colocaron a la imputada en una situación de vulnerabilidad en el proceso penal, particularmente, su condición de género y nacionalidad extranjera; así como la relación que sostenía con su coinculpa, el contexto en que vivía la inculpada y qué la llevó a involucrarse en la actividad ilícita de trata de personas, a fin de garantizarle el acceso efectivo e igualitario a la justicia. De detectar una situación de desventaja, le ordenó cuestionar la neutralidad del derecho aplicable; evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una solución justa e igualitaria, de acuerdo con el contexto de desigualdad por condiciones de género y de su origen nacional.

II. La aplicación de la perspectiva de género interseccional por los tribunales argentinos

En Argentina, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP) ha analizado un caso de morigeración⁹⁹ con perspectiva de género interseccionando vulnerabilidades preexistentes, situación de especial sujeción de la mujer detenida, interés superior de la infancia y también la circunstancia de la emergencia sanitaria provocada por el covid-19.

La causa resuelta por la Sala I de la CFCP¹⁰⁰ analiza las distintas vulnerabilidades sufridas por una mujer detenida en el Complejo Penitenciario IV de Mujeres-Ezeiza del Servicio Federal. La mujer tenía dos penas unificadas en ocho años de prisión, por delitos de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización,

⁹⁹ Nos referimos a la moderación o sustitución de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

¹⁰⁰ Cámara Federal de Casación Penal-SALA I FSM 43816/2018/TO1/14/1/CF5 “Sena, Silvia Beatriz s/ casación”, Argentina sentencia de 25 de agosto de 2020.

quien había sufrido distintos hechos de violencia y abandono, era madre de seis niños y niñas de distintas edades y tenía antecedentes de “consumos problemáticos”. Durante su detención había sido aislada de la población general por motivos de convivencia, situación que fue valorada negativamente por la Jueza al momento de rechazar el pedido de libertad condicional o alojamiento domiciliario.

El antecedente del fallo se motiva en el rechazo por parte de la Jueza de ejecución penal de los pedidos de libertad condicional y prisión domiciliaria. La defensa había planteado específicamente para la solicitud de la prisión domiciliaria la especial situación de vulnerabilidad de la mujer, con referencia a la situación de prisionización agravada, además de por las condiciones preexistentes de vulnerabilidad provocadas por la emergencia sanitaria por covid-19. Por ello, en razón del principio humanitario de las penas y los estándares internacionales sobre género (Reglas de Bangkok y Tokio, particularmente) solicitó la morigeración.

La Jueza de la instancia *a quo* había señalado: “no puedo sopesar los continuos y recurrentes problemas de convivencia que ha caracterizado su vida intramuros en los diferentes penales en los que ha sido alojada (esto no es menor, ha sido alojada en varios establecimientos penitenciarios y en este último ya no quedaban pabellones donde ser ubicada por lo que debió pasar a la órbita federal); su vulnerabilidad emocional; el decline evidenciado en sus logros personales como en su vida en la unidad y los escasos recursos de afrontamiento y de cierta actitud reflexiva sobre determinadas situaciones de su historia vital.”¹⁰¹

La Sala I¹⁰² resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anular la resolución recurrida y, en consecuencia, remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dictara una nueva resolución, teniendo en cuenta los lineamientos sentados en el fallo, de conformidad con los estándares internacionales reseñados en materia de perspectiva de género y la particular situación de pandemia.

¹⁰¹ Cámara Federal de Casación Penal-SALA I FSM 43816/2018/TO1/14/1/CFC5 “Sena, Silvia Beatriz s/ casación”, Argentina sentencia de 25 de agosto de 2020, p. 9.

¹⁰² Integrada por las Magistradas Figueroa y Ledesma y el Magistrado Petrone.

En el *sub iudice* se resaltó, sintéticamente que: “A fin de garantizar el real acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de las mujeres privadas de su libertad, la decisión traída a estudio debe ser analizada y valorada desde una mirada con perspectiva de género, que se comprometa con quien se encuentra en un estado de vulnerabilidad debido a su condición de mujer detenida. En efecto, el abordaje de la protección de los derechos de mujeres y niñas debe realizarse a la luz de un análisis constitucional y convencional de la materia”.¹⁰³

Asimismo, se tuvo en consideración que:

(...) las mujeres y niñas son las más expuestas a formas sistemáticas de violencia y abusos de poder, que ponen en riesgo su salud física, psíquica y sexual. Dicha violencia se manifiesta desde el ámbito físico, sexual, simbólico, psicológico, económico, patrimonial, laboral, institucional, ginecológico, doméstico, en los medios de comunicación, en la educación sistemática formal e informal, en la justicia, en la sociedad, entre otros, donde se estereotipa al colectivo mujeres, desconociéndose su dignidad y derechos humanos, por la prevalencia de esquemas patriarcales y una cultura androcéntrica, que se reproduce generando una vulnerabilidad estructural, que hasta la ha privado de un discurso y práctica jurídica de género.¹⁰⁴

En el análisis específico, detallaron que:

(...) se detecta que la encartada es una mujer que ‘proviene de un hogar desmembrado’ (ello, en tanto el informe social advierte –entre otras cosas–, que conoció a su madre a los doce años en un cumpleaños, que fue criada por su padre a quien dejó de ver a los dieciséis años y quien junto con su pareja ejercía violencia contra ella, que si bien tiene hermanos dejó de tener contacto con ellos desde los cinco años, que posteriormente, tuvo 6 hijos de diferentes parejas y con el primero de ellos sufrió violencia de género), que al momento de ingresar al penal tenía nivel educativo primario y que se había iniciado en el consumo de sustancias psicoactivas (...).¹⁰⁵

¹⁰³ Voto de la Dra. Figueroa en la sentencia identificada con el número SALA I FSM 43816/2018/TO1/14/1/CFC5 “Sena, Silvia Beatriz s/ casación”, Sentencia de 25 de agosto de 2020.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Idem*.

Asimismo, se consideró que: “frente a las circunstancias apuntadas y la situación excepcional que se transita, corresponde que la magistrada a cargo de la ejecución realice un nuevo examen de la cuestión planteada, bajo los lineamientos aquí indicados.”¹⁰⁶

El caso es relevante pues no sólo analiza de modo interseccional la preexistencia de violencias y vulnerabilidades previas, tanto como el interés superior de la infancia para adoptar una medida morigeradora o moderadora de la pena impuesta, sino que además releva que una mujer madre, en situación de encierro en plena pandemia de coronavirus, se encuentra expuesta a una serie de violencias específicas que deben ser contempladas con perspectiva de género a la luz de los compromisos internacionalmente asumidos.

Conclusiones

Propuesta: Compensación por pena ilícita por razones de género

En el texto señero “Las penas crueles son penas”,¹⁰⁷ Zaffaroni plantea que debe considerarse pena ilícita *cualquier añadidura o plus punitivo que no esté contemplado en la prisión legal ordenada de acuerdo a los estándares constitucionales y convencionales*. Sostiene que, a nivel jurídico, existe una pena legal o un trato punitivo de privación de libertad legal, mientras que hay otro u otros tratos que se manifiestan jurídicamente como tratos punitivos *prohibidos* (pena de reclusión, de relegación, muerte, tortura, etc.). A la vez, hay otros tratos que deben ser considerados ilegales, en tanto se manifiestan como tratos inhumanos, crueles o degradantes.

A pesar de que las penas ilícitas no estén legalmente permitidas, suceden en la realidad, por lo que la propuesta que se ensaya es que deberían estar incluidas en el horizonte de proyección del saber jurídico-penal y jurisdiccional. Desde esta perspectiva, esos tratos punitivos ilegales o ilícitos, por tanto, deben ser incorporados al análisis jurídico de la ejecución penal por los órganos jurisdiccionales encargados.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Véase Zaffaroni, Eugenio R., “Las penas crueles son penas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, 1994.

En este sentido, una vez señalada la multiplicidad de tratos punitivos que exceden realmente el marco jurídico normativo de una prisión legal para mujeres e identidades feminizadas, el sufrimiento y múltiples factores excluyentes previos, a los que se suman –como hemos visto– *plus* punitivos particulares, dolores específicos vinculados a sus condiciones de mujeres e identidades feminizadas-PdL; se nos impone reflexionar sobre el papel de la judicatura en el Estado constitucional de derecho y buscar caminos tendientes a reconocer el ser de las mujeres en prisión, para aproximarnos al deber ser jurídico al que se aspira y cuya misión resulta esencial para un Poder Judicial democrático. Esto así, pues la misión esencial del saber jurídico y el control jurisdiccional de la ejecución penal se imponen en función del control y realización de las garantías penales y procesales de la ciudadanía, lo cual –además– refuerza al propio Estado en su posición de garante.

En tal sentido, creemos esencial que, para que el sistema jurídico y jurisdiccional confluyan en la realización del efectivo Estado constitucional de derecho, su misión debe también incorporar el horizonte de estudio a la pena ilícita y la perspectiva de género, con el objeto de brindar mayores actos de justicia –entendida como aquella justicia sin discriminación y evitando la justificación de cualquier arbitrariedad posible, en especial en el ámbito de la ejecución penal–.

El mecanismo de compensación por pena ilícita ya ha sido aplicado previamente por órganos especializados en ejecución penal en Argentina.¹⁰⁸ En México, por su parte, este mecanismo podría ser utilizado por los órganos judiciales especializados en ejecución penal, por ejemplo, en el otorgamiento de sustitutivos de la pena.¹⁰⁹

Desde esta posición entonces, creemos que proponer como buena práctica judicial el tratamiento compensatorio de la pena ilícita que sufren las mujeres de manera interseccional, no sólo llevaría a un derecho reductor de la violencia, sino, particularmente, a un derecho más justo e igualitario en términos reales; al reconocimiento de las diferencias de cada persona, sus vivencias y padecimientos específicos en la privación de libertad, lo cual, en definitiva, redundará en una verdadera justicia *ius* humanista.

¹⁰⁸ Véase Juzgado Nacional de Ejecución Penal, 2 CCC 42629/2022/TO1/EP1 “Fallo Marín”.

¹⁰⁹ LNEP, artículos 142-144.

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas

ALVES Tamires, María, “Las violencias intrínsecas e la privación de libertad: El estudio de caso brasileño”, en Slokar, Alejandro (dir.), *Dolor y Punción*, Ediar, Buenos Aires, 2022, pp. 265-294. Disponible en: <https://www.ediar.com.ar/uploads/archivos/20220615-044416.separataqr.pdf>.

ANTONY, Carmen, *Hacia una criminología feminista. Violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos*, Undav-Avellaneda, Argentina, 2017.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, A/HRC/31/57, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 2016.

CASAL, Paula, “El género en las cárceles”, en Slokar, Alejandro (dir.), *Dolor y Punción*, Ediar, Buenos Aires, pp. 497-515. Disponible en: <https://www.ediar.com.ar/uploads/archivos/20220615-044416.separataqr.pdf>

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Mujeres en prisión: Los alcances del castigo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2011/04/Mujeres-en-prision.pdf>.

CIDH, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 91/23, *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, 2023. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/Informe-Mujeres-privadas-libertad.pdf>.

CNDH, Informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre el estado de guardan los derechos humanos de las mujeres internas en centros de reclusión de la República mexicana, México, 2013. Disponible en: <https://>

www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Informes/Especiales/informeEspecial_CentrosReclusion.pdf.

CNDH, *Personas indígenas en reclusión*, México, 2017. Disponible en: <https://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=40097>

CRENSHAW, Kimberlé, “Mapping the Margins. Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review*, vol. 43, núm. 6, 1991. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1229039>.

DAVIS, Angela, *¿Son obsoletas las prisiones?*, trad. de Gabriela Adelstein, Argentina, 1a. ed., Bocavulvaria ediciones, 2017.

DE MIGUEL Calvo, Estibaliz, “Encarcelamiento de mujeres. El castigo penitenciario de la exclusión social y la desigualdad de género”, en *Zerbitzuan Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria, Revista de servicios sociales*, Centro de Documentación y Estudios, núm. 56, 2014.

DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL EN MATERIA DE JUSTICIA Y LEGISLACIÓN PENAL, *Sistema Nacional de Estadística sobre Ejecución de la Pena (SNEEP)*, Argentina, 2022. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/09/informe_sneep_argentina_2022.pdf.

EQUIS: JUSTICIA PARA LAS MUJERES, A.C., *La reinserción social de las mujeres en México. Un largo camino para el restablecimiento de sus derechos*, Equis: Justicia para las Mujeres, México, 2021. Disponible en: https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2021/09/Informe_Reinsercion_completo.pdf.

FACIO Alda y Fries Lorena, “Feminismo, Género y Patriarcado”, en *Academia, Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Buenos Aires, Año 3, número 6, 2005. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.

- GARCÍA-BORES Espí, Josep y RIVERA BEIRAS, Iñaki (coords.), *La cárcel dispar. Retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario*, OSPDH, Barcelona, 2016.
- GARCÍA CASTRO, Teresa y SANTOS, María (coords.), *Mujeres trans privadas de la libertad: La invisibilidad trans los muros*, IDPC, WOLA, Dejusticia, Casa de las Muñecas Tiresias, A.C., Equis Justicia para las Mujeres, Procuración Penitenciaria de la Nación, Corpora en Libertad, Casa Hogar Paola Buenrostro y Almas Cautivas A.C., 2020.
- GIACOMELLO, Corina, “Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina”, Documento informativo del IDPC, 2013. Disponible en: <https://www.mpf.gob.ar/procurar/files/2014/06/Mujeres-y-delitos-de-drogas-IDCP.pdf>.
- GUTIÉRREZ Padilla, Michell y GARCÍA Martínez, Luis Alfredo, “El género está en los detalles: rutas para garantizar el enfoque diferenciado de género en la ejecución penal”, en *Derecho de Ejecución Penal. Tendencias hacia la legalidad en las prisiones*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2023, pp. 176-204.
- GUSIS, Gabriela y Farb, Laura, *Poder Patriarcal y Poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*, Ediar, Buenos Aires, 2020.
- FARB, Laura, “Ante las invisibilizadas y excluidas. En busca de su dolor perdido”, en Slokar, Alejandro (dir.), *Dolor y Punición. Perspectivas de las violencias en prisión*, Ediar, Buenos Aires, 2023, pp. 413 y ss.
- INEGI, *Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2023. Presentación de resultados generales*, México, 2023.
- INEGI, *Encuesta Nacional de Población Privada de su Libertad 2021, Principales resultados*, México, 2021.

PÉREZ Correa, Catalina *et al.*, “La política de drogas en México. Causa de una tragedia nacional. Una propuesta radical e indispensable para remediarla”, en *Pensamiento Penal*, 2018. Disponible en: <https://www.pensamiento-penal.com.ar/doctrina/47026-politica-drogas-mexico-causa-tragedia-nacional-propuesta-radical-e-indispensable>.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, Área Colectivos vulnerables, Equipo de Género y Diversidad Sexual, Equipo de Niños, Adolescentes y Jóvenes Privados de la Libertad, *Población joven adulta en cárcel de mujeres. Monitoreo de régimen de vida y condiciones de alojamiento de los sectores destinados a las mujeres jóvenes adultas del CPF IV de Ezeiza*, Argentina, s.a. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/images/blog/InformeJAFINAL.pdf>.

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*, Procuración Penitenciaria de la Nación, Buenos Aires, 2019. Disponible en: <https://ppn.gov.ar/pdf/publicaciones/ediciones-especiales/pari-como-una-condenada.pdf>.

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Informe estadístico 2022*, Argentina, 2022. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/3385-nuevo-informe-estadistico-del-departamento-de-investigaciones>

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, Equipo de Género y Diversidad Sexual, Dirección de Colectivos Vulnerados, Dirección General de Protección de DDHH, *Informe de la Procuración Penitenciaria de la Nación ante el CNPT*, Argentina, 2024. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/index.php/institucional/noticias/3605-la-ppn-presento-un-informe-sobre-la-situacion-de-las-mujeres-y-las-personas-travesti-trans-privadas-de-libertad-ante-la-apt>

PROCURACIÓN PENITENCIARIA DE LA NACIÓN, *Mujeres en prisión y cuestión de género*. Disponible en: <https://www.ppn.gov.ar/pdf/ejestematicos/Genero/Genero-y-Diversidad-Sexual-Informe-Anual-2010.pdf>

SAFRANOFF, Ana y Tiravassi, Antonella, “¿Quiénes son las mujeres que están en prisión en América Latina? Características y desigualdades de género”, en Documento de Trabajo núm. 002, Argentina, UNTREF, Centro de Estudios Latinoamericanos sobre Seguridad y Violencia, 2017. Disponible en: <https://celiv.untref.edu.ar/descargas/SafranoffTiravassi.pdf>.

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, SCJN, México, 2022.

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales*, SCJN, México, 2022.

WOLA, Consorcio Internacional sobre Políticas de Drogas, Dejusticia, Comisión Interamericana de Mujeres de la OEA, *Mujeres, Política de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en América Latina y el Caribe*, 2003. Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2016/06/Guide-WomenDrugsIncarceration-Spanish_WEB.pdf

INSTITUTE FOR CRIME AND JUSTICE POLICY RESEARCH, Birkbeck University of London *World Prison Brief*. Disponible en: <https://www.prisonstudies.org/>

YOUNGERS, A. Coletta, *Liberarlas es justicia: Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento en América Latina*, WOLA, IPDC, Dejusticia, s.l., 2023. Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2023/11/Briefing-Paper-Liberarlas-es-justicia_Final_Web.pdf

YOUNGERS, A. Coletta et al., *Mujeres encarceladas por delitos relacionados con drogas en América Latina: Lo que los números evidencian*, WOLA, s.l., 2020. Disponible en: <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/11/Final-Spanish-Women-Behind-Bars-Report.pdf>

ZAFFARONI, Eugenio R., “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Farb, Laura y Gusic, Gabriela (coords.), *Poder patriarcal y poder punitivo. Diálogos desde la crítica latinoamericana*, Ediar, Buenos Aires, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio R., *et al.*, *Manual de derecho penal parte general*, 2a. ed., Ediar, Buenos Aires, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio R., *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio R., “Las penas crueles son penas”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, 1994.

B. Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Primera Sala

SCJN, Amparo Directo en Revisión 2346/2023, Ministro Ponente: Juan Luis González Alcántara Carrancá, 8 de mayo de 2024.

SCJN, Amparo Directo en Revisión 6498/2018, Ministro Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, 23 de noviembre de 2022.

C. Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano

1. Casos contenciosos

Corte IDH, Caso *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371.

Corte IDH. Caso “*Instituto de Reeducción del Menor*” vs. *Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112.

2. Opiniones Consultivas

Corte IDH, Opinión consultiva OC 29/22 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad, 2022.

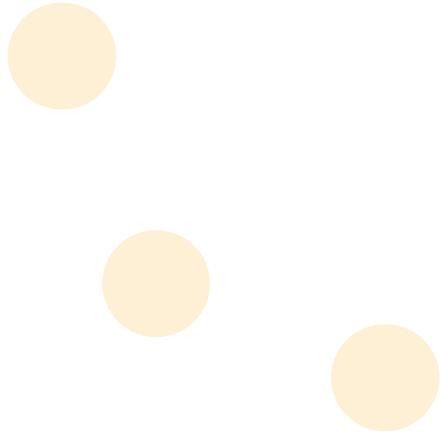
D. Resoluciones dictadas por otros tribunales

CFCP–SALA I FSM 43816/2018/TO1/14/1/CFC5, “Sena, Silvia Beatriz s/ casación”. JUZGADO NACIONAL DE EJECUCIÓN PENAL 2 CCC 42629/2022/TO1/EP1 “Fallo Marín”.

E. Documentos emitidos por el Sistema Universal de Derechos Humanos

UNODC, Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), 2011.

UNODC, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), 2015.



Capítulo

3.

Retos para garantizar una perspectiva de género y orientación sexual en las prisiones

Manuel Páez Ramírez*

* Doctor en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Docente investigador del Departamento de Derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Correo: manuel.paez@uexternado.edu.co.

Retos para garantizar una perspectiva de género y orientación sexual en las prisiones. Introducción. A. Precisiones conceptuales que justifican un trato diferenciado para las personas LGBT+ en la configuración de los sistemas penitenciarios. B. Caracterización de las violaciones a los derechos humanos de las personas-PdL LGBT+. C. Marco normativo de protección. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La obligación de imprimirle un enfoque diferencial a las políticas penitenciarias que respete la dignidad de las personas privadas de su libertad (PdL) LGBT+, se concreta en la adopción de medidas estructurales que reconozcan su igualdad formal (derechos civiles y políticos); corrijan los efectos de la discriminación y la consecuente inequidad en la distribución de recursos (derechos económicos, sociales y culturales) y combatan la impunidad, incluyendo la garantía de una reparación integral proporcional al daño ocasionado (derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos).

En sentido contrario, las estrategias de adecuación penitenciaria que se limiten a los aspectos meramente logísticos (como la distribución de la custodia de los cuerpos o la regulación de las visitas íntimas) tendrán poca utilidad y perpetuarán la invisibilización de la heteronormatividad¹ como fuente de la violencia sistemática e histórica que aqueja al colectivo LGBT+, a través de la reproducción

¹ El pensamiento heterosexual o la “heteronormatividad” aluden al sistema de control de los géneros y las sexualidades que niega o censura cualquier subjetividad disidente. Una norma que “nunca ha sido obligatoria pero siempre ha operado *como si lo fuera*”. Gómez, María Mercedes, “De las heterosexualidades obligatorias a los parentescos alternativos: reflexiones sobre el caso colombiano”, Revista Latinoamericana de Estudios de la Familia, vol. 1, Colombia, 2009, pp. 82-103.

de estereotipos y prejuicios con fuerte arraigo social.² Por ello, la única respuesta estatal coherente y eficaz con las necesidades de las personas-PdL con orientaciones sexuales e identidades de género diversas es aquella encaminada a “transformar” o a desarticular el régimen político que alimenta, anima y legitima la opresión y exclusión de tales personas.³

Con este escenario en mente, a continuación se mencionarán algunos elementos a tener cuenta para la regulación de las condiciones de reclusión y la protección de los derechos de las personas-PdL LGBT+. En segundo lugar, se darán a conocer las violaciones a derechos humanos más frecuentes, perpetradas contra las personas con identidades y orientaciones sexuales diversas en contextos carcelarios. En tercer lugar, se expondrán los estándares normativos desarrollados tanto en el ámbito internacional como en el doméstico, a la hora de regular esta materia. Por último, se compartirán una serie de recomendaciones para que la respuesta estatal sea congruente con los principios jurídicos existentes y con las necesidades y los contextos de vulnerabilidad en los cuales se suele inscribir este colectivo.

A. Precisiones conceptuales que justifican un trato diferenciado para las personas LGBT+ en la configuración de los sistemas penitenciarios

I. Ser LGBT+ es una forma de describirse y de ocupar un lugar en la estructura social

Las identidades LGBT+ no cuentan con rasgos reconocibles a simple vista, a diferencia de las comunidades racializadas o las mujeres. Son más bien maneras de autoidentificarse con significación política, desde las cuales se reivindican derechos y libertades. Emergió como categoría en la Europa del siglo XIX impulsada por círculos médicos y criminológicos que pretendían nombrar a las “perversiones

² Cfr. ONU, A/HRC/35/36, “Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”, 19 de abril de 2017.

³ Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 267.

sexuales”, para así poder tratarlas, amputarlas y controlar su dispersión en el cuerpo social.⁴

El etiquetamiento de la “desviación” como mecanismo de control funcionó para ofrecer un umbral “claro, público y reconocible” entre lo prohibido y lo permitido. Al igual que el sistema penal y penitenciario alimenta la idea de mantener “pura” al resto de la población de quienes no respetan la ley.⁵ La constitución del ser homosexual como el “otro repugnante” permite la segregación y el castigo de quienes se salen de la “heteronormatividad”.

Desde otra perspectiva, los estudios *queer* entienden la incorporación de las identidades LGBT+ a lo individual como un proceso complejo en el que confluyen la interpelación externa (comúnmente violenta), resistencia, apropiación y atribución de nuevos significados emancipadores.⁶ La inscripción de una persona en una categoría sexual abyecta la subordina a sistemas de normas y leyes que le asignan lugares inferiores en la colectividad. Así, vuelve a crear su identidad personal de aquella que le fue asignada. En el caso LGBT+, *todo comienza con un insulto*⁷ que demuestra el poder sobre el otro y lo declara “anormal y degenerado” ante el público. La identidad personal de quien se insulta se desarrolla según el grado de aceptación o rechazo de la interpelación que ocasionan la humillación y la evolución internas que experimenta, frente a la relación de sumisión o de rebelión ante el régimen heterosexual.

Por consiguiente, cada persona interpelada violentamente por sus prácticas sexuales y de género lleva un proceso diferente, dependiendo del contexto que habita. Esto implica que la desobediencia a la heteronorma no se traduce en la asunción de la identidad gay, lesbiana, bisexual o trans*,⁸ y menos en la aceptación a ser reconocida así en el espacio público. En todo caso, reconocerse como LGBT+ no

⁴ Cfr. Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Siglo XXI, México, 2007.

⁵ McIntosh, Mary, “The Homosexual Role”, *Social Problems*, vol. 16, núm. 2, 1968, pp. 183 y 184.

⁶ Véase Córdoba García, David, “Teoría *Queer*: reflexiones sobre sexo, sexualidad e identidad. Hacia una politización de la sexualidad”, en Córdoba García, David et al., *Teoría Queer. Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*, Egales, Madrid, 2009.

⁷ Eribon, Didier, *Insult and the Making of the Gay Self*, Duke University Press, Durham, 2004, p. 15.

⁸ [N. d. A.] A lo largo del texto se utiliza un asterisco al final de la palabra trans*, reconociendo y visibilizando que éste es un término sombrilla que comprende diferentes posibilidades de la identidad y

es una decisión inamovible y permanente, de la misma forma en que el género y la sexualidad son fluidos: cada quien es libre de adoptar y transitar entre nuevas formas de identificación, según el momento y el entorno en el cual se desenvuelva.

II. Cada uno de los componentes de la sigla LGBT+ exhibe características especiales que impiden asimilarles y brindarles el mismo tratamiento por parte del Estado

Las identidades LGBT+ no son realidades uniformes y universales. El hombre **homosexual** transitó de ser una “subespecie patológica” hacia una manifestación legítima de la sexualidad en el norte global, gracias a la movilización política⁹ y, en muchos casos, al apego de expresiones de género tradicionalmente masculinas.¹⁰

Por otra parte, gracias a la lectura freudiana de la anatomía femenina –la de un cuerpo masculino invertido al que le faltó calor, vitalidad e intensidad y como resultado terminó siendo imperfecto–, las **identidades lésbicas** se diagnosticaron en un principio como el efecto de la “esencia varonil” en el cuerpo de las mujeres.¹¹ Además de los prejuicios por acoger una sexualidad divergente, las lesbianas han debido soportar la discriminación derivada de haber sido asignadas mujeres al nacer, sobre todo en la cultura occidental sexista, regida por relaciones de poder entre géneros que limita a las mujeres de disfrutar en igualdad de condiciones sus derechos humanos.

De otro lado, la **bisexualidad**, entendida como la afinidad romántica y sexual por más de un sexo o género, sin necesidad de hacerlo de forma coetánea ni con el mismo “grado”,¹² a pesar de ser más numerosa que las otras disidencias sexuales

expresión de género, tales como: travesti, transexual, transgénero, persona no binaria, *cuir*, *muxhe*, transmascunidades, transfeminidades, entre muchas otras.

⁹ Cfr. Halperin, David, *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays on Greek Love*, Routledge, Nueva York, 1990, pp. 24-29 y 41-53.

¹⁰ Valentine, David, *Imagining Transgender: An Ethnography of a Category*, Duke University Press, Durham, 2007. Igualmente, Levine, Martin, *Gay Macho: The Life and Death of the Homosexual Clone*, New York University Press, Nueva York, 1998.

¹¹ Bronski, Michael, *A Queer History of the United States*, Beacon Press, Boston, 2011, p. 14.

¹² Swan, Joye, “Defining Bisexuality: Challenges and Importance of and Toward a Unifying Definition”, en Habibi, Shani y Swan, Joye, *Bisexuality Theories, Research, and Recommendations for the Invisible Sexuality*, Springer, 2018, p. 38.

ha sido borrada y suprimida¹³ como categoría identitaria. Las orientaciones monosexuales (hetero y homosexuales) la encuentran inconveniente por desestabilizar la creencia de la orientación sexual como un aspecto inmutable, por lo que resulta un obstáculo a la hora de determinar el “verdadero lugar” de alguien dentro de la jerarquía sexual.

La bisexualidad destruye la “presunción de heterosexualidad”¹⁴ y deja sin fundamento la dicotomía entre lo hetero y lo homo.¹⁵ Así, las personas heterosexuales ven amenazada su ubicación privilegiada en las sociedades contemporáneas, al no tener certeza de quién es el “otro” a subordinar para retener el monopolio de la virtud sexual.¹⁶

Por último, la categorización de “**personas trans***” encuentra su antecedente en el *transexualismo*, una categoría médica adoptada en el siglo XX. Sin embargo, con los desarrollos académicos del feminismo y del género en las ciencias sociales, fue dejada en desuso y se adoptó “transgénero” como una noción que buscaba superar el enfoque patologizante y altamente sexualizado de las personas con variaciones de género. Describe cualquier modificación del género exteriorizado, más allá de la dicotomía masculino-femenino, restrictiva para algunas personas.¹⁷

Si bien originalmente Virginia Prince la acuñó¹⁸ para nombrar a quienes vivían con un género distinto al asignado al nacer sin recurrir a modificaciones quirúrgicas¹⁹ (es decir, un punto intermedio entre travestis y transexuales),²⁰ actualmente agrupa

¹³ Yoshino, Kenji, “The Epistemic Contract of Bisexual Erasure”, *Stanford Law Review*, vol. 52, núm. 2, 2000, p. 149.

¹⁴ Todos somos heterosexuales hasta que se demuestre lo contrario.

¹⁵ Yoshino, Kenji, *op. cit.*, p. 400.

¹⁶ *Ibid.*, p. 401.

¹⁷ Debido a las particularidades y los altos índices de marginación y violencia que enfrentan las personas trans* en contextos carcelarios, el capítulo siguiente se dedicará exclusivamente al enfoque diferenciado que debe aplicarse a esta población. Sin embargo, en este capítulo se incluyen ciertas referencias y ejemplos pertinentes, ya que se aborda la situación de la población LGBT+ en su conjunto.

¹⁸ Valentine, David, *op. cit.*, p. 32.

¹⁹ Tauches, Kimberly, “Transgendering: Challenging the ‘Normal’”, en Seidman, Steven *et al.*, *Introducing the New Sexuality Studies*, Routledge, 2011, p. 137.

²⁰ Stryker, Susan, “(De)Subjugated Knowledges, An Introduction to Transgender Studies”, en Stryker, Susan y Whittle, Stephen, *The Transgender Studies Reader* (eds.), Routledge, Nueva York, 2006, p. 4.

distintas modalidades de “hacer el género”, incluyendo las categorías clásicas de travestis y transexuales y las mucho más recientes identidades *queer*.²¹

La disruptividad de lo trans* en las sociedades occidentales viene de la centralidad del género en su funcionamiento. Para *llegar a ser* humano o entenderse como tal, Butler señala la necesidad de ejecutar el guion del género asociado con el mismo, de manera que la sociedad pueda saber si soy “hombre o mujer” según el sistema “sexo-género”.²² Cualquier forma de organización social, desde la pareja hasta el Estado, funciona a partir de esta ficción de lo masculino y lo femenino como polos radicalmente opuestos. En consecuencia, quienes deciden *performar* un papel distinto al género ligado a su genitalidad (sexo) interpelan prácticas que parecían naturales, biológicas e inmutables y, con ello, desorientan las bases epistemológicas de la estructura social.

La incertidumbre ocasionada por la dificultad para encasillarles puede desembocar en “pánicos de género” o eventos en los cuales los demás reaccionan de forma negativa y desmedida ante las irregularidades en la correspondencia entre sexo/género/sexualidad.²³ En los lugares segregados por género, como los establecimientos carcelarios, el pánico es más frecuente y quienes poseen experiencias de vida trans* suelen ser humilladas, acosadas y maltratadas.²⁴ Frecuentemente se les acusa de efectuar falsas representaciones sobre su “verdadera naturaleza”; de ese modo, su identidad se valora como una mentira y a quien la porta, como una persona “mala por definición”.

²¹ Según Westbrook, algunas de las identidades novedosas reunidas bajo el nombre transgénero son: andrógenos, bigenerizados, ‘dobladores de género’, ‘ellellas’, ‘multigéneros’, ‘transexuales no operadas’, quienes ‘pasan’ por mujeres, ‘transexuales post-operativos’, transexuales pre-operados’, ‘pre-transexuales’, ‘hadass radicales’, ‘transgenderistas’ y ‘dos espíritus’. Westbrook, Laurel, *Becoming Knowably Gendered: The Production of Transgender Possibilities and Constraints in the Mass and Alternative Press from 1990-2005 in the United States*, Routledge, s.l., p. 51.

²² En palabras de Butler: “persons’ only become intelligible through becoming gendered in conformity with recognizable standards of gender intelligibility”. Butler, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, Nueva York, 1999, p. 22.

²³ Schilt, Kristen y Westbrook, Laurel, “Doing Gender, Determining Gender: Transgender People, Gender Panics, and the Maintenance of the Sex/Gender/Sexuality System”, *Gender and Society*, vol. 28, núm. 1, 2014, p. 33.

²⁴ Calhoun Davis, Erin, “Situating ‘Fluidity’: (Trans) Gender Identification and the Regulation of Gender Diversity”, *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 15, núm. 1, 2009.

El castigo contra lo trans* encuentra asidero, pues implica engañar “inocentes” para hacerles creer algo que no es cierto. Este reproche alcanza manifestaciones extremas como la muerte,²⁵ lo que demuestra que las personas trans* son quienes sufren con mayor intensidad y sistematicidad la violencia directa y estructural del régimen heterosexual.

En conclusión, las trayectorias personales de quienes integran la comunidad LGBT+ son diferentes; suponen modelos de opresión con dinámicas específicas y requieren que los Estados diagnostiquen, en cada evento, las circunstancias de discriminación por las cuales atraviesa cada uno de estos colectivos identitarios (en los centros penitenciarios o en cualquier otro ámbito), con el fin de que diseñen políticas y programas pertinentes e idóneos para satisfacer sus necesidades con dignidad.

III. Ser LGBT+ en América Latina: un estudio obligatorio de la interseccionalidad

Las reflexiones que se han desarrollado sobre las identidades LGBT+ en el continente se han adelantado “con base en `marcos conceptuales importados” que no necesariamente se adaptan “a realidades de cuerpos racializados, empobrecidos, folclorizados, [y] colonizados (...)”.²⁶ Nadie es sólo LGBT+. La interseccionalidad denuncia el funcionamiento agregado de prejuicios contra esta población. La confluencia de numerosos sistemas de opresión en las personas discriminadas produce impactos diferenciados que deben tenerse en cuenta al momento de reglamentar sus derechos. Es necesario que los Estados adopten un enfoque interseccional, pues evitan con ello marginar los intereses y las experiencias de las personas en las cuales convergen estructuras de subordinación como la clase, el género, la raza, la orientación sexual y la nacionalidad.²⁷

²⁵ Stryker, Susan y Whittle, Stephen, *op. cit.*, p. 7.

²⁶ Espinosa Miñoso, Yuderkys, “Etnocentrismo y colonialidad en los feminismos latinoamericanos: complicidades y consolidación de las hegemonías feministas en el espacio transnacional”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 14, núm. 33, 2009, pp. 37-54; y Carosio, Alba, “Feminismo latinoamericano y su proyecto ético-político en el siglo XXI”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 14, núm.33, 2009, pp. 13-24.

²⁷ *Idem.*

B. Caracterización de las violaciones a los derechos humanos de las personas-PdL LGBT+

Las situaciones de vulnerabilidad que atraviesan a las personas LGBT+, así como las condiciones generales de desprotección y negligencia estatales frente a la población privada de la libertad, son terreno fértil para la concurrencia de graves violaciones a la integridad física, mental y sexual de esta población. Según el Relator Especial de Naciones Unidas contra la tortura, la sobreexposición a la violencia se debe a tres factores principales: i) la percepción de inferioridad que las demás personas-PdL tienen sobre ellas; ii) las condiciones de detención y reclusión son más gravosas que las del resto de la población carcelaria, y iii) la incitación y tolerancia de las violencias por parte del personal penitenciario.²⁸

Si bien estas agresiones frecuentemente se mantienen fuera del conocimiento de la justicia por miedo de las víctimas a represalias de sus atacantes, cuando por estos hechos se da apertura a procesos penales, a menudo engorrosos y revictimizantes, el caso suele quedar en impunidad debido al poco impulso por parte del personal jurisdiccional a cargo, tanto por sus propios prejuicios como por la inaplicación de la perspectiva de género en el accionar penal.²⁹

El caso de la sentencia T-1096 de la Corte Constitucional de Colombia (2004) ejemplifica con precisión las distintas formas que puede tomar la violencia hacia las personas-PdL LGBT+. Se trata de un hombre gay en la cárcel del municipio de Chaparral, Tolima, Colombia. Además del hacinamiento y las precarias condiciones sanitarias, el accionante fue abusado sexualmente por sus compañeros en repetidas ocasiones, siendo objeto de amenazas y lesiones cuando se negaba a mantener relaciones sexuales con ellos. Para el momento de la interposición de la tutela, luego de un intento de suicidio, la víctima no tenía certeza de si era VIH positivo, debido a que lo violó una persona portadora del virus y el servicio médico de la cárcel no le realizó los exámenes pertinentes.

²⁸ ONU, A/56/156, “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”; párr. 23.

²⁹ ONU, A/HRC/31/57, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, párr. 35.

Esta dramática situación se replica de manera generalizada a lo largo del mundo y con considerable crudeza en países de las Américas.³⁰ A través del análisis de casos, es posible caracterizar las violencias que con más frecuencia desafían la cotidianidad de las personas-PdL LGBT+. Con el ánimo de dimensionar la problemática que enfrenta esta comunidad, a continuación, se compartirán algunos de ellos.

I. Violencia por prejuicio

Los distintos sistemas de opresión que atraviesan las identidades LGBT+ en prisión las ubican al final de la jerarquía informal que existe en los centros de detención, lo que aumenta desproporcionadamente su riesgo de sufrir actos de tortura u otros malos tratos por otras personas-PdL o personal carcelario.³¹ Estos crímenes además de buscar “corregir” la identidad de género o la orientación sexual de la víctima, envían un mensaje simbólico de castigo y amenaza a todas aquellas conductas e identidades que disten de lo impuesto por la heteronorma. Lo aquí descrito ha sido teorizado como “violencia por prejuicio” y es producto de los estereotipos e imaginarios falsos que giran en torno al “otro” distinto a “nosotros”, en este caso, a las personas LGBT+.³²

Es así como los centros penitenciarios sirven como dispositivos de control destinados a corregir cualquier expresión de género que irrumpa con el trinomio sexo/género/sexualidad de la misma forma que se amonesta el actuar criminal. Así lo muestra el testimonio de Sofía; a quien junto a sus demás compañeras trans, en una cárcel de México, la obligaban a cortarse el pelo largo, quitarse las extensiones, ponerse ropa “de hombre” y a no maquillarse. Los guardias hacían requisas sorpresa en sus celdas y si encontraban “cosas de mujer” se las llevaban y las castigaban.³³ También están los casos de las mujeres lesbianas que, al desobedecer la

³⁰ Corte IDH, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Opinión Consultiva OC 29/22, del 30 de mayo de 2022, párrs. 229-230.

³¹ CIDH, OEA, Serie L/V/II.rev.2, “Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, párr. 148.

³² Gómez, María Mercedes, “Violencia por prejuicio”, en Motta, Cristina y Sáez, Macarena, *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, vol. 2, Siglo del Hombre, Bogotá, 2008, pp. 90-99.

³³ Centro de Estudios y Acción por la Justicia Social, *Diversidad y derechos. Diagnóstico sobre el acceso y ejercicio de derechos de las personas LGBTQ+ privadas de la libertad en México*. CEA Justicia Social, Ciudad de México, 2022, p. 33. Para una profundización en este tema, véase el siguiente capítulo de este libro.

expectativa de sumisión y rechazar las insinuaciones sexuales de los guardias, se les envía a celdas con hombres acusados de delitos sexuales para ser “disciplinadas”.³⁴

Las mujeres trans son la población más expuesta a sufrir las manifestaciones sexuales de la violencia por el prejuicio; frecuentemente son recluidas en pabellones carcelarios masculinos para realizarles el examen de su genitalidad a la hora de su ingreso. Una vez que son víctimas o se les amenaza de ser atacadas, las autoridades carcelarias las confinan en solitario, en detrimento de su salud física y mental.

Para ejemplificar la brutalidad de la violencia de la que son víctimas, se comparte el caso de Ayelén, una mujer trans argentina arrestada por cinco oficiales que abusaron sexualmente de ella. Una vez en la comisaría, la llevaron a una celda masculina donde también fue abusada por otros detenidos. Después de pasar la noche con sus agresores, la obligaron a limpiar la estación de policía.³⁵

II. Arrestos y detenciones irregulares

La LGBTfobia arraigada a la cultura policial, que reproduce y a su vez crea estereotipos y actitudes de desdén hacia dicha comunidad, explica la violencia selectiva en su contra en el marco de arrestos y detenciones, donde la discriminación por parte de los agentes de la fuerza pública ocurre con impunidad.³⁶ Además de los ataques físicos, abusos sexuales y el hostigamiento verbal hacia la persona detenida, son comunes las violaciones a las garantías procesales como la negación de asesoría legal, la prolongación arbitraria de la retención y la restricción de comunicación con sus seres queridos.

Por ejemplo, en el caso *Azul Rojas Marín vs. Perú* en la Corte IDH se expone que, en el momento de la detención arbitraria, el cuerpo de policías golpeó brutal-

³⁴ ONU, A/68/340, “Informe sobre las causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres, párr. 60.

³⁵ Akahatá (Equipo de Trabajo en Sexualidades y Géneros), Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, *Situación de los derechos humanos relacionados con las personas LGBTI y los derechos sexuales y derechos reproductivos en Argentina*, Akahatá, Buenos Aires, 2014, párr. 4.

³⁶ Reforma Penal Internacional, Asociación para la Prevención de la Tortura, *Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*, APT, 2013, p. 8.

mente a la víctima mientras le gritaban insultos relacionados con su identidad sexual, que para ese momento era de hombre homosexual. Una vez en la dependencia policial, los malos tratos continuaron seguidos por la violación sexual de Azul con una vara de goma por parte de un uniformado. Aunque el supuesto motivo de su detención fue para fines de identificación, la víctima estuvo por más de cuatro horas retenida en la Comisaría. En el informe que la dependencia policial emitió en el marco de la investigación de los hechos presumen que Azul se autolesionó para causarle daño al efectivo policial que la intervino, justificándose en que uno de los agentes involucrados también participó en investigaciones contra los hermanos de la víctima en un caso de homicidio.³⁷

III. Asignación de centros penitenciarios³⁸

La falta de reconocimiento de la identidad de género de las personas trans* por parte del sistema penitenciario a la hora de asignarles el centro de reclusión donde deben cumplir la pena privativa de la libertad es un trato inferior injustificado, en comparación con el recibido por las demás personas-PdL, que las expone a condiciones graves de violencia contra su integridad física y emocional.³⁹ Así le sucedió a Paula, una mujer trans que estuvo recluida en una cárcel masculina en El Salvador, donde miembros de las maras la violaron más de cien veces con complicidad de los funcionarios penitenciarios.⁴⁰

En aquellos Estados donde no hay protocolos respetuosos de la identidad de género, los criterios de asignación son biologicistas y dan cabida a que en el examen médico de ingreso ocurran episodios de violencia transfóbica. Por ejemplo, Victoria, una mujer trans mexicana, cuando el médico le dijo que la enviaría al penal de hombres, ocultó sus genitales⁴¹ para simular una vagina y que no la enviaran a una cárcel de sólo hombres, donde ella presumía que iba a ser atacada sexualmente.⁴²

³⁷ Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020, párrs. 53, 56, 57 y 60.

³⁸ El contenido de este apartado será abordado con mayor profundidad en el siguiente capítulo de este libro.

³⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC 29/22, *op. cit.*, párr. 237.

⁴⁰ ONU, A/HRC/17/26/Add.2, “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias”, párr. 29.

⁴¹ A través de la técnica de *tucking*, que puede llegar a ser bastante dolorosa, lo fue para Victoria.

⁴² CEA Justicia Social, 2022, *op. cit.*, p. 29.

IV. Confinamiento solitario

Ante la concreción del riesgo de violencia contra las personas-PdL LGBT+, los centros penitenciarios, invocando la protección de esta población “diferente”, han optado por aislarles o separarles de las demás. Organismos de derechos humanos, como el Comité contra la Tortura (CAT), han reconocido que aunque, efectivamente, una medida de protección frente a las amenazas y agresiones puede ser la segregación,⁴³ no se debe convertir en un tratamiento cruel y degradante como lo es el confinamiento solitario, que impide el contacto social y el ejercicio de otros derechos como la recreación y la educación.

Frente a esta materia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recibió el *Caso X vs. Turquía*:⁴⁴ un hombre gay que solicitaba el traslado de patio dentro del centro penitenciario por miedo a sufrir ataques homofóbicos; fue asignado a una celda individual de siete metros cuadrados como medida de protección. En este tipo de celdas solamente reclusos a los sentenciados por los delitos de pedofilia y violación sexual, ninguno de los cuales cometió la víctima. Durante 8 meses y 3 semanas se le impidió cualquier contacto con otras personas-PdL o salir a la intemperie. Solamente pudo hablar con su abogado y atender diligencias judiciales.

El TEDH consideró que Turquía había desconocido el artículo 3o. del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (CEDH), sobre el derecho a la integridad personal y la prohibición de tortura, por causarle al denunciante graves sufrimientos físicos y mentales contrarios a su dignidad humana; así como el artículo 14o., sobre el derecho a la igualdad y no discriminación, debido a que las deplorables condiciones de confinamiento se basaron únicamente en su orientación sexual, sin que se justificara un trato distinto al de aquellas personas-PdL que también eran objeto de amenazas.

⁴³ Comité contra la Tortura, CAT/C/NAM/CO/2, “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Namibia”, párr. 31.

⁴⁴ TEDH, *Caso X vs. Turquía*. Sentencia de octubre de 2012. No. de aplicación: 24626/09.

V. Negación al disfrute de la visita íntima

El derecho a la visita íntima de las personas-PdL LGBT+ suele encontrar trabas para su goce efectivo. En primer lugar, el amplio margen de discrecionalidad que otorga el sistema penitenciario a las cárceles para definir el procedimiento de las visitas ha abierto la puerta a que uno de los requisitos para su disfrute sea la demostración del matrimonio o la prueba sumaria de la unión de hecho de la pareja, lo cual es imposible en varios Estados de la región que aún no reconocen el matrimonio igualitario o las uniones civiles homosexuales.⁴⁵

Tal fue el caso de Marta Lucía Álvarez, una mujer lesbiana colombiana, que en 1994 solicitó la visita íntima de su entonces pareja sentimental y aunque la fiscal a cargo de su caso lo autorizó, la Directora del centro de reclusión de Pereira negó el requerimiento porque según el Reglamento General de Reclusión del INPEC, Resolución 5889/93, sólo quienes fueran cónyuges o compañeros permanentes podían disfrutar de la visita íntima, regla que no se aplicó con rigurosidad en las cárceles masculinas colombianas donde hay mucha más libertad para el ejercicio de este derecho.⁴⁶

Álvarez no se rindió y siguió presentando derechos de petición para que autorizaran la visita de su novia. Sin embargo, injustificadamente, la víctima fue trasladada en diecisiete ocasiones de centros penitenciarios para impedir que continuara reclamando su derecho a la visita íntima. No fue hasta el año 2003, mismo año en que le conceden la libertad, que Marta Álvarez pudo ejercer su derecho a la visita íntima.⁴⁷ El caso fue conocido por la CIDH y, derivado del acuerdo de cumplimiento negociado con el Estado, Colombia reformó el reglamento general penitenciario y conformó una mesa de trabajo para el seguimiento de su cumplimiento, entre otras, de medidas de reparación. Más adelante se abordarán con detenimiento.

⁴⁵ Asociación para la prevención de la tortura (APT), “Monitoreo de la situación de las personas LGBTI en prisión”, en *Hacia la efectiva protección de las personas LGBTI privadas de libertad. Guía de Monitoreo*, APT, Francia, 2019, p. 90.

⁴⁶ CIDH, OEA, Informe No. 122/18, Caso 11.656, Informe de fondo. Marta Lucía Álvarez Giraldo. 5 de octubre de 2018.

⁴⁷ Álvarez, Marta Lucía y Cotes, Miriam (eds.), *Mi historia la cuento yo*, Ministerio del Interior de Colombia, Bogotá, 2017.

Por otra parte, los prejuicios que permean al personal penitenciario también son un obstáculo para disfrutar de la visita íntima. Por ejemplo, el caso de Valentina, una mujer lesbiana de México que, en repetidas ocasiones que visitó a su esposa a prisión, la separaron del área de visitas al arbitrio del guardia de turno porque es mal visto que una mujer esté con otra mujer o porque es “medio niña, medio niño”.⁴⁸

Las pésimas condiciones de reclusión como el hacinamiento, la corrupción de guardias y personas-PdL y la falta de higiene en las prisiones también impiden el goce de la visita íntima, o en los mejores casos, a ejercer este derecho de manera adecuada. Así lo relata una mujer trans privada de la libertad en una cárcel de Barranquilla (Colombia) que afirma que, al no haber espacio para recibir visitas íntimas, se deben arrendar celdas de otros presos, ya que por la misma LGBTfobia no ofrecen ese “servicio” para parejas del mismo sexo.⁴⁹

VI. Vulneraciones al derecho a la salud⁵⁰

La población carcelaria enfrenta violaciones sistemáticas a su derecho a la salud por las indignas condiciones que existen dentro de los centros penitenciarios para el acceso a este servicio, visiblemente inferiores y más precarias que las prestadas por la red pública de salud disponible para los demás ciudadanos.⁵¹ El hacinamiento, la falta de acceso a agua potable y las malas condiciones de higiene y salubridad son factores propicios para el deterioro de la salud física y mental. En el caso de las personas LGBT+ esta situación se recrudece por el riesgo de violencia física, mental y sexual al que se exponen.

En el caso de las personas trans*, las complicaciones asociadas a procesos de transformación corporal mal realizados y a tratamientos hormonales interrumpidos por el ingreso a prisión, las ponen en una situación de alta incidencia de

⁴⁸ CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁹ Colombia Diversa. “*Muchas veces me canso de ser fuerte*”. *Ser lesbiana, gay o trans en las cárceles de Colombia: 2015-2016*, Colombia Diversa, Bogotá, 2017, p. 37.

⁵⁰ El contenido de este apartado será abordado con mayor profundidad en el siguiente capítulo de este libro.

⁵¹ APT, abril de 2019, *op. cit.*, p. 98.

comorbilidades. Quienes buscan iniciar precisamente estos tratamientos de reasignación estando privadas de la libertad, se les niega esta posibilidad al considerarse “lujos innecesarios”.⁵² Por ejemplo, en la cárcel de Bellavista (Colombia) el centro penal no permite a las mujeres trans la aplicación o ingesta de hormonas, así estén respaldadas con fórmulas médicas, ya que se no se consideran una necesidad y porque, a juicio del personal de guardia, esa cárcel se pensó para hombres.⁵³

La limitación de acceso a preservativos,⁵⁴ el uso de agujas compartidas para el consumo de drogas, el ejercicio del trabajo sexual intramural y la alta incidencia de casos de violencia sexual, hace que las personas-PdL LGBT+ estén más expuestas a contraer enfermedades de transmisión sexual como el VIH o la hepatitis B, a las que los centros penitenciarios no responden con la urgencia debida, precisamente porque ignoran las denuncias de abusos y dado que en sus reglamentos suelen estar prohibidas las relaciones sexuales y el consumo de sustancias psicoactivas dentro del establecimiento carcelario.⁵⁵ Este fue el caso de Sandra, una mujer trans que fue torturada y abusada sexualmente por los guardias de la cárcel en México donde estaba recluida y, lastimosamente, fue infectada por uno de ellos con VIH.⁵⁶

El panorama de la salud mental de las personas-PdL LGBT+ también es preocupante. Según la Encuesta Nacional sobre Diversidad y Género (ENDISEG),⁵⁷ en México, 3 de cada 10 personas LGBT+ en el país han pensado quitarse la vida y 14 % de las encuestadas lo han intentado. Aunque no hay una cifra en lo que respecta a las personas-PdL LGBT+, las graves condiciones en las que se encuentran son factores de riesgo para que efectivamente terminen con su vida. Por ejemplo, cuando Alejandra transicionó, manifestó en repetidas ocasiones contemplar intenciones suicidas. Ella es una mujer trans mexicana que soportó los malos tratos dentro del penal, la burocracia para su cambio de identidad y el rompimiento de

⁵² *Idem*.

⁵³ Colombia Diversa, *op. cit.*, p. 58.

⁵⁴ CORPORA EN LIBERTAD, “Personas LGBTI+ privadas de la libertad. Informe desde el contexto de México, Guatemala, Honduras y El Salvador”, Corpora en libertad, Brasilia, 2021, p. 54.

⁵⁵ APT, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁶ CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁷ INEGI, Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género (ENDISEG), INEGI, México, 2021.

sus vínculos familiares.⁵⁸ También está el caso de Ashley Diamond, una mujer trans estadounidense que desde que le negaron el tratamiento hormonal en la cárcel ha atravesado una depresión severa, en virtud de la cual ha intentado castrarse y quitarse la vida.⁵⁹

C. Marco normativo de protección

I. Regulación en el DIDH

El Derecho Internacional de Derechos Humanos DIDH no cuenta con un cuerpo normativo de *hard law* dirigido a regular las obligaciones de protección de los Estados frente a las personas LGBT+, particularmente aquellas privadas de su libertad. Sin embargo, esto no significa que estén desprotegidas. Los Estados deben cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de los tratados de derechos humanos que ratificaron y les corresponde aplicarlos sin sesgos ni estereotipos. Es decir, haciendo efectivo el principio de igualdad y no discriminación a favor de todas las identidades sexuales diversas.

Sin embargo, ante aplicaciones restrictivas del derecho internacional y violatorias al derecho a la igualdad de las personas LGBT+ por parte de varios Estados, un grupo de expertos en derechos humanos de distintos lugares del mundo emitieron un conjunto de principios en materia de orientación sexual e identidad de género, con el fin de promover la aplicación adecuada del DIDH en la protección del colectivo LGBT+. Estas máximas se conocen como los Principios de Yogyakarta,⁶⁰ los cuales no ofrecen estándares novedosos, sino aclaraciones o precisiones sobre la interpretación de las obligaciones en vigor que ya vinculan a los Estados.

En materia de personas-PdL LGBT+, los Principios de Yogyakarta desarrollan varias garantías a la luz de sus realidades. Por ejemplo, el principio 7 contiene el

⁵⁸ CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁹ CIDH, OEA. Serie L/V/II.rev.2. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América, *op. cit.*, párr. 152.

⁶⁰ Los Principios de Yogyakarta y Principios de Yogyakarta +10, 2006 y 2017.

derecho de toda persona a no ser detenida arbitrariamente por su orientación sexual o identidad de género y a gozar de las mismas garantías procesales y judiciales del resto de población. También advierte la obligación de capacitar a los agentes policiales sobre la arbitrariedad en el arresto y el respeto a la población LGBT+. Adicionalmente, implica asegurar una supervisión independiente de la persona detenida en todos los lugares donde se desarrolle la privación de libertad, por organismos capacitados para identificar arrestos con base en la orientación sexual y la identidad de género.

En segundo lugar, el Principio 8 sobre el derecho a un juicio justo le impone a los Estados proscribir y eliminar los tratos prejuiciosos hacia las personas LGBT+ en el proceso judicial, tanto por las partes como por el funcionariado. Este derecho también supone el deber de capacitar a todo el personal judicial sobre normas de DIDH en materia de no discriminación y protección a la orientación sexual e identidad de género.

Por último, el Principio 9, relativo al derecho de toda persona-PdL a ser tratada humanamente, conlleva la obligación estatal de evitar que la detención cause mayor marginación por motivos de la identidad sexual; impone permitir el acceso adecuado a la atención médica (física, mental y reproductiva) reconociendo las particularidades que la orientación sexual o la identidad de género implican; lleva a garantizar la participación de la persona procesada en la decisión del lugar de su detención; asegura las visitas íntimas en igualdad de condiciones que las demás personas-PdL y del mismo se deriva la obligación de sensibilizar al funcionariado penitenciario sobre las particularidades y la protección especial que requieren las personas LGBT+.

1. Sistema Universal de los Derechos Humanos

Por otro lado, las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos y los informes de los órganos de tratados y procedimientos especiales de Naciones Unidas también han tenido un papel importante para contextualizar y llenar de contenido las obligaciones de los Estados frente a la protección y la garantía de los derechos de las personas-PdL LGBT+.

Por ejemplo, en 2011 el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos le recomendó a todos los Estados miembros la ejecución de programas de capacitación y sensibilización sobre la LGBTfobia dirigidos a agentes de policía, personal penitenciario y demás integrantes de las fuerzas de seguridad.⁶¹

En 2016 el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes reconoció la sistematicidad de la violencia física, mental y sexual que enfrentan las identidades sexuales diversas cuando están privadas de su libertad, tanto por parte de las demás personas-PdL como por quienes se encargan de su custodia. Asimismo, recomendó a los Estados que, en el caso de personas trans*, se tenga en consideración la identidad de género de quien se esté procesando.⁶²

En las observaciones del mismo Relator sobre su visita a Brasil en el año 2016, también dejó en claro que las necesidades de protección especial de las personas-PdL LGBT+ no se garantizan a través de la aplicación de regímenes de confinamiento solitario o con la segregación arbitraria del resto de la población carcelaria; pues ambas medidas constituyen una forma de tortura o maltrato. Si la separación de celdas se valora como la forma de protección más efectiva, en ningún caso debe significar el aislamiento y exclusión de la víctima.⁶³

Por otro lado, tras la visita del Experto Independiente de la ONU sobre orientación sexual e identidad de género a la Argentina en el año 2018, le recomendó al Estado asegurar la atención integral en salud para todas las personas detenidas, en particular para la población trans*, entre otras formas, mediante la distribución equitativa y accesible de medicamentos antirretrovirales para el VIH, hormonas y demás tratamientos para sus necesidades especiales, como son los procesos de afirmación de género.⁶⁴

⁶¹ ONU, A/HRC/19/41, Prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, párr. 84.

⁶² ONU, A/HRC/31/57, *op. cit.*, párr. 69.

⁶³ ONU, A/HRC/31/57/Add.4, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión al Brasil”, párr. 147.

⁶⁴ ONU, A/HRC/38/43/Add.1, “Informe del Experto Independiente sobre la orientación sexual e identidad de género sobre su visita a Argentina”, párr. 79.

Asimismo, para el año 2020, en su informe sobre las llamadas “terapias de conversión”, dicho Experto Independiente exhortó a los Estados a adoptar medidas urgentes para proteger a niñas, niños y adolescentes privados de libertad (NNA)-PdL de ser víctimas de este tipo de tortura, conocida a nivel internacional como “esfuerzos para cambiar la orientación sexual e identidad y expresión de género”, que suelen realizarse en los centros de detención y sin supervisión de organismos de derechos humanos.⁶⁵

2. Sistemas regionales de protección de Derechos Humanos

a. Sistema Europeo de Derechos Humanos

A nivel regional también ha habido esfuerzos para fortalecer la protección y prevenir las violencias contra las personas LGBT+ en prisión. El Consejo de Ministros de la Unión Europea emitió una serie de directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por lesbianas, homosexuales, bisexuales, personas trans* e intersex, entre las cuales incluyó el deber de los Estados de proteger a las personas-PdL LGBT+ de los actos que puedan considerarse tortura o tratos degradantes, por parte de otras personas-PdL o del funcionariado público. Adicionalmente, el Consejo resaltó el deber de determinar la responsabilidad disciplinaria y penal de quienes cometen tales violaciones dentro de los lugares de detención.⁶⁶

Asimismo, el TEDH emitió un precedente fundamental en la protección de personas-PdL LGBT+ en el caso *X vs. Turquía*, ya mencionado. Consideró que cuando existe una diferencia de trato por aspectos íntimos y vulnerables de la vida privada de una persona, como lo es la orientación sexual, el margen de apreciación que se le otorga al Estado será muy reducido. Precisamente, en el juicio de proporcionalidad no solamente debe demostrarse que la medida de protección

⁶⁵ ONU, A/HRC/44/53, “Informe del Experto Independiente sobre la orientación sexual e identidad de género sobre las llamadas ‘terapias de conversión’”, párr. 87.

⁶⁶ Consejo de Ministros de la Unión Europea, *Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por lesbianas, homosexuales, bisexuales, personas transgénero e intersexuales*, 2010, párr. 4.

que se tomó sea la más *adecuada* para cumplir con el objetivo, sino también, que sea *necesaria* en las circunstancias precisas de cada situación.

La pésima evaluación del contexto en el cual se encontraba la víctima trajo como consecuencia una medida de protección que agravó al extremo sus condiciones de vida dentro el centro penitenciario, a tal punto de que el confinamiento en solitario al cual fue sometida configuró un acto de tortura, proscrito por el artículo 3 del CEDH.⁶⁷

b. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

De otra parte, el SIDH se ha destacado por abordar a profundidad esta problemática y emitir recomendaciones precisas a los Estados para garantizar la dignidad, la igualdad y la no discriminación de las personas LGBT+ en centros carcelarios.

En su informe del año 2015 sobre violencia contra personas LGBT+, la CIDH dedicó un apartado a la caracterización de las violencias que enfrentan quienes se encuentran privadas de la libertad, con especial énfasis en la sistematicidad de la violencia sexual en contra de las personas trans*.

Allí le recordó a los Estados la obligación de asegurar que los métodos de privación de la libertad no excedan el nivel de sufrimiento de por sí inherente a la reclusión, y señaló la prohibición de incorporar mayores restricciones a los derechos de este colectivo en comparación con las dispuestas para la generalidad de la población carcelaria. Adicionalmente, la CIDH hizo un llamado de urgencia a los Estados para que prevengan, investiguen y sancionen cualquier acto de tortura o trato cruel en su contra.⁶⁸

A su vez, en el año 2020, la CIDH publicó el Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, donde recalcó la necesidad de adoptar con prontitud políticas para mejorar la

⁶⁷ TEDH, *op. cit.*

⁶⁸ CIDH, OEA. Serie L/V/II.rev.2, *op. cit.*, párrs. 145-146.

atención en salud de las personas trans*, obedeciendo a sus necesidades y contextos específicos, como lo es la privación de la libertad. Asimismo, reiteró la obligación estatal de definir instancias claras y oportunas encargadas de determinar la responsabilidad del Estado en aquellos eventos donde las personas trans* denuncien haber sido víctimas de violencia por prejuicios, mientras estaban privadas de su libertad.⁶⁹

La Corte IDH, a su turno, emitió en el año 2022 la Opinión Consultiva OC 29/22 sobre enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas-PdL. Dicha resolución se convirtió en la normativa más relevante en las Américas para darle contenido a las obligaciones de los Estados frente a la protección de población reclusa, incluyendo a las personas LGBT+.⁷⁰ Con base en los estándares jurídicos fijados en tal pronunciamiento, les corresponde a los países de la región armonizar los ordenamientos domésticos, para así asegurar la garantía efectiva de los derechos humanos de esta población.

En aras de abordar las diversas necesidades identificadas, la Corte IDH abordó cuatro cuestiones: i) la determinación de la ubicación de una persona LGBT+ en los centros penitenciarios; ii) la prevención, investigación y registros de violencias contra personas-PdL LGBT+; iii) el derecho a la salud de la población trans* en prisión, y iv) visita íntima de personas LGBT+. A continuación, se desarrollarán brevemente las consideraciones de dicho Tribunal Internacional sobre estas temáticas.

- **Determinación de la ubicación de una persona LGBT+ en los centros penitenciarios**

Los Estados deben propender por el reconocimiento de la identidad de género de las personas-PdL LGBT+, especialmente de las personas trans*, para prevenir actos de discriminación en su contra o la obstaculización del ejercicio de otros

⁶⁹ CIDH, OEA. Serie L/V/II. “Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”; 2020, párrs. 396 y 420.

⁷⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC 29/22, *op. cit.*, pp. 83 a 99.

derechos humanos. En el contexto penitenciario, esto implica también el registro de la persona recluida con el nombre y el género con el que se autopercibe e impone la obligación de garantizar una total confidencialidad sobre esta información o la relativa a su orientación sexual, tanto antes como durante la reclusión. Esta manifestación sobre la identidad de género que voluntariamente efectúe la persona debe ser respetada y tenida en cuenta al momento de la asignación del centro carcelario donde será recluida.

En aquellos penales donde existen pabellones específicos para personas LGBT+, la permanencia en esos recintos no debe implicar condiciones inferiores de vida a las que experimenta la población penitenciaria general. En sentido semejante, la utilización del aislamiento como medida de protección debe contar con un análisis de riesgo en el que se pondere la seguridad de la persona y las afectaciones que su salud física y mental pueden sufrir. En ningún caso esta medida podrá ejecutarse por un tiempo prolongado, ni podrá venir acompañada de restricciones en la comunicación, por cuanto esta situación representa un trato cruel e inhumano.

- **Prevención, investigación y registros de violencias contra personas-PdL LGBT+**

Para elaborar políticas de prevención e investigación de violencias en contra de las personas LGBT+ es necesario recolectar estadísticas que dimensionen la magnitud real de la problemática. En esa medida, se debe crear un sistema de recolección de datos que comprenda la raza, el origen étnico, las creencias religiosas, el estado de salud, la edad, la clase y/o la situación migratoria y económica. También se deberá tener en cuenta la cuantificación de los casos efectivamente judicializados, las acusaciones, las condenas y las absoluciones. Esta información debe ser pública para toda la población, pero siempre protegiendo la identidad de las personas.

Por otra parte, la prevención de violencias contra personas-PdL LGBT+ implica obligaciones para los Estados, como la realización de estudios individualizados de riesgo al momento del ingreso al centro penitenciario, la capacitación y sensibilización del personal y de la población penitenciaria sobre los derechos de las

personas LGBT+ y la proscripción de sanciones disciplinarias por motivos de orientación sexual o identidad de género.

Frente a la obligación de investigación, es perentorio el diseño de mecanismos de denuncias de violaciones a los derechos humanos dentro de los recintos de reclusión, que sean accesibles para las víctimas y eviten la revictimización. Además, deberán llevarse a cabo aplicando la perspectiva de género en cada instancia procesal.

- **Derecho a la salud de personas trans* en prisión**

El reconocimiento de la identidad de género de las personas-PdL trans* se relaciona directamente con su acceso integral a servicios de salud. De esa manera, los Estados están obligados a garantizar los tratamientos médicos, quirúrgicos y hormonales de afirmación de género, siempre que estos sean libremente escogidos por la persona. Esta obligación no sólo se limita a quienes hayan iniciado el tratamiento con anterioridad a la privación de su libertad, sino también a quienes deseen empezarlo estando en reclusión.

- **La visita íntima de las personas-PdL LGBT+**

Las visitas íntimas en los centros penitenciarios son una manera de garantizar la protección a la familia (cualquier forma que ésta adopte), la vida privada y la salud sexual de quien está privado de la libertad. Por ello, su disfrute debe ser garantizado a las personas LGBT+ de la misma forma que a las demás. Cualquier normativa que exija un estado civil para el ejercicio de este derecho deviene, entonces, en arbitraria y discriminatoria. El único requisito exigible para acceder a la visita íntima consiste en que las personas manifiesten la intención de sostener relaciones sexuales o declaren encontrarse en una relación afectiva.

De igual forma, para el ejercicio de este derecho, se deben garantizar condiciones mínimas de salubridad, seguridad y privacidad de forma igualitaria. En caso de visitantes trans*, las requisas corporales deberán realizarse por funcionarios del género correspondiente con su identidad de género.

II. Marcos de protección nacionales

1. Ordenamiento jurídico colombiano

En el caso colombiano, los avances en pro de garantizar la igualdad y no discriminación de las personas-PdL LGBT+ parten de la Constitución política de 1991 y se han materializado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y las nuevas resoluciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC). Por ejemplo, el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional dispone que uno de los principios rectores de la actividad carcelaria es el enfoque diferencial, en el que se reconocen las necesidades particulares de las personas-PdL según su identidad de género o su orientación sexual.⁷¹

El mismo reglamento establece que la asignación de las personas-PdL se realiza con base al enfoque diferencial, teniendo en cuenta su orientación sexual e identidad de género. También anuncia la posibilidad de crear espacios exclusivos para las personas LGBT+, si así lo acuerda el colectivo con la administración del respectivo centro penitenciario. Asimismo, en la regulación de objetos permitidos, el enfoque diferencial también se aplica para permitir el ingreso y la tenencia de objetos que garanticen el derecho al libre desarrollo de la personalidad en razón de la orientación sexual y la identidad de género.

Por otro lado, en desarrollo del acuerdo de cumplimiento suscrito a instancias de la CIDH en el caso de Marta Lucía Álvarez, el INPEC adoptó la prohibición de negar la visita íntima por motivos de la orientación sexual o la identidad de género de la persona-PdL o de quien la visita. El órgano rector del sistema penitenciario también emitió en 2024 un manual de visita íntima para la población-PdL en establecimientos de reclusión del orden nacional,⁷² donde incluye aspectos novedosos como el término para responder las solicitudes de visita íntima, las investigaciones antes negativas al acceso de la visita íntima y la capacitación de

⁷¹ INPEC, Resolución 6349. Artículo 5. 19 de diciembre de 2016.

⁷² INPEC, Manual de visita íntima para la población privada de la libertad en establecimientos de reclusión del orden nacional, 2024.

toda la población penitenciaria y de los funcionarios sobre derechos de las personas LGBT+, como el acceso a la visita íntima en igualdad, la importancia de velar por su salud sexual y la prevención de enfermedades de la misma naturaleza.

Adicionalmente, producto de la sentencia T-321 de 2023 en donde la Corte Constitucional tuteló los derechos a la salud, la dignidad humana y la identidad de género de una mujer trans-PdL a quien el centro de reclusión le negó el tratamiento hormonal de afirmación de género, se le ordenó al INPEC la elaboración de un protocolo o una ruta de atención para las personas trans* que solicitan esta clase de tratamientos médicos, actualmente en elaboración.⁷³

2. Ordenamiento jurídico mexicano

A su vez, el marco normativo que regula la situación de las personas-PdL LGBT+ en México se ha desarrollado a partir de los principios establecidos en la CPEUM sobre igualdad y no discriminación y la proscripción de malos tratos por motivos de “preferencias” sexuales⁷⁴ e identidad de género. Otras disposiciones como la LNEP o la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación contribuyen al desarrollo de estos principios. En ambos cuerpos normativos se recalca la situación de vulnerabilidad a la que están expuestas las personas-PdL LGBT+ y la importancia de la aplicación de estas cláusulas en el curso de su detención, para poder lograr una verdadera reinserción social.⁷⁵

⁷³ Corte Constitucional. Comunicado de prensa. “Corte ordena al INPEC y a la USPEC elaborar una ruta de atención especial para las personas trans, privadas de la libertad, que solicitan la práctica de tratamientos médicos de afirmación de género”, 21 de noviembre de 2023.

⁷⁴ Tal como lo señala el Protocolo de la SCJN en la materia, aunque la CPEUM sigue usando “preferencias sexuales”, este término ha caído en desuso para referirse a la orientación sexual por dos razones: primero, porque “preferencias sexuales” se relaciona con diversas actividades y prácticas sexuales, mientras que la orientación sexual es distinta. Segundo, porque “preferencia” sugiere que la atracción erótico-afectiva es una elección y, por tanto, modificable mediante “terapias” (esfuerzos para corregir la orientación sexual o la identidad de género) que son consideradas como tortura. Véase SCJN, Protocolo para Juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales, 2022, pp. 29-30.

⁷⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Normatividad del Ámbito Nacional. En Pronunciamiento sobre la atención hacia las personas integrantes de las poblaciones LGBTTTI en centros penitenciarios”, 2018, párr. 27.

Frente a la ubicación en los centros carcelarios, los criterios de segregación se dan de acuerdo con el sexo reconocido en los documentos oficiales, la situación procesal y la condena. Sin embargo, la manera de reconocer la identidad de género de una persona trans a la hora de su ubicación en un penal, en algunos casos se verifica a través de decisiones judiciales. Ese fue el caso de una mujer trans que recibió fallo favorable del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penales y Administrativas del Octavo Circuito para trasladarla de centro penitenciario, debido a los tratos crueles impartidos por los funcionarios carcelarios.⁷⁶ En estos supuestos, se sugiere que tanto las autoridades penitenciarias como las personas juzgadoras sigan los estándares internacionales y regionales ya abordados sobre la ubicación de las personas trans*.⁷⁷

Además, la CNDH y la SCJN han reconocido a través de sus decisiones la necesidad de proteger a las personas-PdL LGBT+ de actos discriminatorios, crueles y degradantes en su contra que puedan perpetrar quienes son garantes de su seguridad y del disfrute de sus demás derechos, como el personal penitenciario. En esa medida, han impuesto la obligación de impartir capacitaciones al personal de los centros penitenciarios donde han ocurrido las denuncias, para sensibilizarlo y alentararlo a reconocer a la comunidad LGBT+ como sujeta a derechos de especial protección.⁷⁸

Conclusiones

Las reflexiones aquí efectuadas abren la puerta a un análisis sobre la criminalización desproporcionada que enfrentan las personas LGBT+ en las Américas, como consecuencia de las circunstancias de marginalidad impuestas por la sociedad heteronormada, al desafiar el modelo de la diferencia biológica entre sexos y la “natural e inmutable” correspondencia entre la sexualidad, el sexo y el género.

⁷⁶ Ese fue el caso de una mujer trans que recibió fallo favorable del Tercer Tribunal Colegiado en Materias Penales y Administrativas del Octavo Circuito para trasladarla de centro penitenciario debido a los tratos crueles impartidos por los funcionarios carcelarios. Decisión disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/8_VoMHYBN_4klb4HmWZR/%22Ius%20cogens%22

⁷⁷ Este tema también es abordado con mayor profundidad en el siguiente capítulo de este libro.

⁷⁸ Comisión Nacional de Derechos Humanos. Recomendación 86/2022 y Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 5769/2022.

Su exclusión de los escenarios familiares, educativos y laborales, dominados por esta visión binarista de género, las expone a la fractura de sus redes de apoyo y a condiciones de pobreza económica extrema, en las que su vida, salud y seguridad están en constante riesgo y las pocas formas de sobrevivir están ligadas a labores informales o subvaloradas, como el trabajo sexual o las economías ilegales, como la venta de psicoactivos.

El desarrollo de tales actividades aumenta su situación de vulnerabilidad, las sitúa en mayor riesgo de sufrir violencias por parte de sus clientes y, de contera, incrementa la probabilidad de que terminen detenidas y procesadas por el sistema de justicia penal. Ya en sede judicial, el rigor de los análisis de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad suele desconocer los contextos que llevaron a esta población a infringir la ley y, así, terminar privada de la libertad.

Por ello, se resalta el carácter esencial de la **aplicación de la perspectiva de género** en el curso de la investigación penal, para analizar integralmente el contexto de la persona procesada y poder diseñar otras medidas de resocialización, no privativas de la libertad, que contribuyan a la deconstrucción de las estructuras sociales violentas y prejuiciosas que afectan la vida, la integridad y la libertad de las personas LGBT+.

De otra parte, para que el ejercicio del poder punitivo contribuya eficazmente a la reintegración de las personas-PdL a la vida en sociedad, al desmonte de los estereotipos de género y a la educación en el respeto y la convivencia entre seres humanos con independencia de sus formas, apariencias y afectos, se deben tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- Asumir una identidad de género “subversiva” a los cánones cisgénero es un proceso complejo mediado por el entorno social de la persona y por sus propias creencias y autopercepciones. Por ende, **se debe acoger la voluntad de las personas sobre el lugar donde prefieren cumplir su pena privativa de la libertad**. La manifestación de voluntad debe ser autónoma, confidencial, modificable y no requerirá la exhibición de ningún rol o expresión vinculados a cierto género. El Estado tampoco

presumirá ninguna identidad sexual sólo por las apariencias de una persona, ni decidirá unilateralmente su calidad de “hombre o mujer” para asignarla a un centro de detención.

- Tanto la identidad de género como la orientación sexual de una persona hacen parte de su esfera personal y únicamente le corresponde a ella exteriorizar o no tales facetas de su identidad. Por ende, en cumplimiento del derecho a la privacidad, el Estado deberá **mantener su total reserva** y no aplicar ninguna norma diferencial para quien decida no exponer estos aspectos.
- Las personas LGBT+ cuentan con las mismas facultades físicas y mentales que el resto de la población carcelaria, por ende, **su orientación sexual o identidad de género no justifica la aplicación de tratos diferenciados como la segregación**. Si se adopta la separación como forma de protección, deberá ser consentida por la persona-PdL LGBT+; y deberá acreditarse su idoneidad, necesidad y proporcionalidad frente a los derechos sacrificados. Adicionalmente, no podrá ser un obstáculo para adelantar actividades de redención de la pena o de resocialización.
- Las situaciones de vulnerabilidad que atraviesan las personas-PdL LGBT+ hacen necesaria la **sensibilización y pedagogía en diversidad sexual**, que combata los discursos de odio y los imaginarios negativos en su contra. Estos programas deben ir no solamente dirigidos al personal penitenciario, sino al resto de la población PdL.
- El colectivo LGBT+ no es una masa uniforme destinataria de medidas idénticas. Es necesario ajustar las políticas penitenciarias a las necesidades particulares de cada sector sobre las cuales recae mayor discriminación, como es el caso de las personas trans*. Por ejemplo, el **disfrute al derecho a la salud de una persona trans* incluye la obligación para el Estado de garantizarle los tratamientos de adecuación corporal conformes a su autopercepción de género**, con el debido acompañamiento médico y psicológico.

- Las personas-PdL LGBT+ deben poder acceder a la visita íntima en igualdad de condiciones que la demás población penitenciaria. El ejercicio de este derecho no puede ir en contravía de su dignidad humana, tendrá que ser reservado y su tramitación célere. No se puede exigir al visitante la prueba de un estado civil o de la relación que mantiene con la persona-PdL y tampoco la evidencia de un estado civil preexistente será impedimento para el disfrute de la visita íntima.
- En caso de que se presenten agresiones contra la integridad de una persona LGBT+ detenida, la autoridad a cargo de su custodia deberá asegurar la existencia y el funcionamiento eficaz de los canales de denuncia que pongan el asunto en manos de la justicia para sancionar a quienes resulten responsables. También será necesario el monitoreo de entes externos al centro penitenciario para que hagan registro y vigilancia de las denuncias presentadas, estas entidades pueden ser organizaciones de la sociedad civil dedicadas a temáticas relacionadas con orientaciones sexuales e identidades de género diversas.
- Es imperativa la creación de sistemas de recopilación de datos que registren la ocurrencia de crímenes de odio y que, además, desglosen en sus estadísticas datos como la raza, la condición socioeconómica o el estatus migratorio de la víctima, para caracterizar de mejor forma los patrones de violencia y así poder diseñar políticas públicas de prevención.

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas

AKAHATÁ (Equipo de Trabajo en Sexualidades y Géneros), Heartland Alliance for Human Needs and Human Rights, *Situación de los derechos humanos relacionados con las personas LGBTI y los derechos sexuales y derechos reproductivos en Argentina*, Akahatá, Buenos Aires, 2014.

ALBA, Carosio (ed.). “Feminismo latinoamericano y su proyecto ético-político en el siglo XXI”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 14, núm. 33, 2009, pp. 37-54.

ÁLVAREZ, Marta Lucía y COTES, Miriam (eds.), *Mi historia la cuento yo*, Ministerio del Interior de Colombia, Bogotá, 2017.

ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, “Monitoreo de la situación de las personas LGBTI en prisión”, en *Hacia la efectiva protección de las personas LGBTI privadas de libertad. Guía de Monitoreo*, APT, Francia, 2019.

BRONSKI, Michael, *A Queer History of the United States*, Beacon Press, Boston, 2011.

BUTLER, Judith, *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, Nueva York, 1999.

CALHOUN DAVIS, Erin, “Situating ‘Fluidity’: (Trans) Gender Identification and the Regulation of Gender Diversity”, *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, vol. 15, núm. 1, 2009, pp. 97-130.

CAROSIO, Alba, “Feminismo latinoamericano y su proyecto ético-político en el siglo XXI”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 14, núm. 33, 2009, pp. 13-24.

CENTRO DE ESTUDIOS Y ACCIÓN POR LA JUSTICIA SOCIAL, *Diversidad y Derechos. Diagnóstico sobre el acceso y ejercicio de derechos de las personas LGBTQ+ privadas de la libertad en México*, CEA Justicia Social, Ciudad de México, 2022.

COLOMBIA DIVERSA, “Muchas veces me canso de ser fuerte”. Ser lesbiana, gay o trans en las cárceles de Colombia: 2015-2016”, Colombia Diversa, Bogotá, 2017.

Comisión Internacional de Juristas, Servicio Internacional por los Derechos Humanos, *et al.*, Principios de Yogyakarta y Principios de Yogyakarta +10. 2006 y 2017. Disponibles en <https://yogyakartaprinciples.org/principles-sp/los-principios-de-yogyakarta-10/>

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Pronunciamiento sobre la atención hacia las personas integrantes de las poblaciones LGBTTTI en centros penitenciarios*, 2018.

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Recomendación 86/2022*, México, 2022.

CONSEJO DE MINISTROS DE LA UNIÓN EUROPEA, *Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por lesbianas, homosexuales, bisexuales, personas transgénero e intersexuales*. 2010.

CÓRDOBA García, David *et al.*, *Teoría Queer. Políticas Bolleras, Maricas, Trans, Mestizas, Egales*, Madrid, 2009, pp. 21-66.

CORPORA EN LIBERTAD, “Personas LGBTI+ privadas de la libertad. Informe desde el contexto de México, Guatemala, Honduras y El Salvador”, 2021.

Corte constitucional, *Corte ordena al INPEC y a la USPEC elaborar una ruta de atención especial para las personas trans, privadas de la libertad, que solicitan la práctica de tratamientos médicos de afirmación de género*, 2023. Disponible en

<https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Corte-ordena-al-Inpec-y-a-la-USPEC-elaborar-una-ruta-de-atencion-especial-para-las-personas-trans,-privadas-de-la-libertad,-que-solicitan-la-practica-de-tratamientos-medicos-de-afirmacion-de-genero-9653> [consultado el 26 de mayo de 2024].

ERIBON, Didier, *Insult and the Making of the Gay Self*, Duke University Press, Durham, 2004.

ESPINOSA Miñoso, Yuderkys, “Etnocentrismo y colonialidad en los feminismos latinoamericanos: complicidades y consolidación de las hegemonías feministas en el espacio transnacional”, *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, vol. 14, núm. 33, 2009, pp. 37-54.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Siglo XXI, México, 2007.

GÓMEZ, María Mercedes, “De las heterosexualidades obligatorias a los parentescos alternativos: reflexiones sobre el caso colombiano”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, vol. 1, 2009, pp. 82-103.

GÓMEZ, María Mercedes, “Violencia por prejuicio”, en MOTTA, Cristina y SÁEZ, Macarena, *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2008, pp. 90-99.

HALPERIN, David, *One Hundred Years of Homosexuality and Other Essays on Greek Love*, Routledge, Nueva York, 1990.

INEGI, Encuesta Nacional sobre Diversidad Sexual y de Género (ENDISEG), México. 2021. Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/endiseg/2021/>

INPEC, *Manual de visita íntima para la población privada de la libertad en establecimientos de reclusión del orden nacional*, INPEC, 2024.

- INPE, Resolución 6349 del 19 de diciembre de 2016.
- LEVINE, Martin, “Gay Macho: The Life and Death of the Homosexual Clone”, *New York University Press*, Nueva York, 1998.
- MCINTOSH, Mary, “The Homosexual Role”, *Social Problems*, California, vol. 16, núm. 2, 1968, pp. 182-192.
- REFORMA PENAL INTERNACIONAL, Asociación para la Prevención de la Tortura, *Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*, APT, 2013.
- SCHILT, Kristen y WESTBROOK, Laurel, “Doing Gender, Determining Gender: Transgender People, Gender Panics, and the Maintenance of the Sex/Gender/Sexuality System”, *Gender and Society*, vol. 28, núm. 1, 2014, pp. 32-57.
- SEIDMAN, Steven y FISCHER Nancy *et al.*, “Introducing the New Sexuality Studies”, Routledge, 2011, pp. 137-143.
- STRYKER, Susan y WHITTLE, Stephen, *The Transgender Studies Reader*, Routledge, Nueva York, 2006, pp. 1-19.
- SWAN, Joye, “Defining Bisexuality: Challenges and Importance of and Toward a Unifying Definition”, en HABIBI, Shani y SWAN, Joye, *Bisexuality Theories, Research, and Recommendations for the Invisible Sexuality*, Springer, 2018, pp. 37-60.
- TAUCHES, Kimberly, “Transgendering: Challenging the ‘Normal’”, en Seidman, Steven *et al.*, *Introducing the New Sexuality Studies*, Routledge, Nueva York, 2011.
- VALENTINE, David, *Imagining Transgender. An Ethnography of a Category*, Duke University Press, Durham, 2007.

WESTBROOK, Laurel, *Becoming Knowably Gendered: The Production of Transgender Possibilities and Constraints in the Mass and Alternative Press from 1990-2005 in the United States*, Routledge, 2010. Disponible en <https://www.taylorfrancis.com/chapters/oa-edit/10.4324/9780203856147-10/becoming-knowably-gendered-production-transgender-possibilities-constraints-mass-alternative-press-1990%E2%80%932005-united-states-laurel-westbrook>

YOSHINO, Kenji, “The Epistemic Contract of Bisexual Erasure”, *Stanford Law Review*, vol. 52, núm. 2, 2000, pp. 353-461.

B. Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. Primera Sala

SCJN, Amparo en Revisión 5769/2022, Ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 26 de Abril de 2023.

2. Tesis

Tesis: VIII.3o.P.A.3 P (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 7 de marzo de 2019. Registro digital: 2020064.

C. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

OHCHR, CAT/C/NAM/CO/2, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Namibia, 1 de febrero de 2017.

ONU, A/56/156, “Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, 3 de julio de 2001.

ONU, A/68/340, “Informe sobre las causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres”, 21 de agosto de 2013.

ONU, A/HRC/17/26/Add.2, “Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias”, 1 de septiembre de 2014.

ONU, A/HRC/19/41, “Prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género: Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos”, 17 de noviembre de 2011.

ONU, A/HRC/31/57, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, 5 de enero de 2016.

ONU, A/HRC/31/57/Add.4, “Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sobre su misión al Brasil”, 29 de enero de 2016.

ONU, A/HRC/35/36, “Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género”, 19 de abril de 2017.

ONU, A/HRC/38/43/Add.1, “Informe del Experto Independiente sobre la orientación sexual e identidad de género sobre su visita a Argentina”, 9 de abril de 2018.

ONU A/HRC/44/53, “Informe del Experto Independiente sobre la orientación sexual e identidad de género sobre las llamadas “terapias de conversión”, 1 de mayo de 2020.

D. Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano

1. Casos Contenciosos

Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

Corte IDH, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2020.

2. Opiniones Consultivas

Corte IDH, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. Opinión Consultiva 29/22, del 30 de mayo de 2022, pp. 83 -99.

3. Otros documentos

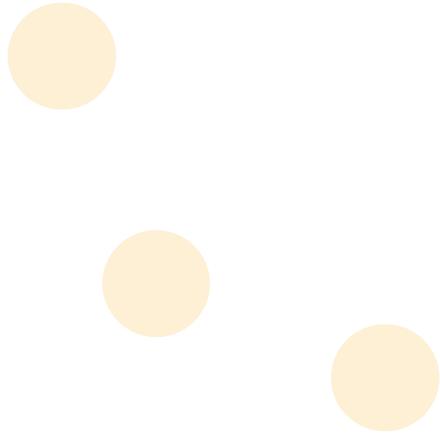
CIDH, OEA. Informe No. 122/18, Caso 11.656, Publicación de informe de fondo. Marta Lucía Álvarez Giraldo, 5 de octubre de 2018.

CIDH, OEA. Serie L/V/II, Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, 2020.

CIDH, OEA. Serie L/V/II.rev.2, Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América.

E. Resoluciones dictadas por otros tribunales

TEDH, *Caso X vs. Turquía*. No. de aplicación: 24626/09. Sentencia de octubre de 2012.



Capítulo

4.

Retos particulares de las poblaciones trans* y no binaries en las prisiones

Geras Contreras*
Amaranta Valgañón**

* Licenciada en Políticas Públicas por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Investigadora independiente e integrante del Grupo de Mujeres, Políticas de Drogas y Encarcelamiento de las Américas. Realizó estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Litigante y defensora de derechos humanos.

** Realizó estudios superiores en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Litigante y defensora de derechos humanos.

Retos particulares de las poblaciones trans* y no binaries en las prisiones.

Introducción. A. Características de las personas trans* y no binaries en centros penitenciarios. B. Una lectura garantista del marco normativo de ejecución penal a favor de las personas trans* y no binaries. C. Retos de las personas-PdL trans* y no binaries. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

Los organismos internacionales, como resultado de la incidencia de diversas organizaciones de la sociedad civil, han reconocido a las personas privadas de la libertad trans*¹ (personas-PdL trans*) como un grupo en situación de vulnerabilidad que debe contar con una serie de medidas especiales para atender sus necesidades.² A pesar de ello, las demandas de las personas trans* han sido mayoritariamente ignoradas por el sistema penitenciario mexicano. Las iniciativas y recomendaciones expresadas por sociedad civil y redes de activistas han recibido poca o nula atención por parte del Estado. Así pues, la población trans* hemos quedado invisibles tras los muros de las prisiones.

Frente a este contexto, el presente capítulo tiene el objetivo de exponer los retos particulares que enfrentan las personas trans* que se encuentran privadas de la libertad en centros penitenciarios de México. Nuestra intención es contribuir

¹ A lo largo del texto utilizaremos un asterisco en la palabra trans*, reconociendo y visibilizando que éste es un término sombrilla que comprende diferentes posibilidades de la identidad y expresión de género, tales como: travesti, transexual, transgénero, persona no binaria, *cuir*, *muxe*, transmasculinidades, transfeminidades, entre muchas otras.

² Véase en CIDH, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, *Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América*, 2015 y UNODC, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, ONU, Nueva York, 2011.

al desarrollo de un enfoque diferencial durante el proceso de ejecución penal para garantizar condiciones de vida digna, en la medida de lo posible, en el entorno carcelario. Por tal motivo, los autores³ estamos interesados en ofrecer recursos útiles para las personas operadores de justicia que eventualmente conozcan y resuelvan dichos casos.

Previo a ello, dos preguntas son necesarias de aclarar: ¿quiénes somos las personas trans*? Y, ¿por qué requerimos de la aplicación de un enfoque diferencial durante el proceso de ejecución penal?

Las personas trans* es un término sombrilla que engloba a aquellas personas que su vivencia, identidad y corporalidad difieren de lo asociado a su sexo asignado al nacer.⁴ Algunos de ellos viven su identidad de acuerdo con las convenciones sociales de lo femenino (que son las mujeres trans) o de lo masculino (que son los hombres trans); mientras que otros no nos identificamos con estas opciones y vivimos por fuera del binarismo de género (como lo son las personas no binarias, *genderqueer* o travesti). Si bien hemos existido a lo largo de la historia, apenas en los últimos veinte años se han construido las herramientas conceptuales para nombrar nuestras existencias desde un enfoque no patologizante, de derechos humanos y que reconozca nuestra dignidad.

Las personas trans* y no binarias desafiamos el orden del género, que es una estructura social sentada en la significación del aparente binarismo de la diferencia sexual de los cuerpos y tiene la función de organizar jerárquicamente el poder entre lo masculino y femenino.⁵ Entonces, “lo trans*” desmonta la idea de que el

³ A lo largo del texto, utilizamos el morfema “-e” para nombrar a sustantivos plurales desde un lenguaje neutro. Tomamos esta decisión para visibilizar las diferentes formas en cómo las personas se identifican y representan con el lenguaje, en particular personas con identidades de género no hegemónicas que viven fuera del binarismo del género.

⁴ Cfr. Stryker, Susan, “The Transgender Issue: An Introduction”, *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, Carolina del Norte, vol. 4, 1998, pp. 145-158. Los estudios críticos del género (conocidos como teoría *queer*) han propuesto utilizar el asterisco (*) con la intención de exponer la diversidad de experiencias e identidades que encapsula el término trans (véase en Halberstam, Jack, *Trans. A Quick and Quirky Account of Gender Variability*, University of California Press, 2018). A lo largo de este texto, utilizaremos de manera indistinta “personas trans*” y “personas trans y no binarias”.

⁵ Cfr. Segato, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2003, pp. 57-58.

destino social está determinado por la biología y, por ende, abre la potencialidad de que cada cuerpo descubra, explore y determine sus propios trayectos.⁶ Como puede esperarse, esta transgresión no pasa desapercibida para la hegemonía del orden de género; la cual responde a la existencia de las personas trans* con el uso de diversas formas de violencia para intentar moldearles en los mandatos del género y, a la vez, castigarles por ir en contra de ellos.

Esta violencia ocurre a través de diversas modalidades y en todos los ámbitos –la familia, la escuela, el trabajo, la comunidad, los servicios de salud, entre otros–, lo que nos posiciona a las personas trans* y no binaries en un estado grave de desigualdad. A su vez, esta precarización orilla a que dichas personas, que están en una posición de marginalización especial por la intersección de sus condiciones, tomen decisiones para asegurar su subsistencia, como es participar en mercados laborales criminalizados o ejercer la autodefensa que, en muchos casos, tiene como consecuencia su ingreso y permanencia en el sistema penitenciario.

Ahora bien, la cárcel es una institución diseñada para el ejercicio del poder disciplinario sobre las personas que transgreden las normas sociales.⁷ Esto consiste en imponer una sanción sobre los cuerpos de delincuentes con el fin de moldearles en individuos subyugados al aparato estatal. Sin embargo, el contexto actual de América Latina, en donde las prisiones son espacios con autogobierno o gobierno paralelo, ha provocado cuestionamientos sobre la existencia y funcionamiento de este modelo disciplinar.⁸ Los estudios de género han señalado que los centros penitenciarios, aun cuando están en condiciones de extralegalidad, funcionan –a través de medios lícitos e ilícitos– para someter a las personas al orden de género.⁹

⁶ Cfr. Halberstam, Jack, *In a Queer Time and Place: Transgender Bodies, Subcultural Lives*, New York University Press, Nueva York, 2005, p. 97.

⁷ Véase en Foucault, Michel, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Vintage Books, Nueva York, 1978.

⁸ Cfr. Birkbeck, Christopher, “Imprisonment and interment: Comparing penal institutions North and South”, *Punishment & Society*, vol. 13, núm. 3, 2011, pp. 307-332 y Darke, Sacha y Karam, Maria Lucia, “Latin American prisons”, en Jewkes, Yvonne, Bennet, Jamie y Crewe, Ben (eds.), *Handbook on Prisons*, 2da. ed., Routledge, Nueva York, pp. 460-475.

⁹ Véase, por ejemplo, en Parrini, Rodrigo, *Panópticos y laberintos: subjetivación, deseo y corporalidades en una cárcel de hombres*, Colegio de México, México, 2007 y Constant, *Mujeres trans*, violencia y cárcel*, FLACSO, Ciudad de México, 2022.

Es decir, las personas trans* y no binaries aún experimentan el poder disciplinar de la prisión a causa de su identidad.

Los testimonios recopilados de personas trans* privadas y exprivadas de la libertad concuerdan con esta visión. Ellos expresan que las cárceles funcionan bajo un modelo “universal”, que no considera las características particulares de las personas y supone que todas dentro de sus muros son hombres cisgénero.¹⁰ Así, estos espacios propician y legitiman “doblegar los cuerpos” que irrumpen con el orden social, arrojándoles en un estado de supervivencia.¹¹ Argumentamos que la cárcel forma parte de un *continuum* de violencias en la vida de las personas trans*.¹² A la par de lo anterior, reconocemos que los centros penitenciarios también han sido lugares en donde las personas tienen la oportunidad de explorar sus vivencias de género y, con ello, construir su identidad trans*.¹³

Teniendo en cuenta esta realidad sociológica de los centros penitenciarios, debemos considerar que el derecho ha reconocido que el Estado tiene una obligación reforzada de garantizar el derecho a la dignidad de todas las personas que se encuentran bajo su custodia.¹⁴ A su vez, es ampliamente aceptado que esta salvaguarda a los derechos humanos de las personas-PdL debe ser interpretada a través del principio de igualdad y no discriminación, tanto en su concepción negativa como positiva.¹⁵ Por su parte, el enfoque diferencial en el proceso de ejecución penal, siguiendo esta concatenación de ideas, es la perspectiva a través de la cual las autoridades identifican las condiciones específicas de un grupo

¹⁰ Entrevista con hombre trans por vía telefónica el 15 de mayo de 2023. Ahora bien, el término cisgénero es utilizado para referirse a aquellas personas que viven e identifican con las convenciones sociales de su sexo asignado al nacer.

¹¹ Testimonio de Alejandra Collete Spinetti cit. en García Castro, Teresa y Santos, María (coords.), *Mujeres trans privadas de la libertad: la invisibilidad tras los muros*, WOLA, 2020, p. 16.

¹² Cfr. Constant, Chloé, “América o la historia del continuum de violencia e injusticia que viven las mujeres”, *Nobi*, núm. 9, 2023, p. 64. Debemos reconocer que esta idea también ha sido utilizada de manera oral por activistas trans* como Laura Glover y Kenya Cuevas.

¹³ Entrevistas con hombres trans por vía telefónica el 2 y 15 de mayo de 2023, y Constant, *Mujeres trans*, violencia...*, *op. cit.*, p. 120.

¹⁴ Respecto a este desarrollo normativo cfr. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9: Personas privadas de la libertad*, San José, 2022, pp. 4-12 y Corte IDH, *Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*, Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022, Serie A núm. 29, párr. 36, 37 y 39.

¹⁵ Para el desarrollo jurídico del enfoque diferencial para personas trans*, véase *infra* en el apartado C.

históricamente marginalizado en prisión y ejecutan medidas positivas para superar estas condiciones de desigualdad. En el caso concreto de las personas trans* y no binaries, esto implica detectar los retos que este grupo enfrenta a causa de su identidad y expresión de género no hegemónicas y desarrollar acciones que garanticen condiciones de vida digna.

Valoramos que la adopción de este enfoque diferencial durante la etapa de ejecución de la pena, para el caso de las personas trans*, constituye una de las estrategias para dismantlar el poder disciplinario que imposibilita una vida libre y digna en prisión, así como es abiertamente contrario a los derechos humanos. Por otra parte, confiere a las personas juzgadoras de ejecución penal la enorme misión de, en conjunto con otras autoridades competentes, transformar el sistema penitenciario, de modo que éste se vuelva compatible con el pleno goce de derechos para las personas-PdL trans*.

Después de estas nociones iniciales, expondremos los retos particulares que enfrentan las personas-PdL trans* y esbozaremos algunas acciones para remediarlas. Para ello, el resto del capítulo está dividido en cuatro apartados. (B) El siguiente caracteriza a la población trans* y no binarie en los centros penitenciarios de América Latina y, particularmente, de México. También explicaremos la metodología utilizada para esta investigación y sus limitantes. (C) Posteriormente, enmarcamos las obligaciones del Estado durante el proceso de ejecución penal con el marco normativo de los derechos de las personas trans*. Este apartado tiene el objetivo de orientar la lectura y labores cotidianas de las personas juzgadoras. (D) Luego, abordaremos los retos particulares de esta población en la vida intracarcelaria. En cada uno, expondremos los problemas que enfrentan las personas trans* y cuáles son las buenas prácticas identificadas para mitigarlos. (E) El último apartado estará dedicado a plantear reflexiones sobre el enfoque diferencial para el mencionado grupo.

A. Características de las personas trans* y no binaries en centros penitenciarios

La información disponible sobre las personas trans* es limitada, en parte por la falta de mecanismos estatales para el registro y producción de datos. Por ejemplo,

las estadísticas oficiales suelen subrepresentar a la población, así como la incidencia de hechos de violencia que viven, o agregan las cifras de este grupo en el conjunto de la población de la diversidad sexual y de género (en adelante, población LGBT+).¹⁶ Incluso, algunos registros presentan deficiencias sobre cómo conceptualizan lo trans*, llegando a suponer que es una orientación sexual o ignorando la diversidad de experiencias dentro de la propia categoría. A todo ello se le suman las dificultades que representa la recolección de datos, por temor o desconocimiento de las personas. Estos obstáculos persisten en los espacios penitenciarios, aun cuando este grupo está bajo el resguardo del Estado.

De manera reciente, México ha sido uno de los pocos países que ha iniciado a procesar datos sobre personas-PdL trans*, a través de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL), 2021. A pesar de tales iniciativas, en realidad, las organizaciones de la sociedad civil e investigadores son quienes han liderado y ejecutado los esfuerzos para documentar las características y experiencias de esta población.

I. Consideraciones metodológicas

Considerando la anterior situación, ésta es una investigación socio-jurídica. Pretendemos conocer cómo las normas jurídicas son aplicadas e interpretadas por diversos actores (operadores de justicia y las propias personas-PdL), en lugar de sólo analizar su contenido.¹⁷ En el caso específico de este texto, analizamos las normas de ejecución penal a la par de estudiar las experiencias de personas trans* en centros penitenciarios. Adicionalmente, el estudio tiene una aproximación feminista, pues nos cuestionamos cómo el ordenamiento jurídico construye el género y puede ser una herramienta para resistir y reconfigurar los roles sociales que dicha estructura social impone.¹⁸ Nuestro abordaje a este enfoque reconoce que este tipo de crítica no sólo se concentra en los “asuntos de las mujeres”, sino

¹⁶ Cfr. García Castro y Santos (coords.), *op. cit.*, pp. 7-8.

¹⁷ Cfr. Villabella Armengol, Carlos Manuel, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, en Cáceres Nieto, Enrique (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico, tomo 4*, UNAM-IJ, Ciudad de México, 2020, p. 173.

¹⁸ Cfr. Jaramillo, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho: estudio preliminar”, en West, Robin, *Género y teoría del derecho*, Siglo de Hombres Editores-Uniandes, Bogotá, 2000, pp. 51-53.

en todos los cuerpos sujetos al orden de género, como es el caso de las personas trans* y no binaries.

Así pues, la investigación estuvo compuesta por dos etapas. En la primera, realizamos una revisión del marco normativo de ejecución penal y de los derechos de las personas trans* aplicable en México, así como un ejercicio de derecho comparado en la materia. Para este análisis comparativo nos enfocamos en normas de otros países de América Latina con sistemas jurídicos basados en el derecho romano-germánico y que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). La segunda etapa consistió en la recopilación de la experiencia de personas trans* en prisión a partir de dos métodos cualitativos. El primero es el análisis documental de diagnósticos e informes generados por diversas fuentes, como el INEGI y organizaciones de la sociedad civil –Corpora en Libertad, Centro de Estudios y Acción por la Justicia (en adelante, CEA Justicia Social), Almas Cautivas, entre otras–. El segundo consistió en entrevistas semiestructuradas a profundidad con personas-PdL trans* y ex privadas de la libertad para conocer sus vivencias durante el proceso de ejecución penal y visibilizar los retos más apremiantes en el contexto actual. Asimismo, la información recopilada y sistematizada fue mediada por nuestra experiencia como colaboradores en proyectos de incidencia e investigación sobre el acceso a la justicia de personas trans*.

Aun así, la información recopilada presenta limitaciones relevantes. Además de los retos descritos al inicio de este apartado, hemos identificado que la mayoría de los datos disponibles están centrados en la experiencia de mujeres trans en centros penitenciarios de la Ciudad de México. También hemos detectado que la información oficial, generada por el INEGI a través de la ENPOL 2021, representa de manera deficiente a la población trans*. Lo anterior, en virtud de que su herramienta de recopilación de datos solicitó a las personas encuestadas identificarse como “hombre”, “mujer”, “hombre trans” o “mujer trans”, sin dar una explicación o asegurar que ellas conocieran estos términos. Como consecuencia, la ENPOL 2021 genera discrepancias respecto a la identidad de género y, en ciertos casos, conlleva a interpretaciones contraintuitivas.¹⁹ Adicionalmente, identifica-

¹⁹ Esta práctica contradice las buenas prácticas para el relevamiento de datos sobre personas LGBT+ (véase, por ejemplo, en The GenIUSS Group, *Best Practices for asking questions to identify transgender*

mos que no se cuenta con información sobre las experiencias de personas no binaries en centros penitenciarios tanto de México, como de otros países de América Latina, ni documentación sobre las buenas prácticas o experiencias de abogados que litigan casos en la materia.

Las entrevistas contribuyeron a subsanar parcialmente estas limitaciones. Durante mayo de 2024 conversamos con dos hombres trans, uno que se encuentra privado de la libertad en el Centro Femenil de Reinserción Social de la Ciudad de México (conocido como Tepepan) y otro, que estuvo recluso en el Centro Federal de Readaptación Social (CEFERESO) 16, cuyos testimonios fueron clave para conocer retos no identificados en torno a las transmasculinidades y verificar ciertas hipótesis sobre problemas que enfrentan al interior de las cárceles.²⁰ No obstante, algunos vacíos en la información persisten. Por diversas causas, no concretamos entrevistas con personas no binaries ni con litigantes que han asesorado a personas trans* durante su proceso de ejecución penal.

II. Información disponible sobre personas-PdL trans*

Las personas trans* y no binaries representan entre el 0.1 y 0.3 % de la población privada de la libertad en América Latina. De acuerdo con los centros penitenciarios disponibles para 2022, en Colombia había 198 personas trans* (alrededor del 0.2 % de la población total), en Ecuador había 111 (alrededor del 0.3 %) y en Argentina había 190 (alrededor del 0.18 %).²¹ En México, la ENPOL 2021 dio por primera vez datos desagregados sobre esta población a nivel nacional.²² De acuerdo con esta herramienta estadística, se encuentran 536 mujeres trans y 552 hombres trans en cárceles mexicanas; es decir, alrededor del 0.3 % y 0.2 % de la

and other gender minority respondents on population-based surveys, The William Institute, Los Ángeles, 2014).

²⁰ Agradecemos el apoyo de las organizaciones Mujeres Unidas X la Libertad y Artículo 20 para la gestión de dichas entrevistas.

²¹ Cfr. INPEC, *Informe estadístico de Población Privada de la Libertad - INPEC*, Bogotá, 2022, p. 38, INEC, *Centro penitenciario 2022* (sitio web) y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, *Estadísticas de Política Criminal. Filtrado interactivo SNEEP* (sitio web).

²² INEGI, *Encuesta Nacional sobre Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021* (sitio web).

población privada de la libertad se identifica como hombres trans y mujer trans, respectivamente. Los centros penitenciarios con mayor presencia de este grupo (en donde más del 1 % de la población interna es trans*) son: Comisaría de Reinserción Social (Jalisco), Penitenciaría de la Ciudad de México, CEFERESO SMA (Ciudad de México), Centro de Rehabilitación Social (CERESO) Durango, Comisaría de Prisión Preventiva (Jalisco), CEFERESO 16 y CERESO Puebla. También se reporta que, en 8 centros federales, incluyendo el CEFERESO 16, hay presencia de personas trans*.²³

A pesar de que la ENPOL 2021 es el primer relevamiento oficial de este tipo de información en México, percibimos un incremento en la población-PdL trans* en la región. En Argentina, por ejemplo, se ha documentado que la población trans* y travesti en el sistema penitenciario pasó de 33 a 190 personas trans* entre 2015 y 2022; es decir, creció casi seis veces en un período de siete años.²⁴

Ahora bien, la ENPOL 2021 posibilita conocer las características sociodemográficas de las personas-PdL trans* en México.²⁵ Del total de este grupo poblacional, el 73 % tiene menos de 40 años; siendo el promedio de edad los 35 años. También el 46 % de las personas trans* reporta tener hijos menores de 18 años y hasta un 68 % tenían tres dependientes económicos a su cargo antes de ingresar a prisión. Respecto al nivel de escolaridad, el 47.5 % de esta población tiene secundaria concluida, seguido de un 21.4 % con preparatoria y un 10 % con licenciatura. Por último, respecto a sus ocupaciones antes de estar en prisión, un 19 % eran comerciantes, 17 % laboraban en el sector de servicios personales, seguido de un 9 % que eran artesanes.

Sobre su estancia en los centros penitenciarios, la ENPOL 2021 estima que las personas trans* tienen una condena promedio de 22 años. También se reporta que el 68 % han vivido su proceso penal privadas de su libertad. Además, se conoce,

²³ Los centros penitenciarios federales que tienen recluidas a personas trans* son: No. 4 (Noroeste), No. 5 (Oriente), No. 8 (Nor-Poniente), No. 12 (CPS Guanajuato), No. 13 (CPS Oaxaca), No. 14 (CPS Durango), No. 16 (CPS Morelos) y No. 18 (CPS Coahuila).

²⁴ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, *op. cit.*

²⁵ INEGI, *op. cit.*

a grandes rasgos, que los principales delitos por los que fueron detenidas y procesadas son: robo (21.4 %), homicidio doloso (15.5 %), secuestro (10.7 %) y delitos relacionados con drogas (7.2 %). A pesar de los últimos datos, integrantes de la sociedad civil han reportado que las personas trans* son procesadas con frecuencia por delitos no violentos relacionados con las drogas.²⁶ En ese sentido, conocemos que en Argentina, el 15 % de las personas trans* durante 2022 estuvieron encarceladas por dicho tipo de delito, que llegó a representar el 70 % en 2017.²⁷ Aunque no hay datos para afirmar que existe la misma tendencia en México, observamos que varíes han sido imputades por agresiones ejercidas en defensa propia derivado de agresiones ejercidas por sus familiares o clientes, ello en el caso de personas trans* que ejercían el trabajo sexual.²⁸

B. Una lectura garantista del marco normativo de ejecución penal a favor de las personas trans* y no binaries

El presente apartado tiene la intención de contribuir al entendimiento de enfoque diferencial para les operadores de justicia –y, en específico, Jueces y Juezas de ejecución penal– que atiendan casos de personas-PdL trans*. Por ello, consideramos necesario desarrollar un marco que oriente la lectura de los retos y buenas prácticas sobre la aplicación del enfoque diferenciado, de acuerdo con las competencias de les operadores de justicia. Éste no será un recuento minucioso de las disposiciones legales aplicables, sino una guía sobre qué herramientas están disponibles para que les juzgadores puedan ofrecer medidas para remediar las condiciones de desigualdad y violación a derechos que experimentan las personas trans* en contextos penitenciarios.

²⁶ Cfr. García Castro y Santos (coords.), *op. cit.*, p. 9.

²⁷ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, *op. cit.*

²⁸ Debe considerarse que la población trans* participa en mayor proporción en el comercio sexual que su contraparte cisgénero. En 2018, la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (CEAV) estimó que, del total de personas encuestadas, el 9 % de los hombres trans y 25 % de las mujeres trans ejercían el trabajo sexual, en comparación con el 1 % de las personas cisgénero (CEAV, Diagnóstico... Derecho al trabajo, *op. cit.*, p. 31). La proporción de mujeres trans es similar en otros países de América Latina; por ejemplo, en Argentina es 85.3 %, Brasil es 90 % y Costa Rica es 61 % (véase en Castro García y Santos, *op. cit.*, p. 12).

Después de décadas de lucha, en México, se reconoció el derecho a la dignidad de las personas trans* y no binarias consagrado en el artículo 1o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Actualmente también hay un consenso en el derecho nacional e internacional de que este grupo vive una situación de desigualdad por motivo de su identidad de género que transgrede con la norma hegemónica, por lo que sus derechos se encuentran íntimamente ligados al derecho a la igualdad y no discriminación, protegidos por los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), así como los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin bien, ninguna de las dos normas considera expresamente a la “identidad de género” como parte del listado de las denominadas categorías sospechosas (pues, el término no era ampliamente conocido al momento de su creación), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han reconocido que ésta sí es una categoría sospechosa protegida por este principio.²⁹

Además del reconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación, en años recientes han ocurrido diversos avances en el reconocimiento de los derechos de las personas trans*, así como del resto de la población de la diversidad sexogenérica. Por una parte, la SCJN ha adoptado un enfoque no patologizante, en donde el reconocimiento registral de la identidad de género debe basarse en el consentimiento voluntario e informado de cada persona.³⁰ De hecho, 18 estados han reformado sus códigos civiles conforme a este criterio. También la SCJN ha establecido que la identidad de género debe ser respetada durante los procedimientos judiciales y, en la misma línea, la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (CDHCM), en la Recomendación 2/2019, reconoció la obligación de la Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México a investigar crímenes en contra de las mujeres trans* con perspectiva de género, en la que se analicen los elementos contextuales y sociales de los casos.³¹ Por su parte, recien-

²⁹ Véase en SCJN, Amparo en Revisión 852/2017, Ministra Ponente Norma Lucía Piña Hernández, 8 de mayo de 2019 y Corte IDH, *Caso I.V. vs Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

³⁰ Tesis 2a/J. 173/2019 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 75, Tomo I, febrero de 2020, página 894. Registro digital: 2021582.

³¹ Tesis 1a/J. 196/2023 (1ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima época, Libro 32, Tomo II, diciembre de 2023, página 1508. Registro digital: 2027802 y Cfr. CDHCM, Recomendación

temente, la Corte IDH reconoció que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) es aplicable a las situaciones de violencia contra mujeres trans, así como el Comité CEDAW ha incluido a dicho grupo dentro de los sujetos protegidos por la misma Convención.³²

Además de los estándares mencionados, las personas juzgadoras cuentan con diversas herramientas para la interpretación y aplicación de normas en casos que involucran a personas LGBT+, una de las más importantes es el *Protocolo para Juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales* de la SCJN. Éste ofrece guías claras para aplicar la perspectiva de género e interseccionalidad, así como el principio de igualdad y no discriminación. De manera breve, enunciaremos las aplicables para el caso de personas trans*:
i) respetar la identidad de género de las personas y usar un lenguaje conforme a ello; ii) analizar el contexto identificando si la *litis* del caso se relaciona con la situación de violencia contra dicho grupo; iii) ordenar pruebas de oficio para comprender el escenario de desigualdad y iv) aplicar la carga dinámica de la prueba con el fin de invertir la carga de la prueba en situaciones donde se observa una asimetría de poder entre las partes (por ejemplo, cuando una de ellas es la autoridad penitenciaria).³³

Ahora bien, la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) no menciona explícitamente a las personas LGBT+, menos a las personas trans* y no binaries. A pesar de ello, como argumentamos anteriormente, los derechos de estas poblaciones deben ser reconocidos dado que en su artículo 4o. establece a la dignidad e igualdad como principios rectores para la aplicación de la norma. De igual manera, esta norma debe ser interpretada armónicamente a instrumentos claves del derecho internacional, como son las Reglas Mandela, las Reglas de Bangkok y la amplia

2/2019, *Falta de debida diligencia y de aplicación de la perspectiva de género y enfoque diferenciado en la investigación de transfeminicidio*, Ciudad de México, 2019, párrs. 111 y 112.

³² Véase en Corte IDH, *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, y Comité CEDAW, CEDAW/C/GC/35, Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación general núm. 19.

³³ Cfr. SCJN, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales*, SCJN, Ciudad de México, 2022, pp. 165-221.

jurisprudencia de la Corte IDH sobre personas-PdL, entre la que se destaca la OC 29/22. Esta última fue solicitada por la CIDH e incluye un apartado sobre personas LGBT+, en donde se logran establecer las obligaciones específicas del Estado que requiere cumplir relacionadas con las personas trans*.³⁴

No obstante reconocemos la trascendencia de la reforma al sistema de ejecución penal en México, consideramos que la labor de los juzgadores de ejecución penal ha sido comprendida de manera limitada, pues se les suele pensar como jueces con función inspectora (que vigilan la legalidad), en lugar de ser quienes tienen facultad de controlar la constitucionalidad y convencionalidad de los actos realizados por la autoridad administrativa en el espacio carcelario.³⁵ En ese sentido, identificamos que esta visión del potencial garantista se encuentra expresa en las fracciones I, V y VI del artículo 25 de la LNEP. Lo anterior aunado a que la doctrina jurídica reconoce que la introducción de esta figura tiene la función de controlar a la autoridad penitenciaria, quien está obligada a dar cumplimiento a las decisiones jurisdiccionales.³⁶

Para las personas trans* y no binaries, quienes enfrentan una vulneración sistemática y reiterada de sus derechos en el contexto penitenciario, esta lectura del artículo 25 de la LNEP, que revela una visión garantista de los jueces de ejecución penal, resulta de relevancia, pues implica la asunción de una postura de activismo judicial en pro de sus derechos que garantice su cumplimiento, así como visibilice, a través de sus resoluciones, las obligaciones del Estado frente a las personas trans* reconocidos por la interpretación armónica de las normas.³⁷ En otras palabras, ellos tienen la labor fundamental de ser los defensores de los derechos de las personas-PdL trans* y no binaries que, en la medida de sus competencias, pueden impulsar cambios estructurales que dignifiquen dichas vidas y erosionen el modelo disciplinar de la prisión.

³⁴ Cfr. Corte IDH, Enfoques diferenciados..., *op. cit.*, pp. 83-98.

³⁵ Véase en Campos Sánchez, Nimrod Michale, *El juez de ejecución de sanciones en México*, IJJ-IFP, Ciudad de México, 2013.

³⁶ *Ibid.*, p. 59.

³⁷ Tomamos la definición radial de "activismo judicial" de Charles Epp (Cfr. Epp, Charles, *The Rights Revolution; Lawyers, Activists and Supreme Court in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1998, p. 2).

C. Retos de las personas-PdL trans* y no binaries

El Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP) de 2022, realizado por la CNDH, reportó que 2 centros federales y 18 estatales cuentan con deficiencias en la atención de las personas LGBTQ+.³⁸ Sin embargo, este mecanismo no permite conocer cuáles son las condiciones específicas que evalúan, por lo que se obstaculiza conocer los retos que enfrentan específicamente las personas trans* y no binaries durante su estancia en las cárceles. Estos problemas y escenarios de desigualdad que enfrentan las personas trans* son diversos y atraviesan distintos momentos de la vida intracarcelaria, además de encontrarse presentes a lo largo del proceso de ejecución penal. Por tal motivo, en el presente apartado desarrollaremos algunos de dichos retos en los siguientes rubros: registro, clasificación y ubicación, régimen de seguridad, régimen de visitas, servicios de reinserción social y servicios de salud. En cada uno de los subapartados, expondremos los problemas específicos que enfrentan las personas trans* y no binaries y esbozaremos cuáles son algunas acciones emprendidas para remediarlos.

I. Registro de personas trans*

Uno de los primeros obstáculos que enfrentan las personas trans* es la violación a su derecho a la identidad cuando son registradas y referidas de acuerdo con el sexo asignado al nacer. De acuerdo con CEA Justicia Social, el personal de los centros penitenciarios ignora las solicitudes expresas de estas personas de usar su nombre social y los pronombres adecuados para su identidad de género.³⁹ Esto se evidencia en el informe de Corpora en Libertad de 2021, en donde el 62.8 % de las personas-PdL trans* encuestadas reportaba ser llamada con el nombre registral con el que no se identificaba y otro 19.5 %, con un apodo.⁴⁰

³⁸ Cfr. CNDH, *Diagnóstico Nacional del Sistema Penitenciario 2022*, Ciudad de México, 2022.

³⁹ Cfr. CEA Justicia Social, *Diversidad y derechos. Diagnóstico sobre el acceso y ejercicio de derechos de las personas LGBTQ+ privadas de la libertad en México*, CEA, Ciudad de México, 2022, p. 30.

⁴⁰ Cfr. *Corpora en Libertad, Personas LGBTI+ privadas de la libertad: Informe desde el contexto de México, Guatemala, Honduras y El Salvador, Brasilia*, 2021, p. 74.

En una de las entrevistas realizadas para esta investigación, identificamos que el personal suele aceptar con mayor facilidad el nombre elegido u optan por emplear el apellido de la persona trans*, aunque continúan utilizando pronombres incorrectos.⁴¹ Por lo tanto, las personas trans* y no binaries reportan sentirse incómodas en esta situación y optan por guardar silencio. Sin embargo, un hombre trans* entrevistado señaló que esta actitud es una agresión y, en específico, una forma de tortura porque las autoridades niegan su propia existencia.⁴²

Uno de los principales argumentos que las autoridades utilizan para excusar este comportamiento violento es señalar que deben respetar la información que aparece en los documentos oficiales. Éste es un problema, considerando que las personas trans* en centros de encarcelamiento no cuentan con sus documentos de identidad o no cuentan con los conocimientos y recursos para emprender los procesos de cambio legal de su identidad de género. Aunado a lo anterior, testimonios de mujeres trans exponen que el desconocimiento a su identidad de género persiste aun contando con la rectificación de su documentación.⁴³

Independientemente de lo anterior, este argumento carece de fundamento porque, además de contravenir el desarrollo jurídico sobre los derechos de las personas trans*, el uso del nombre social en las prácticas internas y cotidianas no representa una controversia frente a procedimientos legales, tal como determinó la Corte Suprema de Chile en 2017.⁴⁴ Además, la SCJN ha recomendado que, en los casos en los que las personas trans* y no binaries no cuenten con la rectificación de sus documentos, las personas juzgadoras pueden hacer una aclaración en el expediente para indicar el nombre y pronombre elegidos que serán utilizados en el resto del procedimiento.⁴⁵ En este sentido, las autoridades deben referirse a las personas trans* con su nombre y pronombre con el que se identifican, sin importar que se encuentren reflejados o no en sus documentos oficiales. Este

⁴¹ Entrevistas con hombres trans por vía telefónica el 2 y 15 de mayo de 2023.

⁴² Entrevista con hombre trans por vía telefónica el 15 de mayo de 2023.

⁴³ Cfr. CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 30 y Vázquez Matías, Daniela Esmeralda y Pedraza Pito, Laura Alejandra (coords.), *Desde el Alma: Relatos de vida de personas trans privadas de la libertad*, Almas Cautivas, Ciudad de México, 2022, p. 98.

⁴⁴ Cfr. Corte Suprema de Chile, Sentencia No. 6937-2017, Ministro Ponente Carlos Ramón Aránguiz Zuñiga, 25 de mayo de 2017, p. 5.

⁴⁵ Cfr. SCJN, *op. cit.*, p. 167.

principio también ha sido incluido en lineamientos penitenciarios de Argentina, Colombia, Costa Rica y Ecuador,⁴⁶ así como reconocido por el Supremo Tribunal Federal de Brasil.⁴⁷

Aclaremos que el registro de la población trans*, tal como recomienda la Corte IDH debe ser mediante la autoidentificación de estas personas, quienes aportarán la información de manera voluntaria.⁴⁸ En otras palabras, las autoridades no pueden clasificar a una persona como “trans” o “no binarie” sólo por suponerlo con base en sus propios prejuicios. Ello también conlleva a reconocer que la definición de la identidad de género no es un proceso lineal o que ocurre en tiempos específicos, sino que sucede de maneras y momentos distintos para cada persona. Muestra de ello es que hemos identificado casos de hombres trans que descubrieron su identidad e iniciaron su proceso de construirla estando en prisión.⁴⁹ Por tal motivo, las autoridades deben permitir que las personas expresen su identidad de género, así como que compartan su nombre y pronombres elegidos, en cualquier momento del proceso de ejecución penal.

II. Clasificación y ubicación de personas trans*

Otra forma de vulnerar el derecho a la identidad, así como a la integridad y dignidad, ocurre al momento de la clasificación y eventual ubicación de

⁴⁶ Cfr. Servicio Penitenciario Federal, “Guía de procedimientos de ‘visu médico’ y de ‘control y registro’ de personas trans en el ámbito del servicio central de alcaidías”, *Boletín Público Normativo*, Buenos Aires, vol. 23, núm. 596, 2016, p. 22; Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC (Colombia), art. 26; Instituto Nacional de Criminología, Circular 5-202, *Lineamientos sobre la atención y seguimiento a la población LGBTIQ+ en el Sistema Penitenciario Nacional*, art. 7; Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, Acuerdo No. 1265, *Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad*, art. 4. Señalamos que los primeros países en adoptar este tipo de políticas fueron Australia, Escocia y Malta (véase en UNDP, *Mapping of Good Practices for the Management of Transgender Prisoners*, Bangkok, UNODC-UNDP, 2020, pp. 9-10).

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 787, Ministro relator Gilmar Mendes, 28 de junio de 2021.

⁴⁸ Cfr. Corte IDH, *Enfoques diferenciados...*, *op. cit.*, párrs. 242-243.

⁴⁹ Entrevista con hombre trans por vía telefónica el 15 de mayo de 2023. Véase un caso similar en Soto, Dulce *et al.*, “Las batallas de Leo contra el sistema penal”, Ciudad de México, *Corriente Alterna*, 1 de diciembre de 2021.

las personas trans* y no binaries dentro de los centros penitenciarios. Contrario a lo esperado, no hay una respuesta única sobre el alojamiento de las personas trans* porque hay una diversidad de intenciones y voluntades al respecto. Algunas prefieren encontrarse ubicadas en centros que concuerden con su identidad de género, ya sea para estar con población en general y otras veces para estar en módulos especiales para las personas LGBT+. Otras prefieren ubicarse en centros que correspondan con el sexo asignado al nacer por varias razones, ya sea por seguridad (como suele ser el caso de hombres trans que prefieren estar en centros femeniles), por considerar que estos espacios cuentan con pabellones LGBT+ en buenas condiciones (como es el caso de ciertas mujeres trans), para estar cerca de sus parejas, entre otras.⁵⁰ Aún con esta diversidad de intenciones y situaciones, debemos tener presente que, de acuerdo con datos de Almas Cautivas, el 47.7 % de las personas trans* encuestadas se encontraban interesadas en ser trasladadas a otros centros penitenciarios.⁵¹

En México, la LNEP sólo establece que las mujeres deben cumplir penas en un lugar distinto al de los hombres, pero no hace alusión a las personas trans*.⁵² Conocemos que en el sistema penitenciario de la Ciudad de México en ocasiones se consulta a las mujeres trans sobre a qué tipo de prisión desean ubicarse, pero hay casos en que han sido enviadas a centros varoniles sin consultarles y ubicadas en los pabellones para “la comunidad LGBT+”.⁵³ Cabe aclarar que el problema con los módulos destinados a las personas LGBT+ es que suelen ser espacios sin acceso a los servicios mínimos, prácticamente aislados y en donde ubican a cualquier interno clasificado como “enfermo” o “desviado”.⁵⁴ También hemos identificado que hombres trans que están en centros femeniles y tienen una expresión convencionalmente masculina son aislados sin consultarles; mientras que otros son amenazados con enviarles a centros varoniles a costa de su seguridad.⁵⁵

⁵⁰ Entrevistas con hombres trans por vía telefónica el 2 y 15 de mayo de 2023, y *Cfr.* CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 33 y Vázquez Matías y Pedraza Pito (coords.), *op. cit.*, pp. 107 y 178.

⁵¹ *Cfr.* Corpora en Libertad, *Personas LGBTI+ privadas...*, *op. cit.*, p. 30.

⁵² Ley Nacional de Ejecución Penal, fracción I art. 5.

⁵³ *Cfr.* García Castro y Santos (coords.), *op. cit.*, p. 14.

⁵⁴ *Cfr.* CIDH, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, *op. cit.*, párr. 157.

⁵⁵ Entrevista con hombre trans por vía telefónica el 15 de mayo de 2023.

Esta heterogeneidad tiene como consecuencia que el DNSP otorgara un puntaje de 5 y 6 sobre 10 a los centros estatales y federales, respectivamente, por su deficiente política de ubicación de personas LGBT+.⁵⁶

La situación es similar en otros países de la región. En Argentina, algunas cárceles cuentan con espacios exclusivos para mujeres trans* y otras tienen módulos en donde ubican arbitrariamente a las personas trans* junto con personas imputadas o condenadas por delitos sexuales.⁵⁷ Por su parte, Brasil cuenta con módulos exclusivos para personas trans* en centros varoniles y, de manera rutinaria, se les niega la posibilidad de solicitar el traslado a uno femenino.⁵⁸ Esta política de espacios exclusivos predeterminados también ocurre en Paraguay y Ecuador.⁵⁹ Respecto a buenas prácticas que se pueden observar en la región, un caso de relativo éxito ocurrió en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza en Argentina, en donde se creó en 2016 un pabellón para mujeres trans que ingresaban de manera voluntaria, el cual contaba con un régimen de seguridad abierto y programas especiales de atención al VIH/sida y de salida transitoria.⁶⁰

Para atender dicha problemática de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación, en la Opinión Consultiva OC 29/22, la Corte IDH señaló que las autoridades, a través de un equipo técnico y multidisciplinario, deben determinar la locación de las personas LGBT+ caso por caso.⁶¹ También indicó que los lugares asignados no pueden constituir una forma de aislamiento e incomunicación, o que reciban un trato desigual al resto de la población interna. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) comparte estas recomendaciones y añade que, para determinar la ubicación, se debe considerar la

⁵⁶ Cfr. Cifras históricas del DNSP de la CNDH cit. en CEA Justicia Social, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁵⁷ PPN cit. en García Castro y Santos (coords.), *op. cit.*, pp. 13-14.

⁵⁸ Cfr. Red Corpora en Libertad, *Informe sobre la "Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBT+ Privadas de la Libertad en América"*, Argentina, *Corpora en Libertad*, 2018, p. 4. Cfr. también en Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária y Conselho Nacional de Combate a Discriminação, *Resolução conjunta No. 1 de 15 de abril de 2014*, art. 4.

⁵⁹ Cfr. Ministerio de Justicia, Resolución 744, *Protocolo de Atención a Personas Trans Privadas de la Libertad*, Paraguay, p. 6 y Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos de Ecuador, *op. cit.*, art. 16.

⁶⁰ Véase en Servicio Penitenciario Federal, "Programa específico para mujeres trans en contextos de encierro", *Boletín público normativo*, Argentina, vol. 13, núm. 613, 2016.

⁶¹ Cfr. Corte IDH, *Enfoques diferenciados...*, *op. cit.*, párr. 247.

voluntad y temores de las personas, sin asumir previamente cuál es la ubicación idónea.⁶² Actualmente, esta política de caso por caso ha sido adoptada en decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil.⁶³ Asimismo, destacamos las normas penitenciarias de Costa Rica, cuyos lineamientos ordenan a las autoridades a revisar dos veces al año cómo se sienten las personas trans* en su ubicación y el protocolo de Colombia, porque aclara que la apertura y el funcionamiento de un pabellón especial deben ser concertados por la propia comunidad.⁶⁴

Las políticas de clasificación y ubicación “caso por caso” parecen, a primera vista, contrarias al artículo 5 de la LNEP que establece reglas generales en la materia. Sin embargo, un estudio a la luz de las Reglas de Bangkok y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre separación de personas-PdL expone que el fin de este tipo de normas es atender las necesidades de género diferenciadas de cada grupo en reclusión.⁶⁵ Además, el artículo 37 de la LNEP permite el cambio de estancias y módulos como medida de vigilancia especial, que, desde una interpretación protectora de derechos humanos, debe atender no sólo a la seguridad, sino a garantizar la integridad y bienestar de las personas. Entonces, si comprendemos que las personas trans* tienen una vivencia e identidad de género autodefinidas, será válido inferir que el criterio de ubicación más garantista es aquel que sea flexible y responda a las circunstancias de cada persona.

Ahora bien, persiste un prejuicio de que las mujeres trans en centros femeniles representan un riesgo para el resto de la población interna. Este argumento suele estar basado en opiniones transfóbicas porque no hay evidencia de que las personas trans* ejerzan violencia sexual en mayor proporción que sus contrapartes cisgénero. Además, existe un consenso de que la determinación de la ubicación debe contar una valoración del riesgo integral que considere los comportamientos y necesidades de todas las partes involucradas. Destacamos como una buena

⁶² Cfr. UNDP, *op. cit.*, p. 13.

⁶³ Cfr. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Desuprimimento de Preceito Fundamental 527, Ministro Relator Roberto Barroso, 15 de septiembre de 2021.

⁶⁴ Cfr. Instituto Nacional de Criminología, *op. cit.*, art. 25 y Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC, art. 36.

⁶⁵ Véase en ONU, A/RES/65/457, *Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok)* y Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 43-45.

práctica la Recomendación 12/2022 de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, que atendió con un enfoque de derechos humanos y no patologizante un hecho de violencia sexual ejercido por una mujer trans en contra de una mujer cis en el Centro Penitenciario y de Reinserción Social-Chalco.⁶⁶ En tal recomendación, el organismo determinó que el Estado propició esta situación al ubicar a dos personas con perfiles y situaciones de vulnerabilidad distintas. Además, reconoció que la agresión cometida no desvirtuaba el derecho a la identidad de género de la mujer trans, sino que obligaba a la autoridad a perfeccionar sus mecanismos de clasificación y análisis de riesgo.⁶⁷

III. Régimen de seguridad

Un elemento clave que regula la vida intracarcelaria es el régimen de seguridad en cada uno de los centros. Aunque su objetivo es garantizar el orden de los establecimientos penitenciarios, se ha registrado que tiene un impacto diferenciado sobre las personas trans*.

De manera frecuente, las personas trans* son puestas en aislamiento como sanción por cualquier falta disciplinaria, a pesar de no ser proporcional en diversas situaciones. También las normas internas sancionan el uso de objetos y prácticas asociados a la reafirmación del género, bajo el argumento de que ponen en riesgo la seguridad y el orden del espacio penitenciario. Por ejemplo, las mujeres trans, en diversos países de América Latina, reportan que se les niega el uso de maquillaje, prendas asociadas con la femineidad y portar el cabello largo; inclusive, son rapadas en contra de su voluntad mediante agresiones.⁶⁸ La CNDH estudió dos casos similares en la Recomendación 86/2022, en donde una mujer trans del CEFERESO 12 y otra del CEFERESO 13 sufrieron malos tratos y crueles a causa de impedirles llevar el cabello largo, ser sancionadas por confeccionar prendas femeninas, así como ser agredidas física y psicológicamente por agentes estatales.⁶⁹

⁶⁶ Cfr. CODHEM, Recomendación 12/2022.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 28 y 58.

⁶⁸ Cfr. CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 33, Vázquez Matías y Pedraza Pito (coords.), *op. cit.*, pp. 30, 101 y 151, Corpora en Libertad, Informe sobre la “Situación...”, *op. cit.*, pp. 7-10 y Corpora en Libertad, Personas LGBTI+ privadas..., *op. cit.*, p. 76.

⁶⁹ Véase CNDH, Recomendación 86/2022.

Respecto a dicha problemática, existe un amplio consenso de que la prohibición de utilizar objetos para la reafirmación del género no tiene fundamento y, por ende, es una forma de discriminación. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia fue el primer tribunal nacional en sostener lo anterior en la Sentencia T-062 de 2011. Resolvió que dichas disposiciones, además de desconocer la relevancia de la apariencia física para el libre desarrollo de la personalidad, no tienen razón suficiente que las legitime ni pasan un control estricto de constitucionalidad.⁷⁰ La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia Costa Rica en 2012 y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en 2013 llegaron a conclusiones en sentido similar, afirmando que la restricción a la vestimenta no tiene un sustento fáctico.⁷¹

Las resoluciones anteriores evidencian que los juzgadores de ejecución penal pueden resolver en sentido similar a controversias respecto a las prohibiciones y sanciones del régimen de seguridad. En este sentido, rescatamos la herramienta del *test* de proporcionalidad, que ha sido ampliamente desarrollado por la SCJN.⁷² A través de éste, la persona juzgadora deberá estudiar si la prohibición o sanción constituye una medida razonable que contribuya a la seguridad del centro penitenciario o, al contrario, es un acto arbitrario de la autoridad motivada por la discriminación.

Las normas penitenciarias de Argentina, Colombia y Brasil permiten el ingreso y uso de objetos identitarios.⁷³ Por ejemplo, los lineamientos del Complejo Penitenciario Federal I de Argentina enlistan que los accesorios autorizados son vestidos, zapatos “de mujer” sin tacón de aguja, instrumentos de maquillaje de plástico y

⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, T-062 de 2011, Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 4 de febrero de 2011.

⁷¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución No. 04524-2012, Magistrado ponente Fernando Cruz Castro, 30 de marzo de 2012 y Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación a la sentencia de amparo con expediente acumulados 635-2013 y 636-2013, Magistrada ponente Gloria Patricia Porras Escobar, 28 de agosto de 2013.

⁷² González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *El test de proporcionalidad*, SCJN, Ciudad de México, 2021.

⁷³ *Cfr.* Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária y Conselho Nacional de Combate a Discriminação, *op. cit.*, art. 5 y Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a cargo del INPEC, art. 39.

sin espejo, tinturas, lápiz labial, entre otros.⁷⁴ Sin embargo, al contrario de esta visión, la UNODC promueve que, como ocurre en Malta, los lineamientos establezcan criterios neutrales, en lugar de tener listados enunciativos, con el fin de facilitar el acceso de cualquier objeto que reafirme el género de la población interna, tanto de las personas trans*, no binaries, como aquellas cisgénero que no se conforman con los roles de género convencionales.⁷⁵

Por otro lado, los regímenes de seguridad suelen ser omisos a las violencias que experimentan las personas trans* y no binaries dentro de prisión. De acuerdo con la ENPOL 2021, el 90 % de las personas LGBT+ han sufrido un hecho revictimizante durante su estancia.⁷⁶ Las personas trans* encuestadas también reportaron que experimentan, en mayor proporción que sus contrapartes cisgénero, agresiones sexuales, lesiones físicas, amenazas y extorsiones. Esta lamentable situación se agrava si consideramos que el 11 % de los hombres trans expresaron haber sufrido una violación sexual, en comparación con el 6.9 % de las mujeres trans en prisión. La ENPOL 2021 también muestra que las agresiones son ejercidas en su mayoría por otras personas internas (alrededor del 70 % de los casos), seguido de personal de custodia y personal técnico.

Las personas trans* no denuncian esta violencia por miedo a represalias o de ser responsabilizadas. Por ejemplo, la Investigadora Chloé Constant identificó que la mayoría de las mujeres trans que sufren actos de violencia sexual en prisión deciden no activar mecanismos institucionales porque saben que las autoridades las acusarán de “provocar esta situación”.⁷⁷ Constant también señala que las violencias en contra de las mujeres trans en los centros penitenciarios varoniles están enmarcadas en las disputas internas de grupos delictivos, por lo que el cuerpo de ellas se utiliza como un “arma de guerra” y un medio para transmitir mensajes hacia el bando contrario.⁷⁸

⁷⁴ Servicio Penitenciario Federal, “Guía de procedimientos de “visu médico” y de “control y registro...”, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁵ *Cfr.* UNDP, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁶ *Cfr.* INEGI, ENPOL 2021, *op. cit.*

⁷⁷ *Cfr.* Constant, *Mujeres trans*, violencia...*, *op. cit.*, p. 80.

⁷⁸ *Idem.*

Una buena práctica frente a esta situación de violencia es el Amparo en Revisión 102/2018 del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Octavo Circuito, que resolvió a favor de una mujer-PdL trans en el CEFERESO 14 que sufrió de tratos crueles por parte del personal de custodia.⁷⁹ El tribunal señaló que las autoridades tienen la obligación de abstenerse de acciones que menoscaben la integridad de las personas trans* y que excedan el nivel de sufrimiento inherente a su reclusión.

Por su parte, la Corte IDH ha establecido en la Opinión Consultiva OC-29/22 la obligación especial de los Estados de combatir la violencia contra las personas LGBT+ en prisión.⁸⁰ Particularmente, este tribunal regional señala que los Estados deben establecer mecanismos de denuncia, recolectar información integral sobre los casos, capacitar al personal y abstenerse de imponer sanciones motivadas por la identidad de género.⁸¹ El único país de América Latina en reconocer, en sus normas, la violencia desproporcionada que afecta a las personas LGBT+ en prisión es Costa Rica. En su lineamiento, establece que el proceso disciplinario tiene como función atender y sancionar esta forma de violencia, además de señalar una ruta de atención urgente a los casos de violencia sexual.⁸² Frente a la falta de políticas específicas para la atención y prevención de la violencia, resulta clave el papel de los juzgadores de ejecución penal como una figura que controla y vigila el actuar de la autoridad penitenciaria frente a posibles casos de abuso u omisión.

IV. Régimen de visitas y servicios de reinserción social

Además de lo anterior, las personas trans* enfrentan diversos retos que obstruyen e impiden sus procesos personales de reinserción social. Uno de ellos es la

⁷⁹ Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Octavo Circuito, Amparo en revisión 102/2018, Magistrado ponente Miguel Negrete García, 7 de marzo de 2019. Además, ésta fue la única sentencia identificada que reconoce la identidad de género de una persona trans*.

⁸⁰ Cfr. Corte IDH, *Enfoques diferenciados...*, *op. cit.*, párr. 254.

⁸¹ *Ibid.*, párr. 257

⁸² Cfr. Instituto Nacional de Criminología, *op. cit.*, arts. 17-19.

falta de visitas y de contacto con el exterior. De acuerdo con la ENPOL 2021, las personas trans* conforman el grupo que recibe menos visitas en los centros penitenciarios. El 48.5 % de las mujeres trans y 55.8 % de los hombres trans reportaron no haber recibido visitas familiares en los últimos 12 meses; mientras que un 87.6 % de las mujeres trans y 90.8 % de los hombres trans tampoco recibieron visitas íntimas.⁸³ Las propias personas trans* señalaron que este problema persistió y se agravó durante la contingencia sanitaria por covid-19.

En diversos testimonios, las personas trans* expresan que sus familiares cortaron contacto a causa de desaprobar su identidad de género.⁸⁴ Algunas expresan que reciben visitas pero con la condición de usar vestimenta que no refleje su identidad y ser referidos bajo su nombre registral, así como limitar la información que comparten.⁸⁵ Esta falta de visitas es preocupante porque expone cómo la discriminación se traduce en no contar con redes de apoyo en el exterior, que a su vez tiene como consecuencia un deterioro de sus relaciones interpersonales, en su salud mental y carecer de la posibilidad del recibir recursos del exterior (ya sea medicamentos, dinero, insumos para talleres o alimentos).

Más allá de la obligación del Estado a garantizar el derecho a las visitas, consideramos que las autoridades deben emprender acciones para contribuir al tejido y fortalecimiento de redes de apoyo. Como una buena práctica al respecto, destacamos los lineamientos de atención para personas trans* de Costa Rica. Dicha política establece que la autoridad penitenciaria, frente a casos de personas trans* que estén próximas al ingreso y no cuenten con redes de apoyo, debe coordinarse con la unidad de reinserción social, organizaciones de la sociedad civil e instituciones del bienestar social para brindar apoyo externo a estas personas.⁸⁶

Por otra parte, los datos de la ENPOL 2021 muestran que no hay diferencias significativas entre personas trans* y cisgénero sobre el acceso a herramientas necesarias para reincorporarse a la vida social.⁸⁷ Contrario a lo anterior, la información

⁸³ INEGI, *op. cit.*

⁸⁴ Entrevista con hombres trans por vía telefónica el 2 y 15 de mayo de 2023.

⁸⁵ *Cfr.* Constant, *Mujeres trans*, violencia...*, *op. cit.*, p. 132.

⁸⁶ *Cfr.* Instituto Nacional de Criminología, *op. cit.*, art. 22.

⁸⁷ *Cfr.* INEGI, ENPOL 2021, *op. cit.*

recabada por organizaciones de la sociedad civil sí refleja problemas específicos al tratar de acceder a los servicios de reinserción social, como educación, capacitación para el trabajo y empleo.

La activista Kenya Cuevas, Directora de la Casa de Muñecas Tiresias, expresa que las opciones de empleo en la Penitenciaría de la Ciudad de México son limitadas para las mujeres trans porque las empresas autorizadas al interior del centro penitenciario tienen la política de no contratar a esta población, ni a aquellas que viven con VIH/sida.⁸⁸ Además, señala que el acceso a servicios educativos está limitado por la falta de documentos oficiales que reflejen la identidad de las personas. De manera similar, la asociación Almas Cautivas ha identificado que varias mujeres trans, específicamente, que están en centros varoniles de la Ciudad de México, no tienen acceso a servicios de reinserción social debido a estar ubicadas en los módulos de observación, que constituye un virtual aislamiento.⁸⁹

También identificamos que las personas trans* optan mayoritariamente por el autoempleo, realizando principalmente labores de cuidado (como preparación de alimentos, limpieza de celdas y atención a personas enfermas) y comercio sexual.⁹⁰ Por ejemplo, estudios en 2014 y 2015 hallaron que el 30 % de las mujeres trans en cárceles de Ciudad de México y el 80 % de ellas en cárceles argentinas se dedicaban al trabajo sexual.⁹¹ Ambas prácticas (labores domésticas y sexuales) suelen ocurrir con sus parejas o compañeros de celda, por lo que pueden estar inscritas en dinámicas de violencia o que representen una sobrecarga de responsabilidades que impida el autocuidado o menoscabe su salud.

Ante la falta de experiencias de programas focalizados para personas trans*, parece clave recordar el papel de 'le' Juez de ejecución penal para resolver controversias respecto al plan de actividades. Enfatizamos que el estudio de estos casos debe basarse en una perspectiva de género e interseccional, el cual interroga

⁸⁸ Cfr. CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁹ Cfr. Vázquez Matías y Pedraza Pito (coords.), *op. cit.* pp. 178 y 218.

⁹⁰ Cfr. CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 54, Constant, *Mujeres trans*, violencia...*, *op. cit.*, pp. 94 y 99.

⁹¹ Cfr. Colchero, Arantxa *et al.*, "Principales resultados de la encuesta de salud con sero-prevalencia de VIH a mujeres transgénero en la Ciudad de México", Resumen Ejecutivo CIEE, México, vol. 5, núm. 3, 2014, p. 5 y Servicio Penitenciario Federal, "Programa específico..." *op. cit.*, pp. 69-70.

cómo el contexto de violencia y discriminación estructural ocasiona que los criterios de ingreso a los servicios de reinserción, que aparentemente son neutrales y razonables, en los hechos constituye un obstáculo para las personas trans* y no binaries.

V. Servicios de salud

Las deficiencias en los servicios de salud son un grave problema presente a lo largo del sistema penitenciario. Al igual que las personas cisgénero, las personas trans* y no binaries enfrentan múltiples retos para acceder a medicamentos, recibir atención médica y tener artículos de limpieza. Aun así, este grupo experimenta obstáculos diferenciados a causa de su identidad de género.

De acuerdo con datos de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021, las personas trans* no recibieron medicamentos con mayor frecuencia que sus contrapartes cisgénero. Los hombres trans reportaron no recibir tratamiento frecuentemente para casos de hepatitis y covid-19, mientras que las mujeres trans expresaron una situación similar para neumonía, hipertensión, diabetes y VIH/sida.⁹² Este último dato es preocupante considerando que hasta el 9 % de las mujeres trans viven con esta condición, siendo el grupo de población interna con mayor prevalencia. Adicionalmente, el poco acceso a servicios de salud se agravó cuando, durante la contingencia sanitaria por covid-19, ningún centro penitenciario implementó programas para atender las necesidades específicas de las personas LGBT+ y, además, se documentó que se les impusieron tareas extenuantes a costa de su salud.⁹³

Las personas trans* también enfrentan obstáculos para acceder a servicios médicos especializados para iniciar o continuar procedimientos médicos de reafirmación de género, como son tratamientos hormonales e intervenciones quirúrgicas.⁹⁴

⁹² INEGI, *op. cit.* La ENPOL 2021 no permite conocer si las personas viven con VIH o sida, ni tampoco si las condiciones fueron adquiridas durante prisión.

⁹³ Véase en Corpora en Libertad, *Informe de Corpora Libertad ante la pandemia por COVID-19 y sus efectos en las personas LGBTI+ privadas de la libertad*, Ciudad de México, 2020.

⁹⁴ Algunos ejemplos de intervenciones quirúrgicas para la reafirmación del género son mamoplastia, vaginoplastia, mastectomía, histerectomía, faloplastia, liposucción, entre otras.

El acceso a dichos procedimientos es profundamente limitado en los países de América Latina (e, incluso, en países del Norte Global).⁹⁵ Por ejemplo, testimonios de mujeres y hombres trans reportan no acceder a hormonas, ya sea porque estaban en tratamiento antes de prisión o desean iniciarlo durante su estancia, aunque presentan una solicitud administrativa ante la autoridad penitenciaria.⁹⁶ Cuando reportan lo contrario se debe a que las consiguen a través de las visitas, lo cual tiene el problema colateral de no contar con un seguimiento médico.⁹⁷ Tampoco tenemos conocimiento de personas trans* y no binaries que hayan realizado un procedimiento quirúrgico, aunque en los testimonios expresan el deseo e intención de acceder a estos.

Estos obstáculos, en ocasiones, están acompañados de una narrativa que acusa que este tipo de procedimientos médicos no están disponibles por tener un fin cosmético. Sin embargo, esta visión ignora que estos servicios de salud forman parte de los procesos personales y voluntarios que asumen las personas para reafirmar su identidad y, por ende, su obstrucción es una violación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad e integridad. Este argumento ha sido reconocido por la Corte IDH en la OC 29/22, que señala la obligación de los Estados a proveer estos procedimientos con adecuado cuidado y consejería.⁹⁸ Asimismo, recordamos que hay un consenso en el derecho nacional e internacional de la obligación estatal de proveer atención médica especializada.⁹⁹ Lo anterior ha sido adoptado en los lineamientos penitenciarios de Brasil, Argentina y Costa Rica, que ordenan permitir y garantizar el servicio de tratamiento hormonal con acompañamiento médico.¹⁰⁰ Adicionalmente, destacamos que sólo las normas de Costa Rica y Argentina contemplan un programa específico para atención a la población que vive con VIH.¹⁰¹

⁹⁵ Cfr. UNDP, *op. cit.*, pp. 33-40.

⁹⁶ Entrevistas con hombres trans por vía telefónica el 12 y 15 de mayo de 2023 y Cfr. CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 43.

⁹⁷ Cfr. Vázquez Matías y Pedraza Pito (coords.), *op. cit.*, p. 86.

⁹⁸ Cfr. Corte IDH, *Enfoques diferenciados...*, *op. cit.*, párrs. 286 y 270.

⁹⁹ Véase en ONU, A/RES/70/175, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)* y Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia...*, *op. cit.*, pp. 50-62.

¹⁰⁰ Cfr. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária y Conselho Nacional de Combate a Discriminação, *op. cit.*, art. 7, Servicio Penitenciario Federal, “Guía de procedimientos de “visu médico” y de “control y registro...””, *op. cit.*, p. 38 e Instituto Nacional de Criminología, *op. cit.*, art. 26.

¹⁰¹ En México, la atención a población privada de la libertad que vive con VIH o sida no tiene estipulado un enfoque diferencial para personas trans*, aunque varias de ellas son sus beneficiarias.

Ahora bien, la obstrucción a los procesos personales de reafirmación de género, en conjunto con las condiciones denigrantes expuestas anteriormente, tienen como resultado un deterioro progresivo a la salud mental de las personas trans*. Observamos en diversos testimonios un reconocimiento de esta condición por parte de la propia población, que también expresa haber tenido ideación suicida.¹⁰² De hecho, la ENPOL 2021 muestra que un mayor porcentaje de personas trans* reportaron haber pensado o intentado quitarse su vida, en comparación con sus contrapartes cisgénero.¹⁰³ Por ejemplo, el 56.1 % de los hombres trans en prisión ha intentado quitarse la vida frente a un 33.9 % de hombres cisgénero. Además, una investigación del Instituto Nacional de Salud Pública (INSP) identificó que estos comportamientos, al menos en el caso de las mujeres trans, son más frecuentes en reclusión que en libertad.¹⁰⁴

Esta grave situación recibe poca o nula atención por parte del Estado mexicano. Tampoco identificamos prácticas institucionales consolidadas o comprobadas que atiendan esta situación. La UNODC, por ejemplo, sugiere realizar valoraciones psicológicas por equipos multidisciplinarios, pero asocian que los problemas de salud mental están causados por su identidad, en lugar de las condiciones de vida y la discriminación que experimentan en los centros penitenciarios.¹⁰⁵ En cuanto a una perspectiva regional, Argentina es el único país que establece un programa de atención a “patologías somatopsíquicas”, pero no se reportan resultados al respecto.¹⁰⁶

Conclusiones

A lo largo de este texto hemos desarrollado los obstáculos que enfrentan las personas trans* y no binarias en los centros penitenciarios para vivir en condiciones dignas y que sean respetuosas a sus derechos humanos. Estas situaciones de discrimi-

¹⁰² Cfr. CEA Justicia Social, *op. cit.*, p. 43 y Vázquez Matías y Pedraza Pito (coords.), *op. cit.*, p. 32.

¹⁰³ INEGI, ENPOL 2021, *op. cit.*

¹⁰⁴ Cfr. INSP, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁵ Cfr. UNDP, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁶ Cfr. Servicio Penitenciario Federal, “Guía de procedimientos de “visu médico” y de “control y registro...”, *op. cit.*, p. 38.

minación y violencia tienen como origen la respuesta violenta del orden de género, la cual se potencia en la institución carcelaria que está diseñada para la sujeción de los cuerpos. Aunque ocurre en diversas modalidades y expresiones –como son el desconocimiento del nombre elegido, la obstrucción a servicios de reinserción y de salud o la imposición arbitraria de sanciones–, la acumulación de actos y omisiones crea un entorno hostil hacia la existencia de las personas trans*.

También hemos visibilizado las buenas prácticas y precedentes judiciales que han respondido a dichas violencias. Estos actos de resistencia, que hemos documentado en otros países de América Latina, exponen los avances de activistas, defensores y otros actores del movimiento amplio de derechos humanos para demandar el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas trans*, que han sido marginadas fuera y tras los muros de la prisión. De igual manera, estos ejemplos han sido útiles para brindar una serie de orientaciones a les operadores de justicia que conozcan casos en la materia.

Con todo, nos parece relevante señalar que los retos descritos sólo son aquellos identificados durante el proceso de investigación y que tienen como causas preponderantes la discriminación y la violencia motivada por la identidad de género. En este sentido, recordamos que las personas trans* y no binaries enfrentan obstáculos similares a otros sectores poblacionales a causa de las condiciones de precariedad y violencia generalizada en el sistema penitenciario. También advertimos que las personas-PdL trans* pueden experimentar otros retos que no han sido registrados con las fuentes de información disponible. Las recomendaciones y buenas prácticas expuestas a lo largo del capítulo pueden dar una guía para responder a las nuevas problemáticas que eventualmente aparezcan. Aun así, otros proyectos de investigación, diseñados y liderados por personas trans*, son necesarios para fortalecer el entendimiento de los impactos (físicos, económicos y sociales) del contexto penitenciario.

A modo de cierre, hacemos un par de reflexiones sobre el enfoque diferencial en el proceso de ejecución penal. En primer lugar, nos parece de suma importancia reiterar que la labor de les Jueces de ejecución penal, lejos de constreñir a la tramitación de solicitudes y verificación de la legalidad, supone un ejercicio de

protección derechos y de control de la constitucionalidad y convencionalidad de los actos de la autoridad penitenciaria. Esta facultad no sólo se desprende de la Constitución y los tratados internacionales, sino también de la lectura del artículo 25 de la LNEP. De esta manera, reiterando las herramientas normativas nacionales e internacionales, deseamos que los juzgadores hagan suyas las buenas prácticas expuestas en este texto para emitir resoluciones protectoras de los derechos de las personas trans*.

En segundo lugar, remarcamos que los retos expuestos anteriormente no tienen respuestas universales. Hemos reiterado en diversos momentos que la población trans* tiene diferentes necesidades e intenciones frente a los obstáculos que vive, que refleja la propia diversidad de este grupo social. Esta característica nos hace reconocer –y enfatizar– la relevancia de que los juzgadores del proceso de ejecución penal tomen en cuenta las voces de las propias personas trans* durante la resolución de casos y la supervisión de los centros penitenciarios. Así pues, cualquier acto institucional que ignore las necesidades, deseos y opiniones de este grupo continuará perpetuando las lógicas de poder disciplinar que afecta desproporcionadamente a todas las personas que transgreden las normas hegemónicas del género. Por tal motivo, consideramos que la adopción de un enfoque diferenciado requiere de un análisis garantista de las normas que esté acompañado de una obligación positiva de entablar conversaciones y hacer una escucha plena con las personas que integran los grupos en situación de vulnerabilidad.

Sabiendo que este texto no agota ni aborda todas las problemáticas y perspectivas, ni constituye una herramienta acabada para los juzgadores de ejecución, esperamos que este capítulo sea una invitación para que los lectores se aproximen a la resolución de casos que involucren a personas trans* y no binarias con la disposición de escuchar, desde el respeto y el reconocimiento a la dignidad, así como a la diversidad de voces y experiencias que habitan las cárceles de México.

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas

BIRKBECK, Christopher, “Imprisonment and interment: Comparing penal institutions North and South”, *Punishment and Society*, vol. 13, núm. 3, 2011, pp. 307-332. Disponible en: doi/10.1177/1462474511404320 [Consultado el 20 de mayo de 2024].

CAMPOS SÁNCHEZ, Nimrod Michale, *El Juez de ejecución de sanciones en México*, IJ-IFP, Ciudad de México, 2013.

CDHCM, Recomendación 2/2019, *Falta de debida diligencia y de aplicación de la perspectiva de género y enfoque diferenciado en la investigación de transfeminicidio*, Ciudad de México, 2019.

CEA Justicia Social, Diversidad y derechos. *Diagnóstico sobre el acceso y ejercicio de derechos de las personas LGBTQ+ privadas de la libertad en México*, Ciudad de México, 2022.

CEAV, *Diagnóstico nacional sobre la discriminación hacia personas LGBTI en México: Derecho al trabajo*, Ciudad de México, 2018.

CNDH, *Diagnóstico Nacional del Sistema Penitenciario 2022*, Ciudad de México, 2022.

CNDH, Recomendación 86/2022, Ciudad de México, 2022.

COLCHERO, Arantxa *et al.*, “Principales resultados de la encuesta de salud con sero-prevalencia de VIH a mujeres transgénero en la Ciudad de México”, *Resumen Ejecutivo CIEE*, México, vol. 5, núm. 3, 2014, pp. 1-8. Disponible en <https://bit.ly/4e7AeUX> [Consultado el 28 de mayo de 2024].

CONSTANT, Chloé, *Mujeres trans*, violencia y cárcel*, FLACSO, Ciudad de México, 2022.

CONSTANT, Chloé, “América o la historia del *continuum* de violencia e injusticia que viven las mujeres”, *Nobi*, núm. 9, 2023.

CORPORA EN LIBERTAD, *Informe sobre la “Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBT+ Privadas de la Libertad en América”*, Corpora en Libertad, Argentina, 2018.

CORPORA EN LIBERTAD, *Personas LGBTI+ privadas de la libertad: Informe desde el contexto de México, Guatemala, Honduras y El Salvador*, Brasilia, 2021.

CORPORA EN LIBERTAD, *Informe de Corpora Libertad ante la pandemia por COVID-19 y sus efectos en las personas LGBTI+ privadas de la libertad*, Ciudad de México, 2020.

DARKE, Sacha y Karam, Maria Lucía, “Latin American prisons”, en Jewkes, Yvonne, Bennet, Jamie y Crewe, Ben (eds.), *Hanbook on Prisons*, 2da. ed., Routledge, Nueva York.

EPP, Charles, *The Rights Revolution; Lawyers, Activists and Supreme Court in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1998.

FOUCAULT, Michel, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Vintage Books, Nueva York, 1978.

GARCÍA CASTRO, Teresa y SANTOS, María (coords.), *Mujeres trans privadas de la libertad: la invisibilidad tras los muros*, WOLA, 2020.

GONZÁLEZ CARVALLO, Diana Beatriz y SÁNCHEZ GIL, Rubén (coords.), *El test de proporcionalidad*, SCJN, Ciudad de México, 2021.

HALBERSTAM, Jack, *In a Queer Time and Place: Transgender Bodies, Subcultural Lives*, New York University Press, Nueva York, 2005.

- HALBERSTAM, Jack, *Trans. A Quick and Quirky Account of Gender Variability*, University of California Press, 2018.
- INEC, *Centro penitenciario 2022* (sitio web). Disponible en <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/censo-penitenciario-2022/> [Consultado el 28 de mayo de 2024].
- INEGI, Encuesta Nacional sobre Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021 (sitio web). Disponible en <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/> [Consultado el 15 de abril de 2024].
- INPEC, *Informe estadístico de Población Privada de la Libertad - INPEC*, Bogotá, 2022. Disponible en <https://bit.ly/3Rdv1kr> [Consultado el 28 de mayo de 2024].
- JARAMILLO, Isabel Cristina, “La crítica feminista al derecho: estudio preliminar”, en West, Robin, *Género y teoría del derecho*, Siglo de Hombres Editores-Uniandes, Bogotá, 2000.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, *Estadísticas de Política Criminal. Filtrado interactivo SNEEP* (sitio web). Disponible en <https://www2.jus.gov.ar/dnpc/> [Consultado el 15 de abril de 2024].
- PARRINI, Rodrigo, *Panópticos y laberintos: subjetivación, deseo y corporalidades en una cárcel de hombres*, Colegio de México, México, 2007.
- STRYKER, Susan, “The Transgender Issue: An Introduction”, *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, North Carolina, Duke University Press, vol. 4, 1998. Disponible en: <https://doi.org/10.1215/10642684-4-2-145> [Consultado el 15 de mayo de 2024].
- SEGATO, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2003.

SOTO, Dulce *et al.*, “Las batallas de Leo contra el sistema penal”, *Corriente Alterna*, Ciudad de México, 1 de diciembre de 2021. Disponible en <https://bit.ly/4bDvcO5>

The GenIUSS Group, *Best Practices for asking questions to identify transgender and other gender minority respondents on population-based surveys*, The William Institute, Los Ángeles, 2014.

UNAIDS, *UNAIDS Data 2023*, 2023. Disponible en <https://bit.ly/3X3M8J8>
UNDP, *Mapping of Good Practices for the Management of Transgender Prisoners*, Bangkok, UNODC-UNDP, 2020.

UNODC, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, ONU, Nueva York, 2011.

VÁZQUEZ MATÍAS, Daniela y Pedraza Pito, Laura (coords.), *Desde el Alma: Relatos de vida de personas trans privadas de la libertad*, Almas Cautivas, Ciudad de México, 2022.

VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones”, en Cáceres Nieto, Enrique (coord.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico*, tomo 4, UNAM-IIJ, Ciudad de México, 2020.

B. Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Nacional de Ejecución Penal

C. Legislación internacional

Convención Americana de Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

D. Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y otros tribunales de México

1. Primera Sala

SCJN, Amparo en Revisión 852/2017, Ministra ponente Norma Lucía Piña Hernández, 8 de mayo de 2019.

2. Tesis

Tesis 1a/J. 196/2023 (1ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Undécima época, Libro 32, Tomo II, diciembre de 2023, página 1508. Registro digital: 2027802.

Tesis 2a/J. 173/2019 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 75, Tomo I, febrero de 2020, página 894. Registro digital: 2021582.

3. Otros

SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales*, Ciudad de México, 2022.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Octavo Circuito, Amparo en revisión 102/2018, Magistrado ponente Miguel Negrete García, 7 de marzo de 2019.

E. Resoluciones emitidas por el Sistema interamericano

1. Casos contenciosos

Corte IDH, *Caso I.V. vs Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

Corte IDH, *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422.

2. Opiniones Consultivas

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-29/22. Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad. 30 de mayo de 2022, Serie A núm. 29.

3. Otros documentos

CIDH, OAS/Ser.L/V/II.rev.2, Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América, 12 de noviembre de 2015.

Corte IDH, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9: *Personas privadas de la libertad*, San José, 2022.

F. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité CEDAW, CEDAW/C/GC/35, Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación general núm. 19, 26 de julio de 2017.

ONU, A/RES/65/457, Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), 21 de diciembre de 2010.

ONU, A/RES/70/175, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), 8 de enero de 2016.

G. Legislación comparada y resoluciones dictadas por otros tribunales

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária y Conselho Nacional de Combate a Discriminação, Resolução conjunta No. 1 de 15 de abril de 2014 (Brasil).

Corte Constitucional de Colombia, T-062 de 2011, Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, 4 de febrero de 2011.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Apelación a la sentencia de amparo con expedientes acumulados 635-2013 y 636-2013, Magistrada ponente Gloria Patricia Porras Escobar, 28 de agosto de 2013.

Corte Suprema de Justicia de Chile, Sentencia No. 6937-2017, Ministro ponente Carlos Ramón Aránguiz Zuñiga, 25 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Resolución No. 04524-2012, Magistrado ponente Fernando Cruz Castro, 30 de marzo de 2012.

Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC (Colombia).

Instituto Nacional de Criminología, Circular 5-202, *Lineamientos sobre la atención y seguimiento a la población LGBTIQ+ en el Sistema Penitenciario Nacional* (Costa Rica).

Ministerio de Justicia, Resolución 744, *Protocolo de Atención a Personas Trans Privadas de la Libertad* (Paraguay).

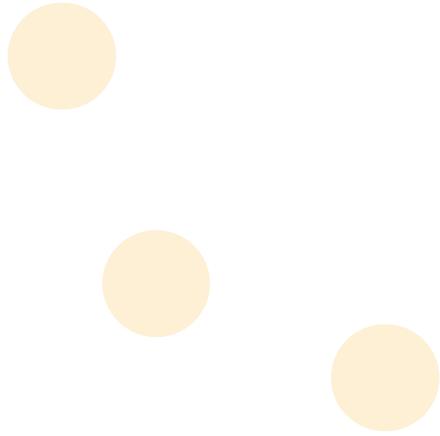
Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Acuerdo No. 1265, *Protocolo de Atención a Población LGBTI en Situación de Privación de Libertad* (Ecuador).

Servicio Penitenciario Federal, “Guía de procedimientos de ‘visu médico’ y de ‘control y registro’ de personas trans en el ámbito del servicio central de alcaidías”, *Boletín Público Normativo*, Buenos Aires, vol. 23, núm. 596, 2016.

Servicio Penitenciario Federal, “Programa específico para mujeres trans en contextos de encierro”, *Boletín público normativo*, vol. 13, núm. 613, 2016.

Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descuprimiento de Preceito Fundamental 527, Ministro Relator Roberto Barroso, 15 de septiembre de 2021.

Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 787, Ministro Relator Gilmar Mendes, 28 de junio de 2021.



Capítulo

5.

Adolescencias y ejecución penal

Sofía M. Cobo Téllez*

* Doctora en Derecho certificada en Justicia Juvenil por la Universidad de Ginebra, Suiza. Profesora-Investigadora del Instituto Nacional de Ciencias Penales y de la Facultad de Psicología de la UNAM, coordinadora del Grupo Iberoamericano de Estudios en Justicia Juvenil del Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (CIDENI).

Adolescencias y ejecución penal. Introducción. A. Ejecución penal especializada para personas adolescentes: concepto, naturaleza y principios rectores. B. Normas nacionales e internacionales que regulan la privación de la libertad juvenil. C. Estándares nacionales e internacionales en la materia. D. Enfoques diferenciados y ejecución penal especializada. E. Medidas de sanción no privativas de la libertad. F. Desafíos de la ejecución penal especializada. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), publicada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, firmada y ratificada por el Estado mexicano en 1990, trajo consigo un cambio profundo respecto a la concepción y atención a las personas menores de edad. Introdujo el paradigma de “Protección Integral” considerando a las niñas, niños y adolescentes (NNA) como personas sujetas plenas de derechos.¹

Los artículos 37 y 40 de la CDN delimitan las bases de un Modelo de Justicia Juvenil que les reconoce derechos, principios y garantías en un procedimiento especializado. El artículo 40.3 de la CDN establece:

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes (...).

Configurando el principio de especialidad de la Justicia Juvenil,² la cual cuenta con estándares, reglas y criterios de actuación diferenciados respecto a la Justicia Penal

¹ Este paradigma superó el paradigma “Tutelar” que consideraba a las personas menores de edad como objetos de protección y legitimaba prácticas culturales represivas.

² También conocido como Sistema Integral de Justicia para Adolescentes, como lo denomina la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 18, párrafo cuarto.

Ordinaria (JPO).³ Uno de sus rasgos característicos lo constituye la forma de reacción estatal ante la conducta delictiva adolescente. La naturaleza socioeducativa de la medida de sanción, su individualización, ejecución y revisión, obedecen a una lógica distinta respecto a la JPO.

La CDN constituye el núcleo esencial de los derechos humanos de este grupo etario; sin embargo, existen otros estándares especializados⁴ que, en conjunto, constituyen el denominado *Corpus Iuris* de protección de los derechos de las personas adolescentes en conflicto con la ley; tal es el caso de las Reglas de Beijing (1985), las Reglas de La Habana (1989) y las Directrices de Riad (1990).

A partir de estos documentos internacionales se han creado otros estándares especializados, algunos de ellos internacionales y otros regionales, que contienen elementos mínimos de consenso sobre la protección de derechos humanos a personas adolescentes en conflicto con la ley; algunos de ellos con carácter vinculante y otros referentes en la materia. Dentro de estos instrumentos, es importante resaltar la Observación General No. 24 del Comité de los Derechos del Niño (Comité DN) sobre “los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil”, publicada en 2019; la cual tiene, entre otros objetivos fundamentales, el ser un instrumento orientador para que los Estados apliquen los sistemas de justicia juvenil de una manera que protejan los derechos humanos del niño (*sic*) en todas las etapas del sistema,⁵ constituyéndose así el estándar más actualizado en el tema.

La justicia juvenil requiere de la aplicación de un enfoque diferenciado, que no solamente contemple las particularidades de la etapa de desarrollo, sino que desde un enfoque interseccional, identifique las diferentes formas de discriminación y

³ Se refiere a la justicia penal para las personas adultas.

⁴ Para Mauricio Duce, se pueden resumir tres ejes fundamentales para distinguir la especialidad de sistema respecto a la JPO: a. Reforzamiento al debido proceso; b. Especialidad y estructura general del procedimiento y; c. Herramientas para contar con una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos. Véase: Duce, Mauricio, “El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”, *Polít. crim.* vol. 5, núm. 10, Santiago de Chile, 2010, pp. 280-340.

⁵ Comité DN, Observación General No. 24. *Derechos del niño en el sistema de Justicia Juvenil*, párr. 6, incisos a) y b).

vulnerabilidad que afectan aún más el acceso a la justicia de las personas adolescentes en el procedimiento especializado (tal es el caso de la discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, migración y desplazamiento interno, pobreza, género, pertenencia a minorías⁶ y privación de la libertad).

El presente capítulo tiene la finalidad de analizar el enfoque diferenciado, concretamente, en la etapa de ejecución penal de las personas adolescentes como eje central de la propuesta metodológica.

A. Ejecución penal especializada para personas adolescentes: concepto, naturaleza y principios rectores

El Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (SIJPA), creado tras la reforma constitucional de 2005 y reglamentado con la publicación de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJPA) en 2016, considera un régimen de ejecución penal aplicable a las personas adolescentes que se encuentran compurgando medidas de sanción.⁷ El Libro Cuarto, Títulos I y II, de la LNSIJPA es el que regula la ejecución penal del artículo 176 al 249.

La ejecución penal, entendida como el “Conjunto de actividades mediante las cuales el sistema de justicia penal hace efectiva la sanción penal impuesta al condenado (*sic*)”,⁸ fue introducida al sistema jurídico mexicano desde este enfoque amplio (considerando el control judicial del principio de legalidad ejecutivo) con las reformas constitucionales de 2008 al artículo 21 constitucional; el cual, en su

⁶ Entiéndase por “minoría”: un grupo de personas que comparte una identidad y/o características colectivas. La CDN en su artículo 30 menciona explícitamente a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas.

⁷ Tanto privativas como no privativas de la libertad y, teniendo en cuenta la supletoriedad de la Ley Nacional de Ejecución Penal contenida en el artículo 10 de la LNSIJPA, también abarca la prisión preventiva (internamiento preventivo en caso de personas adolescentes) y las medidas de seguridad individualizadas a personas adolescentes en situación de inimputabilidad como consecuencia de una resolución judicial.

⁸ Tamarit, Josep, “Sanciones penales y ejecución penal”, *Revista Pensamiento Penal*, Universitat Oberta de Catalunya, 2013, p. 43.

tercer párrafo, establece que “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

Sin embargo, no se encuentra contenida en el artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), por lo que no se le considera una etapa del procedimiento penal acusatorio (PPA). Dicho artículo contempla sólo tres etapas del PPA (investigación, intermedia y juicio), otorgándole a la ejecución penal una naturaleza autónoma, debido a que cuenta con una naturaleza y objetivos distintos a las etapas antes mencionadas. Se aplica una vez dictada sentencia firme y tiene como finalidad fundamental hacer efectivo el cumplimiento de la pena (medida de sanción en personas adolescentes), respetando en todo momento el principio de legalidad ejecutivo y los derechos humanos de la persona sentenciada. En este orden de ideas, la ejecución penal en México cuenta con una ley, autoridades y objeto de estudio propios.

El artículo 176 de la LNSIIPA indica que la ejecución penal en el SIIPA comprende:

(...) todas las acciones destinadas a asegurar el cumplimiento y lograr el fin que con su aplicación se persigue, así como todo lo relativo al trámite y resolución de los incidentes que se presenten.

En materia de justicia juvenil, lejos de castigar y sancionar a quienes han cometido una conducta delictiva, se busca una finalidad socioeducativa que los reintegre a la sociedad y a sus familias, resguardando en todo momento el pleno desarrollo de la persona y sus capacidades; de ahí que la ejecución penal especializada tenga una finalidad distinta a la JPO.

Resulta fundamental argumentar que en toda decisión judicial y/o administrativa que se tome dentro de la ejecución penal especializada, se deberán aplicar tanto los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP),⁹ como los principios generales del sistema y del procedimiento especia-

⁹ Dignidad, Igualdad, Legalidad, Debido Proceso, Transparencia, Confidencialidad, Publicidad, Proporcionalidad y Reinserción Social.

lizado contenidos en la LNSIJPA, específicamente debemos resaltar los siguientes principios:

Interés superior: Entendido como un derecho, principio y norma del procedimiento. En virtud de este principio se debe asegurar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos de la persona adolescente.¹⁰ De acuerdo con el contenido de la Ley, las personas operadoras del sistema en todas sus resoluciones deben dejar patente que el interés superior fue tomado en cuenta como consideración primordial.

Protección integral: Todas las autoridades del sistema deberán respetar, proteger y garantizar todos los derechos humanos inherentes a las personas y, además, los específicos respecto a las personas menores de edad. En este sentido y atendiendo el contenido del artículo 13 de la LNSIJPA, se les deberán garantizar mejores condiciones para su desarrollo físico, psicológico y social.

Prohibición de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes: Las autoridades, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, deberán garantizar la seguridad física, mental y emocional de las personas adolescentes ya que –siguiendo con lo argumentado en líneas anteriores– el artículo 15 de la LNSIJPA, en armonía con el 37 de la CDN, prohíbe los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción o medida disciplinaria contraria a los derechos humanos de la persona adolescente.

No discriminación o igualdad sustantiva: Dentro del SIJPA no se admitirá discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, de salud, religión, opinión, preferencia sexual (*sic*),¹¹ identidad de género o cualquier otra, tanto de la persona adolescente como de la persona que

¹⁰ LNSIJPA, artículo 12.

¹¹ La LNSIJPA hace alusión a “preferencia sexual” aunque el término correcto es “orientación sexual”, pues se debe hacer referencia a la atracción física, emocional o sexual que pueda sentir una persona hacia otras y no a las prácticas sexuales que puedan tener las personas.

ejerce sobre ella la patria potestad o tutela. Las autoridades del sistema velarán porque todas las personas adolescentes sean atendidas teniendo en cuenta sus características, condiciones específicas y necesidades para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos,¹² sin que ello constituya un acto de discriminación.

Aplicación favorable: En ninguna circunstancia se podrán establecer restricciones ni medidas más graves o de mayor duración a las personas adolescentes respecto a las personas adultas.¹³

Especialización: Las autoridades del sistema deberán estar formadas, capacitadas y especializadas en materia de justicia penal para adolescentes, en el ámbito de sus atribuciones.¹⁴

Racionalidad y proporcionalidad de las medidas de sanción: El principio de proporcionalidad definido en el artículo 27 de la LNSIIPA establece que las medidas cautelares y de sanción deben corresponder a la afectación causada por la conducta, tomando en cuenta las circunstancias personales del adolescente siempre en su beneficio;¹⁵ sin embargo, el principio de racionalidad consiste en aplicarlas¹⁶ de manera armónica a los principios anteriormente señalados, respetando en todo momento sus derechos humanos.

Como lo resolvió en la sentencia derivada de la Acción de Inconstitucionalidad 37/2006 la SCJN, el principio de proporcionalidad de las medidas de sanción parte de los subprincipios de *idoneidad* y *necesidad*, indicando que la medida se debe adecuar al fin constitucionalmente previsto y aplicar la más benigna de entre las que reúnan la característica de idoneidad, es decir, la que menos afecte el derecho fundamental de la persona adolescente.¹⁷

¹² LNSIIPA, artículo 16.

¹³ LNSIIPA, artículo 17.

¹⁴ LNSIIPA, artículo 23.

¹⁵ LNSIIPA, artículo 27.

¹⁶ Tanto las medidas cautelares como las de sanción.

¹⁷ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 37/2006, Ministro Ponente: Mariano Azuela Güitrón, 22 de Noviembre de 2007, pp. 52 y 53.

Reintegración social y familiar de la persona adolescente: Además de la reinserción social, las medidas de sanción en las personas adolescentes buscan su reintegración social y familiar como parte de un proceso integral que se desarrolla en la ejecución de la medida de sanción y consiste en la aplicación de diversos programas socio-educativos que incidan en los ámbitos familiar, escolar, laboral y comunitario de la persona adolescente, a fin de que adquiera y desarrolle capacidades y competencias que le permitan reducir la posibilidad de reincidencia y asumir un sentido de responsabilidad.¹⁸

Carácter socioeducativo de las medidas de sanción: Promoverán la formación de la persona adolescente, su respeto por los derechos humanos, el fomento de vínculos socialmente positivos y el pleno desarrollo de su personalidad y capacidades.¹⁹

Excepcionalidad de las medidas de sanción privativas de la libertad: Las medidas privativas de la libertad se utilizarán como medida extrema y sólo se podrán imponer a las personas adolescentes mayores de 14 años por el tiempo más breve que proceda.²⁰ Resulta necesario resaltar algunos principios y garantías que no se encuentran incluidos de manera expresa en la ley, sin embargo, son estructurantes en materia de ejecución penal especializada; tal es el caso del principio de **legalidad ejecutivo** y el de **flexibilidad**.

Principio de legalidad ejecutivo: además que todas las medidas, procedimientos, resoluciones judiciales o actos administrativos, se deben de ajustar al contenido de la ley. La diferencia fundamental de este principio, en su aplicación a otras etapas del procedimiento, consiste en que se debe garantizar el cumplimiento de lo prescrito en sentencia condenatoria; así el artículo 153 de la LNSJPA establece que:

Todas las medidas de sanción están limitadas en su duración y finalidad a lo dispuesto en la sentencia, y no podrán, en ninguna circunstancia, superar el máximo previsto para cada una de ellas (...).

¹⁸ LNSJPA, artículo 28.

¹⁹ LNSJPA, artículo 30.

²⁰ LNSJPA, artículo 31.

Del mismo artículo citado se desprende el ***principio de flexibilidad***:

(...) Esto no excluye la posibilidad de terminar el cumplimiento de la medida antes de tiempo, modificarla o sustituirla en beneficio de la persona adolescente, en los términos previstos por esta Ley.

De igual manera, el artículo 229, primer párrafo, dispone que:

En la audiencia se debatirá sobre la conveniencia de modificar las condiciones de cumplimiento de la medida impuesta, o bien, de sustituirla por otra menos grave que sea más conveniente para la reinserción y reintegración social y familiar de la persona adolescente, ya sea a solicitud de la Defensa o a criterio del Juez de Ejecución.

En este sentido, se puede reducir la medida de sanción con la finalidad de dar respuesta a las necesidades concretas de la persona adolescente con fundamento en el principio de interés superior, evitando así los efectos nocivos que el encierro puede ocasionar en la persona adolescente, al limitar su pleno desarrollo.

El mismo artículo limita la aplicación del principio de flexibilidad en detrimento de los derechos humanos de la persona adolescente en el siguiente párrafo:

El Juez de Ejecución podrá sustituir la medida de internamiento por cualquiera de las otras medidas de privación de libertad contenidas en esta Ley. Las medidas de privación de libertad diferentes al internamiento podrán ser sustituidas por cualquiera de las otras medidas no privativas de libertad.

En estricto sentido, no se podría sustituir una medida privativa o restrictiva de la libertad por una no privativa y viceversa; sin embargo, al aplicar una interpretación amplia y pro persona respecto al precepto legal analizado se concluye que, sí se podrá sustituir una medida privativa de la libertad por una no privativa de la libertad, a fin de no violentar ni restringir los derechos humanos de la persona adolescente, principalmente en lo relativo a la limitación de sus potencialidades.

En términos generales, la autoridad tanto jurisdiccional como administrativa en materia de ejecución deberá aplicar estos principios en sus actos y resoluciones,

de conformidad con la naturaleza garantista del sistema y la finalidad de la medida sancionadora. Concretamente en materia jurisdiccional, la autoridad especializada (Juez o Jueza de ejecución) resolverá si la decisión recurrida es la que provoca menos impacto negativo en el desarrollo integral de la persona adolescente (en su vida futura) y garantiza el cumplimiento de sus derechos. Para lo cual y de acuerdo con el contenido del 154 de la LNSIIPA de lograr la reinserción y reintegración social y familiar de la persona adolescente, además de lo señalado anteriormente, deberá escuchar y tomar en cuenta su opinión, involucrándola activamente en la elaboración y ejecución de su Plan Individualizado (de actividades o ejecución) y fomentar los vínculos familiares y sociales, a menos que esto sea contrario a sus derechos.

Algunas de las características que, según Álvaro Castro, marcan la diferencia en materia de ejecución de las personas adolescentes respecto a las personas adultas son:²¹

- Intervención con carácter preventivo.²²
- Aplicación del interés superior.
- Intervención judicial rápida que considere la mediación.
- Calificar los tratos crueles, inhumanos o degradantes considerando las características personales del menor de edad.
- Revisión periódica en periodos más cortos.²³

De acuerdo con lo argumentado, la ejecución de medidas de sanción en personas adolescentes cuenta con diferencias significativas respecto a la JPO; deberá ser tratado de manera que se fortalezca el respeto de sus derechos humanos resguardando su desarrollo, dignidad e integración social.

²¹ Castro, Álvaro, *Justificación del Proyecto y Estándares Internacionales en materia de las y los adolescentes privados de la libertad en Personas Adolescentes Privadas de la Libertad en Iberoamérica*, Editorial Tirant lo Blanch, Chile, 2023, p. 29.

²² Para el autor, la intervención judicial debe ir más allá, resolver el conflicto jurídico y, en la medida de lo posible, ordenar que se adopten medidas de prevención concretas que protejan a todas las personas adolescentes en un centro cerrado.

²³ De la privación de la libertad, a fin de examinar la sustitución de la pena por otra de menor intensidad.

B. Normas nacionales e internacionales que regulan la privación de la libertad juvenil

Como se mencionó en líneas anteriores, la Justicia Juvenil en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos cuenta con un *Corpus iuris*, que consiste en la sistematización de normas, principios y jurisprudencia en la materia; fundamental para la consolidación y armonización de ésta a los estándares de derechos humanos. Respecto a los procedimientos y ejecución de las medidas que implican privación de la libertad, éstos requieren exigencias reforzadas. En este sentido, existen una serie de documentos internacionales y regionales en la materia que señalan los estándares mínimos de derechos humanos aplicables a las personas privadas de la libertad, tal es el caso de:

- Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (1955), actualizadas por resolución A/RES/70/175 por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015 y denominadas “Reglas Nelson Mandela”;
- La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1975);
- El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988);
- Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (1990);
- Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres delincuentes (2010), (o también llamadas Reglas de Bangkok) y,
- Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en Las Américas (2008).

Estos documentos²⁴ contienen estándares generales de derechos y garantías que deben ser respetados a las personas adultas-PdL bajo el principio de aplicación favorable. El cual establece que en ningún caso se podrán imponer a las personas adolescentes medidas más graves ni de mayor duración a las que le corresponden, por los mismos hechos, a una persona adulta. Tampoco gozar de menos derechos, prerrogativas o beneficios que se les concedan a éstos²⁵ será considerado como criterio estructurante; sin embargo, respecto al estándar de especialidad y protección de derechos respecto a las personas adolescentes, resulta indispensable asegurarles mejores condiciones y reglas específicas que garanticen su desarrollo físico, psicológico y social.

En este orden de ideas, la tortura, las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, son especialmente relevantes, debido a que en las personas adolescentes-PdL se actualizan algunos supuestos que en personas adultas no, debido a la extrema situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

En materia de privación de la libertad de personas adolescentes, encontramos normas internacionales especializadas, aunque en este sentido es importante mencionar que en su mayoría son instrumentos no vinculantes que datan de más de 30 años a la fecha, por lo que resulta necesario actualizarlos, a fin de que respondan a los contextos actuales, por ejemplo, sobre el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Si bien es cierto que los estándares especializados no se consideran vinculantes, en algunos países como México, parte de su contenido se incorporó a la legislación secundaria (LNSIJPA); por lo tanto, de ser criterios orientadores, se han convertido en normas vinculantes de derecho interno.

De entre las normas internacionales que nos sirven de fundamento en la materia, encontramos el artículo 37 de la CDN; las Reglas de La Habana; las Reglas de Reglas de Bangkok, que, aunque están dirigidas a mujeres adultas cuentan con un apartado específico respecto a los derechos de las adolescentes-PdL. La Observación

²⁴ Excepto las Reglas de Bangkok.

²⁵ LNSIJPA, artículo 17.

General No. 24 del Comité DN dentro del párrafo 92 define el trato y las condiciones que deben aplicarse a las personas adolescentes que se encuentran PdL.

Respecto a las normas nacionales que regulan la privación de la libertad en personas adolescentes, es importante considerar que, a diferencia de otros países de la región, el caso mexicano es excepcional debido a que existe un reconocimiento constitucional de conceptos relacionados con la ejecución penal especializada, lo cual minimiza fugas de legalidad. En este sentido, podemos señalar como normas nacionales que regulan la materia, el artículo 18 de la CPEUM, la LGDNNA, la LNSIIPA y la LNEP²⁶ la cual debe ser aplicada de manera supletoria respecto de las normas que no se oponen a los principios rectores del sistema y benefician a la persona adolescente. También encontramos la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (LGPIST); así como jurisprudencia de la SCJN que trata algunos temas relacionados a la ejecución penal especializada. La tesis de jurisprudencia P/J. 293/2011, con número de registro 24985 del Pleno de la SCJN, es un precedente relevante, debido a que delimita la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, por lo que las autoridades jurisdiccionales mexicanas deberán aplicarlas en el ámbito interno.

La Corte IDH ha conocido casos relevantes relacionados con la materia y ha sentado jurisprudencia que debería tener un impacto profundo en el ámbito interno, a fin de fortalecer la capacidad del sistema nacional para cumplir sus obligaciones internacionales. Es importante mencionar específicamente los casos: “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala; “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay; Mendoza y otros vs. Argentina; Mota Abarullo y otros vs. Venezuela, Pacheco Teruel y otros vs. Honduras, por señalar algunos.

Derivado del estudio de casos, la Corte IDH ha creado un cúmulo de jurisprudencia que incluye estándares específicos en la materia, siendo la más relevante la que se desglosa a continuación:

²⁶ Supletoria en tanto no se oponga a los principios rectores del sistema y su aplicación sea en beneficio de la persona adolescente.

- **Derecho a la vida desde un enfoque integral**

Sostiene una concepción amplia del derecho a la vida e integridad personal de los niños (*sic*) privados de la libertad, al abarcar *lato sensu*, las “condiciones de vida digna”, concluyendo que dentro de la privación de la libertad, se les deberá garantizar a las personas adolescentes un proyecto de vida al salir del internamiento; para ello, resulta indispensable no solamente considerar las necesidades inmediatas de la persona adolescente, sino aquellas relacionadas con su vida futura, a fin de alcanzar sus metas y garantizar su desarrollo integral (tal y como se indica en la doctrina de proyecto de vida).²⁷

- **Titularidad de los derechos ante situaciones de extrema adversidad**

Ante limitaciones a la capacidad jurídica de las personas menores de edad, la titularidad de sus derechos humanos subsiste de manera intacta. En ningún caso se le podrán imponer a las personas adolescentes medidas más graves ni de mayor duración a las que le corresponden por los mismos hechos a una persona adulta, ni gozar de menos derechos, prerrogativas o beneficios.²⁸

- **Amplia dimensión del debido proceso legal**

Principio que se debe extender a la ejecución penal y al internamiento preventivo; recomendando la excepcionalidad, brevedad del plazo, reconocimiento de los principios generales del derecho y los cuidados especiales en todos los casos de personas PdL. Sin la observancia de estos concretamente respecto al internamiento preventivo –a criterio de la Corte IDH– se estará indebidamente anticipando una pena sin sentencia.²⁹

²⁷ Corte IDH, Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C Núm. 63, párr. 144.

²⁸ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 02 de Septiembre de 2004, Serie C Núm. 112, párr. 176.

²⁹ *Ibidem*, párr. 228.

- **Doctrina del proyecto de vida**

Se reconoce el derecho a la supervivencia y el desarrollo del niño desde un enfoque amplio, es decir, incluyendo su desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social dentro y fuera del escenario de custodia. En este sentido, el Estado tiene la obligación de proveer salud y educación a los niños (*sic*) privados de la libertad y asegurarse que la detención no destruirá su proyecto de vida.³⁰

- **Interés superior como criterio interpretativo**

Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna disminución en el ejercicio de los derechos humanos de NNA, deberá considerar este principio como interés primordial, el cual se dirige a garantizar la máxima protección de sus derechos humanos. La autoridad tanto administrativa como judicial, en etapa de ejecución, deberá tomar decisiones armónicas al desarrollo integral de la persona adolescente y evitar que estas decisiones afecten sus esferas física, psicológica, cognitiva y social. De acuerdo con este principio, la prisión perpetua es incompatible al igual que la tortura en cualquiera de sus modalidades.³¹

- **Principio de especialización en ejecución**

El trato diferenciado que caracteriza a la justicia juvenil debe extenderse a la ejecución de las medidas, la cual debe privilegiar en todo momento el otorgamiento de garantías y protección judicial hacia las personas adolescentes.³²

Estos estándares junto con la Doctrina de Protección Integral³³ delimitan criterios de interpretación, derechos y garantías que deben ser tomados en cuenta hacia la

³⁰ *Ibidem*, párr. 157.

³¹ Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C Núm. 260, párr. 191.

³² *Ibidem*, párr. 147.

³³ Esta doctrina es considerada como el fundamento epistémico de la CDN adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, implica incorporar un modelo integral de atención especializado para las personas menores de edad bajo los principios del interés superior, no discriminación, supervivencia, desarrollo, participación, entre otros.

creación de una política pública (nacional) en materia de ejecución de medidas de sanción especializada.

Dentro del mismo ámbito interamericano, la OC 17/2002 de la Corte IDH y otros instrumentos interamericanos, les reconoce como titulares de todos los derechos humanos reconocidos por la misma, además de un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que las infancias se encuentran en desarrollo (*sic*)³⁴ resalta el derecho a una protección especial, lo que implica protecciones positivas del Estado para asegurar su bienestar y desarrollo integral. Refiere las denominadas “medidas de protección”, derivadas del artículo 19 de la CADH como un derecho adicional y complementario de los NNA, a fin de resguardar su desarrollo físico y emocional.

Los Estados tienen obligaciones adicionales respecto a las personas menores de edad en ejecución penal, por lo que se deberán adoptar medidas de protección integrales que se enfoquen no solamente en protegerles de los efectos negativos que la ejecución de la medida trae consigo, sino desde un aspecto amplio, en la promoción activa de su bienestar y desarrollo.

Finalmente, resulta importante evidenciar que dentro del ámbito regional existe poca doctrina relacionada con la ejecución penal especializada en personas adolescentes; en este sentido, el Grupo Iberoamericano de Estudios en Justicia Juvenil del Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño (CIDENI) ha evidenciado la situación y en consecuencia, ha publicado una serie de estudios relacionados con la materia, en 2023 con el título *Personas Adolescentes Privadas de la Libertad en Iberoamérica: Análisis comparado a la luz de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia*, misma que será abordada en los desafíos y propuestas de mejora.

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 agosto 2002. Serie A Núm. 17, p. 17.

C. Estándares nacionales e internacionales en la materia

A partir del análisis de los documentos mencionados, se extraen una serie de estándares especializados en la materia, los cuales deberían ser el fundamento para el diseño y la implementación de políticas públicas, la armonización de las agendas legislativas y la ejecución de las medidas de sanción especializadas.

Desde el enfoque regional, la Corte IDH ha señalado:

(...) el respeto a los Derechos Humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder debido a su carácter oficial, respecto a las demás personas. Es así ilícita, toda forma de ejercicio de poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas al debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción.³⁵

A fin de delimitar estándares de la ejecución penal, es necesario partir de los criterios señalados en líneas anteriores y derivados de la Corte IDH. Los cuales establecen la necesidad de aplicar el principio de debido proceso dentro de la ejecución penal; principio que busca en todo momento la legalidad y la correcta aplicación de la ley, respetando en todo momento los derechos humanos y la dignidad de las personas.

De entre las garantías judiciales que indica el artículo 8 de la CADH se deben cumplir en la ejecución penal especializada, a fin de armonizarse con el debido proceso, encontramos las siguientes: presunción de inocencia; derecho de defensa; preparación de la defensa; ser asistido por un traductor o intérprete; comunicación de la acusación formulada; interrogar a los testigos; presentar comparecencia de

³⁵ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C Núm. 268, párr. 166.

testigos y peritos; no declarar contra sí mismos; prohibición de coacción en la confesión; derecho a recurrir el fallo, *Non bis in idem* y la calidad de público del juicio.³⁶

A fin de realizar un análisis sistemático de los estándares internacionales respecto a la personas adolescentes PdL, y considerando los criterios de la Corte IDH sobre este tema mencionados anteriormente, resulta necesario incluir no sólo las condiciones materiales de una vida digna, sino aquellas relacionadas con su proyecto de vida, es decir, aquellas relacionadas con su desarrollo integral; en este sentido, debe aclararse que ambas se vinculan, esto es, una impacta a la otra.

En términos generales, los sistemas de protección a derechos humanos han desarrollado una serie de criterios y estándares reforzados alrededor de la PdL de las personas menores de edad *in extenso*,³⁷ con el fin de garantizar sus derechos humanos y desarrollo integral; los cuales se describirán a continuación.

I. Infraestructura y condiciones físicas

Respecto a la clasificación, es necesario considerar que, por mandato constitucional y convencional, las personas menores de edad-PdL deben estar separadas de las personas adultas; las que se encuentran en espera de juicio separadas de los menores de edad declaradas culpables; los hombres de las mujeres y las personas mayores de 18 años (adultos jóvenes) de las personas menores de edad. Las Reglas de Bangkok delimitan el tema de las mujeres adolescentes-PdL e incluyen las categorías de *mujeres adolescentes* y *mujeres adolescentes con hijas e hijos*.

Se deberá tener una perspectiva transversal de género y de diversidad (enfoque diferenciado), para incluir en la infraestructura de los centros especializados las necesidades de alojamiento para los Grupos en Especiales Condiciones de

³⁶ Aunque en la Justicia Penal para Adolescentes, el principio de publicidad debe restringirse al tenor de los postulados del principio del interés superior.

³⁷ En general, debido a que desde el artículo 37 de la CDN no se circunscribe a la privación de la libertad *in iure*, es decir, como consecuencia de una decisión de autoridad administrativa o judicial dentro de un procedimiento, sino que incluye cualquier forma de detención.

Vulnerabilidad (GECV), como es el caso de los adolescentes pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas; quienes viven con alguna discapacidad; los pertenecientes a la comunidad LGBTI+, entre otros.³⁸ En términos generales, el alojamiento debe cumplir ciertos requisitos relacionados con la higiene, iluminación, calefacción, ventilación y espacio mínimo,³⁹ a fin de que no prevalezca el hacinamiento y las condiciones de vida sean dignas ya justadas a sus necesidades.

II. Servicios al interior

Los servicios al interior de los Centros Especializados deberán privilegiar medidas de salud, educativas, de contacto con el mundo exterior y apoyo al egreso; deberán ser integrales, equitativos e inclusivos y ser considerados un derecho de la persona adolescente PdL. En materia de salud, resulta necesario garantizar el “Principio de Equivalencia” consagrado en el artículo 52 de la LNSIIPA, que como estándar establece que a las personas adolescentes PdL se les deberá proveer servicios de salud de calidad equivalentes a los servicios públicos que tendría derecho en externamiento. Se debe considerar en todo momento la salud mental, debido a que –como se argumentó en líneas anteriores– las personas adolescentes PdL están en una situación especial de vulnerabilidad conforme a la etapa de desarrollo en la que se encuentran y por los efectos negativos que trae consigo la PdL. Siguiendo el principio de interseccionalidad, se deben analizar otras dimensiones que las discriminan, tales como género, raza, clase social, orientación sexual, discapacidad física y mental, entre otras. Resulta necesario atender las depresiones, adicciones, trastornos de la conducta alimentaria y autolesiones, que podrían tener consecuencias fatales.

La asistencia médica en general debe incluir servicios de prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y atención paliativa de la salud. En el caso de jóvenes con problemas psiquiátricos, deberán recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente, como indica la Observación

³⁸ Cobo, Sofía, *Adolescentes privados de la libertad en México: apuntes para el desarrollo de un modelo de ejecución de medidas de sanción privativas de la libertad especializado*, INACIPE, México, 2023, p. 19.

³⁹ La doctrina delimita ocho metros cuadrados por persona PdL.

General No. 15 del Comité DN (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud derivado del artículo 24 de la CDN.

Respecto a la enseñanza, la Observación General No. 17 del Comité DN (2013) establece que la educación de los NNA tiene por objeto el desarrollo máximo de sus potencialidades, por lo que la persona adolescente, ejecutando una medida de sanción, deberá recibir la escolaridad obligatoria, adaptada a sus necesidades y capacidades (Regla 38 de La Habana). En todo momento deberán privilegiarse los programas fuera del recinto integrados al Sistema de Educación Pública.

Los programas de educación que se impartan al interior o exterior de los centros, deben cumplir con todas las exigencias generales en materia de educación; estar diseñados y adaptados a las necesidades y capacidades de las personas adolescentes y destinados a prepararlas para su reinserción en la sociedad.⁴⁰ Las personas extranjeras y con necesidades culturales o étnicas diferentes, las analfabetas o las personas adolescentes que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje, recibirán una educación especial.

En las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), concretamente la número 21, se indica que los sistemas educativos para NNA deben poner especial atención en los valores, en el fomento al respeto a la identidad propia y características culturales, derechos humanos y fundamentales, fomento a su personalidad, aptitudes, capacidad mental y física, fomento a la identidad y pertenencia a la escuela y comunidad, respeto a opiniones y puntos de vista diversos, diferencias culturales y de otra índole, entre otras características. Los certificados de estudios en ningún momento indicarán que las personas menores de edad se encuentran reclusas y también incluye el servicio de biblioteca, misma que deberá contener material adecuado para estimular a la persona adolescente.⁴¹

⁴⁰ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad (Reglas de La Habana), No. 38. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2002/1423>. [Consultado el 2 de agosto de 2024].

⁴¹ Cobo, Sofía, *op. cit.*, p. 26.

En materia de trabajo, la Constitución Política de los Estados Unidos de México (CPEUM) indica que las personas adolescentes a partir de los 15 años tendrán una jornada máxima laboral de 6 horas; mientras que las Reglas 42 de La Habana y 26.1 de Beijing contemplan al trabajo como un derecho que tiene como objetivo permitirles desempeñar un papel constructivo y productivo en la sociedad, así como procurar su cuidado y protección. En cada Centro de Internamiento se le otorgará a la persona adolescente la oportunidad de realizar un trabajo remunerado que se adapte a las necesidades del mercado laboral moderno; lo anterior conforme a lo establecido en la Observación General No. 20, párrafo 74, del Comité DN sobre los derechos de la persona adolescente en virtud de la CDN. También se deben contemplar programas de formación y actividades laborales fuera del recinto, y de no ser posible, la organización y los métodos de trabajo en los Centros de Internamiento Especializados deberán asemejarse lo más posible a los de trabajos en la comunidad, a fin de prepararlos para las condiciones laborales normales.⁴²

La personas adolescentes deberán gozar de todas las garantías contempladas en la legislación laboral; así como gozar de una remuneración justa que, en el caso de las personas-PdL, se dividirá en dos partes: una dirigida a un fondo de ahorro que le será entregado cuando quede en libertad (Regla 46 de La Habana y la Observación general No. 12 del Comité DN), y la otra podrá ser utilizada para adquirir objetos de uso personal, indemnizar a la víctima perjudicada por su delito o enviarlo a su propia familia o a otras personas fuera del centro.⁴³

III. Seguridad y contacto con el mundo exterior

La seguridad de los Centros Especializados va encaminada a garantizar no solamente el buen orden, sino a prevenir y gestionar riesgos e incidentes (seguridad pasiva). La existencia de estándares especializados en la materia garantiza tanto la seguridad de las personas adolescentes internas, como del personal operativo

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibidem*, p. 27.

y las personas que visitan los centros (familiares, abogados, asociaciones u organizaciones públicas o privadas dedicadas a la defensa de sus derechos humanos). La Regla 32 de La Habana establece que deberán existir protocolos de actuación para contener los riesgos de incendio, motines, enfermedades y suicidios, a fin de reducir al mínimo este tipo de peligros, además de brindar capacitación a las personas operadoras en estas materias y contemplar el sistema de alarmas tempranas que garantice su seguridad. En este sentido, el Estado deberá diseñar una política de prevención de las “situaciones críticas” que pueden poner en peligro los DDHH de las personas internas.⁴⁴

Las reglas 30 de La Habana y 19 de Beijing indican que la seguridad debe ser mínima; es decir, de preferencia los centros deben ser abiertos y con un carácter más educativo que penitenciario, privilegiando las actividades de reinserción social. Las normas y reglas de conducta al interior deberán mirar hacia la contención de la persona adolescente; en este sentido, resulta por demás importante que las instituciones ejecutoras del sistema regulen sus regímenes disciplinarios en leyes específicas, a fin de evitar una crisis de legalidad. La disciplina y medidas de coerción en los Centros de Internamiento Especializados para personas adolescentes no deberían tener protagonismo; los estándares internacionales reducen su aplicación, es decir, se deben limitar a estrategias de orden restringiendo la aplicación de las infracciones disciplinarias y contemplando garantías para el uso de éstas.⁴⁵

La Observación general No. 12 del Comité DN establece que las medidas disciplinarias deben ser adaptadas a los menores de edad, y en el proceso de investigación, determinación y aplicación de éstas, deberán participar los menores de edad y cumplir con las exigencias del debido proceso, tales como ser transparentes, informativas, voluntarias, respetuosas, pertinentes, incluyentes, apoyadas en la formación, seguras y atentas al riesgo, además de delimitar responsabilidades. Deben ejercerse siempre bajo la estricta supervisión de especialistas en medicina o psicología, según la Observación general No. 10 del Comité DN y la Regla 70 de La Habana, que establece que se deberá realizar un levantamiento de acta

⁴⁴ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 28.

completo de todas las medidas disciplinarias. Se prohíbe aplicar sanciones disciplinarias que no se ajusten a lo dispuesto por las leyes o los reglamentos y prohíbe sancionar a un menor de edad más de una vez por la misma infracción disciplinaria; aplicar sanciones colectivas e infringir el debido proceso; limitar la oportunidad de presentar defensa o negar el derecho de apelar ante una autoridad imparcial.⁴⁶

En cuanto a las sanciones disciplinarias⁴⁷ establece que en ningún caso deben constituir un trato cruel, inhumano o degradante, así como poner en peligro la salud física o mental del menor de edad, por lo que la Observación general No. 24 del Comité DN, relativa a los derechos de las infancias en el sistema judicial prohíbe la reducción de alimentos, la restricción o denegación del contacto con familiares y el trabajo a título de sanción disciplinaria. La totalidad de los documentos referidos⁴⁸ prohíben como sanciones disciplinarias el aislamiento y los traslados. El caso de aislamiento o confinamiento solitario ha sido rechazado por los efectos negativos que puede provocar en la persona adolescente –por ejemplo, el riesgo de suicidio–. Los traslados no pueden ser utilizados como sanción disciplinaria⁴⁹ debido a que no se recomienda el alejamiento a su red de apoyo y/o familiar, es decir, la decisión sobre trasladar a una persona adolescente sólo debe satisfacer las necesidades de avanzar en el plan individualizado.⁵⁰

Sólo podrá utilizarse la coerción física, mecánica y médica, cuando se hayan agotado y fracasado los mecanismos de solución de conflictos; cuando el niño represente una amenaza inminente para sí o para los demás.⁵¹ Los medios utilizados en la coerción deben ser los menos lesivos y por el lapso estrictamente necesario. La Observación General No. 24 advierte que, de no respetarse los límites relativos a las hipótesis de utilización, medios y períodos en que se puede desplegar la

⁴⁶ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁷ Reglas de la Habana, *op. cit.*, No. 67.

⁴⁸ Reglas de Beijing (17), Directrices de Riad (54), Reglas de La Habana (67) y Observación general No. 24, párr. 95, inciso g).

⁴⁹ Reglas de La Habana, *op. cit.*, No. 26.

⁵⁰ Cobo, Sofia, *op. cit.*, p. 29.

⁵¹ Comité DN, Observación General No. 24. *Derechos del niño en el sistema de Justicia Juvenil*, *op. cit.*, párr. 95, inciso f), Reglas de La Habana, No. 64, *op. cit.*

o las medidas coercitivas, la acción dejará de estar autorizada y constituirá tortura, trato inhumano o degradante.

El contacto con el mundo exterior, que consiste en las visitas familiares, íntimas, religiosas, llamadas telefónicas y reuniones con las personas abogadas, son formas tradicionales de mantener el contacto con la comunidad, por lo cual es fundamental para las personas adolescentes PdL ampliar las visitas familiares, de modo que sean más frecuentes y más largas que para las personas adultas; así como ampliar las salidas controladas fuera del recinto, para potenciar el contacto con las redes de apoyo, y la participación en actividades educativas y laborales, de formación laboral y asistencia sanitaria. El acceso a la información ha sido otra dimensión del contacto con el mundo exterior tradicionalmente considerada y que en el caso de las personas adolescentes tiene particularidades debido al uso tan común de la tecnología, de aparatos electrónicos con acceso a internet, la utilización de redes sociales y aplicaciones.⁵²

IV. Personal operativo

Las Reglas de Beijing disponen que las personas menores de edad confinadas en establecimientos especiales recibirán los cuidados, la protección y la asistencia (social, educativa, profesional, psicológica, médica y física) que puedan requerir conforme a su edad, sexo, personalidad y en interés de su desarrollo sano, de ahí la importancia de la especialización y la capacitación interdisciplinaria del personal operativo encargado de la ejecución de las medidas privativas de la libertad a personas adolescentes. Además, el personal deberá ser idóneo y tener las habilidades suficientes para el trato con las personas adolescentes. Una vez asumidas sus funciones, seguirá un código de ética específico para el SIJPA.

Sus funciones se encontrarán divididas cuando menos en tres áreas: administrativa, técnica y de seguridad. En el área administrativa se incluye al personal directivo y de apoyo administrativo; el área técnica estará compuesta por un Equipo

⁵² Cobo, Sofia, *op. cit.*, p.30.

Interdisciplinario, el cual debe conformarse como mínimo por una persona psicóloga, trabajadora social o profesional en desarrollo familiar, pedagoga, gestora institucional y una persona médica y auxiliar de enfermería.⁵³ Por último, el área de seguridad y custodia debe estar conformada por guías que no formen parte de los servicios de seguridad.

El personal que tiene un trato directo con la persona adolescente debe poseer una formación interdisciplinaria y una actualización constante que le permita comprender las características de la etapa de la adolescencia, tales como la psicología juvenil, pedagogía, derechos del niño y estándares de derechos humanos. Las exigencias de especialización y actualización deben ir acompañadas de condiciones laborales que satisfagan sus necesidades y las de su familia, por ejemplo, un sueldo justo, jornada laboral realista, atención a su salud tanto física como emocional, entre otras prestaciones laborales.⁵⁴

V. Asistencia legal

En ejecución penal es importante considerar que en todo momento se deberá garantizar el derecho a la defensa (técnica y especializada) de las personas adolescentes en el proceso de ejecución. En este sentido, deberán gozar de defensa pública gratuita en caso de no contar con defensores particulares. Los servicios jurídicos en esta etapa no sólo tendrán las funciones relacionadas al cumplimiento de la medida de sanción, sino además en materia de protección de derechos humanos e integridad personal. En este sentido, es fundamental la labor de la defensa, debido a las limitaciones que la ejecución penal trae consigo; de ahí que la fracción II, del artículo 67, de la LNSIIPA le imponga a la persona defensora la obligación de informar de inmediato a las autoridades competentes la presunta violación a la Ley o violación a sus derechos humanos. Por lo tanto, se puede concluir que la persona defensora de la persona adolescente PdL debe desempeñar un papel preponderante en la supervisión de las condiciones de internamiento; ya que, al encontrarse tan cerca de ella, puede evidenciar cualquier violación o

⁵³ Por cada 50 menores de edad se deberá contratar a un especialista de área y un gestor institucional.

⁵⁴ Cobo, Sofía, *op. cit.*, p. 24.

vulneración a sus derechos humanos y, en su caso, ejercer las acciones administrativas o jurisdiccionales correspondientes.⁵⁵

VI. Mecanismos de vigilancia

El personal del centro especializado es clave a fin de evidenciar violaciones a los derechos humanos de las personas adolescentes, debido a que son quienes tienen el contacto directo con las mismas. En este sentido, se le brindará la información suficiente a fin de que esté en posibilidades de reportar todo conocimiento, sospecha o información que hayan recibido acerca de maltrato, abuso infantil, trata sexual, corrupción o represalias en contra de personas adolescentes, además de algún incidente o violación de las responsabilidades del personal respecto a los servicios apropiados de protección de derechos.

Dentro de las Reglas de La Habana se delimita la existencia de *inspectores calificados* o autoridad equivalente que no pertenezca a la administración del centro para efectuar visitas periódicas sin previo aviso, durante las cuales se observará el cumplimiento de las mencionadas reglas relativas al ambiente físico, higiene, alojamiento, comida, ejercicio y servicios médicos y otras relacionadas con las condiciones de la vida al interior de los centros, que puedan afectar a la salud física y mental de las infancias y adolescencias.⁵⁶

En México, algunas de las instituciones u organizaciones de defensa de los derechos humanos cuentan con *programas de atención relativos al sistema penitenciario* mediante los cuales conocen, analizan e investigan quejas e inconformidades sobre presuntas violaciones a los derechos humanos al interior de los centros. En el caso particular de las personas adolescentes internas en centros especializados, algunos organismos de esta naturaleza elaboran *informes especiales*, los cuales son un instrumento indispensable a fin de prevenir o corregir situaciones relacionadas con la infraestructura y el equipamiento, así como con el trato y tratamiento⁵⁷

⁵⁵ *Ibidem*, p. 71.

⁵⁶ Reglas de La Habana, *op. cit.*, No. IV inciso m).

⁵⁷ La palabra 'tratamiento' ha sido replanteada en la Criminología moderna, debido a que desde esa óptica no se les considera como personas enfermas sujetas a tratamiento.

(sic) que se les brinda. Los organismos o instituciones de defensa de los derechos humanos pueden solicitar acciones concretas a la autoridad administrativa a fin de que promueva, respete, proteja y garantice los DDHH de las personas adolescentes en internamiento (mediante un sistema de quejas y recomendaciones).

Los organismos de la sociedad civil acreditados, como indica la LNSIJPA, en caso de evidenciar violaciones a los derechos humanos, deberán avisar a las organizaciones de defensa y protección de los DDHH, ya sea de naturaleza federal o estatal, según corresponda. También se deberá documentar el hecho y comunicarlo a la defensa del adolescente y al Ministerio Público, a fin de que puedan ejercer las acciones correspondientes. Lo observado en estas supervisiones debe documentarse por escrito a fin de que exista un registro periódico y sean comparables en el tiempo. Es indispensable delimitar una periodicidad máxima (mensual) para realizar estas supervisiones internas, aplicando los criterios relacionados con las características de la población interna y la infraestructura del establecimiento.⁵⁸

La metodología para realizar las supervisiones deberá incluir entrevistas directas con personas adolescentes, en las que se resguarden en todo momento los estándares contenidos en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales vinculantes o declarativos, garantizando su dignidad, integridad personal y confidencialidad respecto a los datos sensibles de las personas menores de edad. En todos los casos se emitirá un documento que informe el resultado de las visitas y se deberá registrar el recorrido de supervisión realizado.⁵⁹ Tanto las Reglas de La Habana como la Observación General No. 24 del Comité DN contemplan la existencia de *mediadores independientes* en cada centro especializado, que tienen como función primordial recibir e investigar las quejas y resolverlas de manera equitativa.

La protección jurisdiccional de los derechos humanos al interior de los centros o comunidades especializadas le corresponde a la autoridad jurisdiccional en la

⁵⁸ CNDH, *Informe Especial sobre los Centros de Tratamiento Interno para Adolescentes que infringen la Ley de la República Mexicana*, México, 2019, p.14.

⁵⁹ Cobo, Sofía, *op. cit.*, p. 46.

materia. Deberá existir la figura del Juez o Jueza de ejecución especializada que garantiza el goce de los derechos fundamentales en las particulares condiciones de internamiento y otras situaciones relacionadas con la ejecución de las medidas de sanción⁶⁰ reconocidas por la Constitución Federal, tratados internacionales y demás disposiciones legales en la materia, además de tener competencia sobre la revisión y modificación de las medidas de sanción.

Es importante resaltar que la Observación General No. 17 del Comité DN indica que NNA tienen derecho a un tiempo que no esté determinado ni controlado por las personas adultas; este derecho exige reconocerle un espacio dedicado al ocio y considerar horarios en que las personas adolescentes tengan tiempo libre. En cuanto a la atención posterior, es necesario brindársela a la persona adolescente hacia la puesta en libertad, como parte del proceso de reinserción y debe ser considerada de forma voluntaria tras su liberación, de una manera constructiva, planificada y supervisada.⁶¹ Para lograrlo, la Regla No. 80 de La Habana recomienda contar con una “Red de Servicios” que acoja a la persona adolescente egresada y brindar –por lo menos durante los primeros meses de egreso– alojamiento, trabajo y vestido conveniente, así como los medios necesarios para que pueda mantenerse para apoyar su reintegración.

En el SIJPA, el artículo 46 de la Ley reglamentaria, delimita una serie de derechos específicos de las personas adolescentes sujetas a medida cautelar de internamiento preventivo y medidas privativas de la libertad que nos sirven como fundamento de los estándares nacionales en la materia.⁶²

⁶⁰ Por ejemplo, el diseño del Plan Individualizado en Ejecución, los traslados, la aplicación de sanciones disciplinarias, el uso de la fuerza, el acceso a los programas de reinserción y/o rehabilitación, además de todo lo referente a los servicios básicos que debe prestar el centro para garantizar el desarrollo integral de la persona adolescente.

⁶¹ Montero Hernanz, Tomás, *Modelo de Protocolo para la Práctica de la Justicia Juvenil Restaurativa en los Ministerios Públicos de la AIAMP*, Euro social, Madrid, 2021, p. 42.

⁶² No estar limitados en el ejercicio de sus derechos y garantías, a que se garantice su integridad física, moral, sexual y psicológica, ser informada de la finalidad de la medida y del contenido de su Plan Individual, recibir información de las disposiciones que regulen los derechos, obligaciones, beneficios y medidas disciplinarias que pueden imponérsele, no recibir castigos corporales ni otra medida que ponga en peligro su salud física o mental, recibir asistencia médica especializada, adecuada y tratamiento psicológico de acuerdo a su edad y sexo; recibir alimentación nutritiva, adecuada y suficiente para su

Para concluir, es importante mencionar que el contenido del artículo 4 de la CDN establece que:

Los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. Por lo tanto, en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.⁶³

En este sentido, para dar efectividad a los derechos humanos de las personas adolescentes en fase de ejecución penal (Observación General No. 24), se deberá examinar de manera periódica el desarrollo y evolución del niño antes de su puesta en libertad.⁶⁴

D. Enfoques diferenciados y ejecución penal especializada

Como se señaló anteriormente, la justicia juvenil requiere de la aplicación de un enfoque diferenciado, que además identifique las necesidades específicas de los diversos grupos en condiciones de vulnerabilidad que afectan aún más su acceso a la justicia; por ejemplo, personas adolescentes con discapacidad, pertenecientes a comunidades indígenas, migrantes, refugiados, personas con desplazamiento

desarrollo, así como vestimenta suficiente y digna que garantice su formación integral; recibir suministro de agua para su consumo y cuidado personal, recibir suministro de artículos de aseo diario necesarios, recibir visitas frecuentes, salir del centro bajo las medidas de seguridad pertinentes; acudir al sepelio de sus ascendientes y descendientes en primer grado o quien ejerciera la patria potestad o cuidado y visitarlos en su lecho de muerte con las condiciones de seguridad idóneas; tener contacto con el exterior; realizar actividades educativas, recreativas, artísticas, culturales, deportivas y de esparcimiento bajo supervisión especializada; tener convivencia armónica, segura y ordenada dentro del Centro Especializado; no ser controlados con fuerza o instrumentos de coerción salvo excepciones legales; efectuar peticiones o quejas por escrito y en casos urgentes a las autoridades correspondientes; ser recibidos en audiencia por los servidores públicos del Centro Especializado y a que toda limitación a sus derechos sólo pueda imponerse para garantizar condiciones de internamiento dignas y seguras de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad.

⁶³ CDN, *op. cit.*, art. 4.

⁶⁴ Comité DN, CRC/C/GC/24, Observación General No. 24. *Derechos del niño en el sistema de Justicia Juvenil*, 18 de septiembre 2019, párr. 81.

interno, pobreza, género, pertenencia a minorías (étnicas, religiosas o lingüísticas, tal y como lo menciona el propio artículo 30 de la CDN) y privación de libertad, por señalar algunos.

En 2022, la Corte IDH publicó la OC 29/22⁶⁵ la cual destaca la especial condición de vulnerabilidad de las personas-PdL pertenecientes a colectivos específicos (mujeres embarazadas, posparto y lactantes, colectivo LGBT+, personas indígenas, personas mayores, niñas y niños que viven con sus madres en prisión y personas con discapacidad). La Corte IDH concluye que, de acuerdo con ciertos instrumentos del Sistema Interamericano, los Estados Partes de la CADH tienen la obligación de orientar sus acciones para proteger los derechos humanos de estas personas o grupos, asegurando que no se vean lesionados en mayor medida. Esto implica desplegar una serie de acciones con un enfoque diferenciado para garantizar plenamente sus derechos.

A partir del análisis de la OC 29/22, los Enfoques Diferenciados pueden ser definidos como:

(...) un conjunto de medidas y políticas públicas que buscan reconocer y atender las necesidades y características específicas de grupos en situación de vulnerabilidad con el objetivo de garantizarles el pleno disfrute de sus derechos humanos.

La Opinión Consultiva analizada no incluye ni propone medidas, acciones concretas y/o políticas públicas respecto a las personas adolescentes PdL como un colectivo específico, a pesar del criterio que la misma Corte IDH tuvo en la Opinión Consultiva 18/03 sobre la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” en donde entiende dentro de la cláusula referente a “cualquier otra condición social” como categorías específicas la edad, la discapacidad, la orientación sexual, la identidad de género y expresión de género, como aquellas que deben encontrarse protegidas por la CADH.⁶⁶

⁶⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-29/2022, *Enfoques Diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*. 30 de mayo de 2022. Serie A Núm. 29. p. 5.

⁶⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. Serie A Núm. 18, p. 31.

El enfoque diferenciado en la ejecución de las medidas de sanción aplicadas a las personas adolescentes en conflicto con la ley penal implica reconocerles como personas sujetas de derechos con necesidades específicas, diferentes a las de las personas adultas en similares circunstancias. Por lo que resulta indispensable: iniciar el análisis considerando la naturaleza socio-educativa de las medidas de sanción en personas adolescentes; la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad; la elaboración de un modelo de ejecución y programas de reinserción y reintegración social y familiar que atiendan sus necesidades específicas (en materia de educación, cultura, capacitación para el trabajo, salud y deporte). Incluir, asimismo, el derecho a la participación de las personas adolescentes en los procesos de toma de decisiones en la materia. Resulta fundamental, a fin de aplicar el enfoque diferenciado, el contenido del Plan Individualizado que se encuentra señalado en el artículo 187 de la LNSIIPA⁶⁷ además de garantizar el perfil especializado del personal operativo (tanto administrativo como jurisdiccional) en ejecución penal.

Son pocos los instrumentos internacionales (incluyendo los regionales) que abordan el enfoque diferenciado y especializado que se debe utilizar en la ejecución de medidas de sanción en personas adolescentes, uno de ellos son las Reglas de Bangkok. Éstas delimitan el tema de las mujeres PdL e incluyen una categoría de mujeres adolescentes y mujeres adolescentes con hijas e hijos; así como recomiendan a los Estados tener una perspectiva transversal de género y diversidad.

Por ello se deberá considerar dicho enfoque en la estructura de los Centros y en la satisfacción de necesidades de alojamiento de las personas o GECV, tal es el caso de las personas adolescentes pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, adolescentes, las personas que viven con alguna discapacidad, los que pertenecen a la comunidad LGBTI+,⁶⁸ entre otros, pero también al momento de tomar decisiones administrativas e impartir justicia en etapa de ejecución.

⁶⁷ El que deberá sujetarse a los fines de la medida impuesta por la autoridad jurisdiccional, tener en cuenta las características particulares de la persona adolescente, dar continuidad a sus estudios en el nivel de escolaridad que corresponda, escuchar y tomar en cuenta la opinión de la persona adolescente y de las personas responsables del mismo y orientarse en los parámetros de educación para la paz, solución pacífica de conflictos y aprendizaje de los derechos humanos.

⁶⁸ Acrónimo utilizado por la OC 29/22.

En términos generales el enfoque diferenciado se podrá individualizar, siempre que se apliquen los principios especializados anteriormente descritos, principalmente el de interés superior, como criterios orientadores en la toma de decisiones de las autoridades judiciales y administrativas en la materia.

E. Medidas de sanción no privativas de la libertad

La ejecución penal también incluye a las medidas de sanción no privativas de la libertad, las cuales en materia de justicia para adolescentes deben ser las principales respuestas ante el delito cometido por una persona adolescente, siempre que no sea posible resolver el delito sin sanción.⁶⁹ Los principios de subsidiariedad y de intervención mínima que establecen que la solución de controversias en que esté involucrada una persona adolescente se hará prioritariamente sin recurrir a procedimientos judiciales, se interpretan en sentido amplio al garantizar que se prioricen las medidas no privativas de la libertad al momento de individualizar o determinar medidas cautelares y de sanción. En este capítulo me referiré a las medidas no privativas de la libertad como consecuencia de una sentencia ejecutoria, debido a que son materia de la ejecución penal especializada.

La CDN delimita en su artículo 37 que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño (*sic*) se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda; establece el principio de excepcionalidad o *última ratio* de la privación de la libertad en personas adolescentes y el 40.4 establece que se dispondrá de diversas medidas,⁷⁰ así como de otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, a fin de asegurar un trato apropiado para su bienestar y que este guarde proporción con sus circunstancias personales y con la infracción.

La Regla 17.1 de las Reglas de Beijing limita los delitos por los que puede encarcelarse a niños (*sic*), principalmente cuando sean condenados por un acto grave

⁶⁹ Principio de subsidiariedad de la sanción o medida de sanción en personas adolescentes.

⁷⁰ Cuidado, órdenes de orientación y supervisión, asesoramiento, libertad vigilada, colocación en hogares de guarda, programas de enseñanza y formación profesional.

en el que incurran violencia contra la persona y siempre que no haya otra respuesta adecuada.⁷¹ Posteriormente, la Regla 18.1 delimita que se pueden adoptar una amplia diversidad de decisiones entre las que figuran: a. Órdenes en materia de atención, orientación y supervisión; b. Libertad vigilada; c. Órdenes de prestación de servicios a la comunidad; d. Sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones; e. Órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento; f. Órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas; g. Órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos y h. Otras órdenes pertinentes.

Es importante resaltar que, a diferencia de las medidas de sanción privativas de la libertad, las medidas alternativas a la misma no cuentan con un documento especializado que delimite los estándares internacionales específicos en la materia; sin embargo, las Reglas de Tokio establecen que se debe de imponer una amplia serie de medidas sustitutivas a la sentencia, a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes (*sic*)⁷² para su pronta reinserción social.⁷³ Tal vez lo más significativo de estas reglas consiste en la inclusión de un epígrafe que contiene una serie de salvaguardas mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas a la prisión, siendo éstas las siguientes:

- La introducción, definición y aplicación de las medidas no privativas de la libertad deberán estar prescritas en la ley;
- La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en criterios previamente establecidos (tipo y gravedad de delito, perso-

⁷¹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), 29 de noviembre de 1985. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-administration-juvenile> [Consultado el 2 de agosto de 2024].

⁷² Si bien es cierto se menciona la palabra “delincuente” tal y como la refiere el documento internacional analizado, es importante aclarar que dicho término resulta estigmatizante debido a que reduce a la persona a una identidad negativa que se relaciona con sus actos ilegales lo cual la deshumaniza.

⁷³ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), Regla 9.1., 14 de diciembre de 1990. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-non-custodial-measures> [Consultado el 2 de agosto de 2024].

nalidad y antecedentes del delincuente (*sic*), objetivos de la condena y derechos de las víctimas);

- La autoridad judicial u otra independiente competente, ejercerá sus funciones discrecionales en todas las fases del procedimiento actuando con plena responsabilidad y exclusiva conformidad con la ley;
- Las medidas no privativas de libertad que impongan una obligación al delincuente (*sic*), aplicadas antes o en lugar del procedimiento o juicio, requerirán su consentimiento;
- Las decisiones sobre la imposición de medidas no Privativas de Libertad, estarán sometidas a la revisión de una autoridad judicial u otra competente e independiente, a petición del delincuente (*sic*);
- El delincuente (*sic*) estará facultado para presentar recurso, peticiones o reclamaciones ante la autoridad judicial u otra competente e independiente sobre cuestiones que afecten sus derechos individuales en la aplicación de medidas no privativas de la libertad (se preverán disposiciones adecuadas para promoverlo);
- Se preverá la reparación en caso de agravio relacionado con el incumplimiento de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas;
- No supondrán ningún experimento médico o psicológico con el delincuente (*sic*) ni riesgo de daños físicos o mentales;
- La dignidad del delincuente (*sic*) será protegida en todo momento;
- Durante su aplicación, los derechos del delincuente (*sic*) no podrán ser objeto de restricciones que excedan las impuestas por la autoridad competente que haya adoptado la decisión de aplicar la medida;

- Durante la aplicación de medidas no privativas de la libertad, se respetará tanto el derecho del delincuente (*sic*) como el de su familia a la intimidad;
- El expediente personal del delincuente (*sic*) se mantendrá de manera estrictamente confidencial e inaccesible a terceros. Sólo tendrán acceso al expediente las personas directamente interesadas en la tramitación del caso u otras personas debidamente autorizadas;
- Cuando exista la posibilidad de preparar informes de investigación social, la autoridad judicial podrá valerse del mismo (preparado por un funcionario u organismo competente y autorizado). Con información sobre el entorno social, que sea pertinente al tipo de infracción y a los delitos que se le imputan, información y recomendaciones pertinentes al procedimiento de fijación de condenas, ceñirse a los hechos y ser objetivo e imparcial. Toda apreciación personal deberá formularse claramente como tal;
- La autoridad judicial al individualizarlas deberá tomar en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente (*sic*), la protección a la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda;
- Se pondrá a disposición de la autoridad competente una amplia serie de medidas sustitutivas posteriores a la sentencia, a fin de evitar la reclusión y prestar asistencia a los delincuentes (*sic*) para su pronta reinserción social;
- Estas medidas –salvo el indulto– serán sometidas a revisión de la autoridad judicial u otra competente e independientemente si lo solicita el delincuente (*sic*);
- Se considerarán cuanto antes las posibilidades de poner en libertad al recluso (*sic*) de un establecimiento y asignarlo a un programa no privativo de libertad.

Por lo que la autoridad judicial en ejecución de medidas de sanción deberá velar por estas salvaguardas considerando su desarrollo integral y aplicando el principio de interés superior en todo momento. En 2010 se publicó un *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de Medidas sustitutivas del encarcelamiento*,⁷⁴ que incluye estrategias para su aplicación y concretamente individualiza como un grupo especial a los niños (*sic*); incluye como medidas de sanción no privativas de la libertad, especializadas en personas adolescentes, las órdenes en materia de atención, orientación y supervisión, así como las relativas a los hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos (Regla No. 18 de Beijing); resalta la importancia de la participación de las organizaciones de la sociedad civil para movilizar a la opinión nacional en favor de las alternativas.

En México las medidas de sanción no privativas de la libertad se encuentran contenidas en la fracción I del artículo 155 de la LNSIIPA incluyendo una lista muy similar a la contenida en las Reglas de Beijing:

- Amonestación;
- Apercibimiento;
- Prestación de servicios a favor de la comunidad;
- Sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas
- Supervisión familiar;
- Prohibición de asistir a determinados lugares, conducir vehículos y de utilizar instrumentos, objetos o productos que se hayan utilizado en el hecho delictivo;
- No poseer armas;
- Abstenerse a viajar al extranjero;
- Integrarse a programas especializados en teoría de género, en casos de hechos tipificados como delitos sexuales;
- Libertad asistida.

⁷⁴ UNODC, *Manual de Principios Básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, ONU, Nueva York, 2010, p. 67.

En un diagnóstico levantado en el año 2023 a los treinta y dos sistemas de justicia especializados respecto a la implementación de medidas de sanción no privativas de la libertad en México, se pudo concluir que, si bien es cierto existe un mayor porcentaje de individualización y ejecución de medidas de sanción no privativas de la libertad,⁷⁵ el desarrollo de programas especializados es muy incipiente. Sólo doce entidades federativas refieren la existencia de programas específicamente en materia educativa, capacitación para el trabajo, deporte y terapias (entre las que se agrega el tratamiento para las adicciones). El modelo de atención en el país no se encuentra homologado debido a que la mayoría de los programas de esta naturaleza se descentralizan y existe una deficiencia estructural para el fomento de las iniciativas de ayuda de la sociedad civil.⁷⁶

Podemos concluir que la tendencia debería ser priorizar las medidas de sanción no privativas de la libertad en personas adolescentes, cuyo desarrollo se visualiza incipiente. Para lograr la reinserción y reintegración social y familiar respetando sus DDHH y el desarrollo integral, se debe incluir el compromiso y la participación ciudadana, de ahí que se considere ésta como la respuesta más adecuada y efectiva en la justicia juvenil.

F. Desafíos de la ejecución penal especializada

A fin de visibilizar los desafíos en materia de ejecución de medidas de sanción especializadas en personas adolescentes, es necesario realizar un análisis regional de la situación que guardan los sistemas de justicia juvenil en la región⁷⁷ y las personas adolescentes PdL que se encuentran ejecutando medidas de sanción. En este sentido, sobre las medidas de sanción privativas de la libertad, como se comentó anteriormente, el Grupo Iberoamericano de Estudios en Justicia Juvenil del CIDENI⁷⁸

⁷⁵ Según datos del INEGI en la ENASJUP de 2022, el 55.9 % de hombres adolescentes se encuentran cumpliendo una medida de sanción no privativa de la libertad y el 63.2 % de mujeres.

⁷⁶ Estas conclusiones forman parte del Informe Mexicano derivado de un documento inédito incluido en un “Estudio sobre Sanciones no Privativas de la Libertad en la Justicia Juvenil en Iberoamérica”, documento inédito que será publicado por el Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño (CIDENI).

⁷⁷ Iberoamericana.

⁷⁸ Para más información consultar en: <https://www.cideni.org/> [Consultado el 2 de agosto de 2024].

publicó en 2023 el estudio denominado: *Personas adolescentes privadas de la libertad en Iberoamérica: análisis comparado a la luz de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia*. El cual tuvo como objetivo animar al debate jurídico y, en su caso, promover procesos de reforma legal y desarrollo jurisprudencial en cada uno de los países que participaron en la presente investigación, a partir de un estudio de la medida de sanción privativa de la libertad en diferentes sistemas de justicia juvenil (de la región) y compararlos con los estándares derivados de la CDN, a fin de que en su ejecución se consideren las circunstancias personales de la persona adolescente, de una forma consistente con los presupuestos, fines y condiciones de encierro.⁷⁹ La investigación utilizó la metodología de la compilación de Informes Nacionales elaborados por personas expertas de ocho países de la región,⁸⁰ llegando de manera general a las siguientes conclusiones:⁸¹

- El reconocimiento constitucional de la finalidad de la privación de la libertad en los países estudiados es mínimo; sólo en México en su artículo 18 se delimita la reinserción y reintegración social y familiar de la persona adolescente.
- En la mayoría de los países en los que existe una regulación de las medidas privativas de la libertad tienen una técnica legislativa combinada (ley especializada y reglamento de centros especializados); en este sentido, el desafío son las fugas de legalidad que pueden existir; sólo Costa Rica cuenta con una Ley de Ejecución Especializada.
- Se privilegia la prevención especial positiva (dirigida a la persona adolescente) sobre la finalidad preventivo general como justificación de la medida, considerando por ejemplo el desarrollo de sus capacidades, la adopción del sentido de responsabilidad y el carácter pedagógico del sistema.

⁷⁹ CIDENI, *Personas adolescentes privadas de la libertad en Iberoamérica: análisis comparado a la luz de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia*, Tirant lo Blanch, Chile, 2023, p. 30.

⁸⁰ Chile, Costa Rica, Brasil, México, Colombia, Guatemala, Perú y España.

⁸¹ CIDENI, *Personas adolescentes privadas de la libertad en Iberoamérica: análisis comparado a la luz de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia*, op. cit., pp. 562-565.

- Las leyes no especifican en todos los casos que el régimen en que las personas adolescentes deben cumplir sus medidas de sanción, la cultura organizacional y la atención deberá ser distinta, adecuada y acorde a las necesidades de las personas adolescentes.
- Las condiciones de alojamiento no son abordadas de manera homogénea (a pesar de la existencia de estándares internacionales); el foco de atención se concentra en los dormitorios, tipo de servicios otorgados y criterios de clasificación; por ejemplo, en España los dormitorios deben ser individualizados; en algunos países se incluye como criterio de separación la seguridad y los servicios que no se contemplan en todos son la alimentación y el aseo.
- La intensidad de custodia oscila entre quien la realiza y el nivel de ésta, existiendo diversidad en el abordaje, es decir, en países como España el servicio es privado, en Colombia existe una policía de infancia y adolescencia que se encarga de la misma y en Costa Rica una policía penitenciaria.
- Sólo la mitad de los países contienen en su legislación reglas específicas con respecto a las inspecciones, registro, control, fugas y allanamiento.
- Respecto a las características del personal, todos los países señalan la necesidad de la especialización, sin embargo, no se especifica el tipo de competencias y capacitaciones relacionadas con su función.
- Si bien es cierto que en todos los países se reconoce el derecho a la salud, España es el único país que incluye de manera expresa la gratuidad de ésta, y en países como México, Chile y Perú extienden el derecho a las hijas e hijos de las personas adolescentes que viven con ellas en prisión y de las madres en etapa de gestación y de lactancia.
- La educación es incluida como un derecho en todos los países, aunque presenta diversos matices que van desde el derecho a la enseñanza

básica hasta el derecho a continuar en el nivel educativo que le corresponda. En ninguna de las legislaciones se delimita que la educación se realizará fuera del recinto.

- Se incluye el derecho a las actividades recreativas en casi todas las legislaciones. En Chile, Costa Rica y España se establecen las ocho horas diarias de descanso obligatorias.
- Se reconocen las formas de contacto tradicionales con el mundo exterior (llamadas telefónicas, visitas, cartas), sin embargo, no se reconocen formas de contacto alternativas como las redes sociales y plataformas digitales; Brasil reconoce el derecho a incentivar salidas.
- El apoyo en la puesta en libertad es considerado como una etapa de la ejecución de la sanción en todos los países contenida en su legislación, sólo en México se reconoce de forma supletoria. Hay países que extienden el apoyo brindado del medio cerrado al abierto de 6 a 18 meses dependiendo el país y otros enfatizan en la preparación de la persona adolescente con trabajadores sociales, psicólogos/as y psiquiatras como Guatemala.
- Varias tendencias respecto al régimen disciplinario que van desde la tipificación expresa de conductas prohibidas y garantizar el debido proceso; sin embargo, la mitad de los países advierten que existen problemas respecto a la imparcialidad de la individualización y el plazo razonable en relación a la temporalidad.
- Se prohíbe expresamente la celda oscura, los castigos fuera del reglamento y prohibición de alimentos en seis de ocho países. En algunos países se incluye la prohibición de la visita, la restricción de las salidas como forma de sanción y la medida de separación del grupo.
- En cinco países se encuentra la regulación expresa de prohibición del uso de la fuerza, sin embargo, dejan una ventana de aplicación consi-

derando siempre los principios de proporcionalidad, *ultima ratio*, necesidad y aplicación durante el tiempo necesario.

- Especifica competencia del Juez o la Jueza de Ejecución en materia de violaciones a derechos humanos en Costa Rica y México. En su gran mayoría estos mecanismos se encuentran en sede constitucional; en algunos países no existe la figura del Juez/a de Ejecución.
- Se reconocen varias instituciones que realizan la labor de inspección de los Centros de Internamiento: desde la autoridad jurisdiccional en España, hasta los defensores del pueblo u organismos de defensa a los DDHH en otros países.
- Todas las legislaciones –excepto en España– contemplan la obligación de elaborar protocolos para prevenir riesgos al interior de los centros especializados.
- La gran mayoría de países cuenta con una nutrida jurisprudencia en la materia; sin embargo, sólo Brasil y Chile reconocen los problemas al interior de los Centros (violación de DDHH al interior). La gran mayoría de temáticas se refieren al derecho de defensa, prescripción, plazo razonable, quebrantamiento de condenas.

A fin de concluir los desafíos de la ejecución penal especializada en personas adolescentes desde una mirada nacional, el Informe Especial sobre los Centros de Tratamiento Interno para Adolescentes que Infringen la Ley Penal en la República Mexicana, elaborado por la CNDH en 2019, concluye que el Sistema se encuentra en una situación crítica, resaltando las inadecuadas e insuficientes condiciones de internamiento, la carencia de programas efectivos de reinserción y reintegración social y familiar especializados, se identificaron actos de violencia, malos tratos y falta de atención en servicios específicos (salud, educación entre otros), infraestructura deficiente y falta de capacitación especializada del personal administrativo especializado.

En este sentido la CNDH emitió veinte propuestas a los gobernadores de las entidades federativas en materia de Ejecución de Medidas de Internamiento Especializadas en Personas Adolescentes;⁸² entre las que se encuentran: realizar las gestiones pertinentes para reunir las condiciones mínimas de habitabilidad y que se cuente con espacios suficientes para garantizar una estancia digna y segura a las personas adolescentes PdL, realizando una evaluación en cada establecimiento para individualizar sus necesidades; la separación de las mujeres adolescentes PdL; evitar abusos y malos tratos como el uso de la fuerza e instrumentos de coerción; que la imposición de sanciones disciplinarias se realice con respeto al derecho de audiencia, por resolución fundada y motivada y que sea notificada por escrito; gestionar la contratación del personal mínimo e idóneo para el desempeño de sus funciones, principalmente con respecto a la custodia, pedagogía, psicología y trabajo social a fin de garantizar su adecuada atención.⁸³

En materia de medidas de sanción no privativas de la libertad, de entre los desafíos se encuentra el priorizarlas no solamente respecto a su individualización, sino desarrollando programas especializados en materia educativa, capacitación para el trabajo, deporte y salud. Resulta indispensable la elaboración de política pública en la materia (Modelo Especializado en materia de ejecución penal especializada en personas adolescentes dentro del SIJPA) e incluir a la sociedad civil a fin de mejorar su eficacia y funcionamiento.

Conclusiones

En primer lugar, es importante resaltar el reconocimiento de la persona adolescente como sujeta de derechos y la posición de garante del Estado, el cual debe reconocer y garantizar el interés superior de la persona adolescente en la ejecución de las medidas de sanción, la cual incluye tanto medidas privativas como no

⁸² Debido a que a nivel federal actualmente no se cuenta con centros de internamiento para personas adolescentes.

⁸³ CNDH, *Informe Especial sobre los Centros de Tratamiento Interno para Adolescentes que infringen la Ley de la República Mexicana*, op. cit., Observación 54.

privativas de la libertad. Sin duda uno de los grandes desafíos de la Justicia Juvenil (específicamente en la ejecución de las medidas de sanción) se encuentra en la denominada especialización operativa basada en competencias profesionales, por lo que resulta indispensable la elaboración de programas de profesionalización por competencias en diferentes etapas procedimentales. El enfoque diferenciado en materia de ejecución penal especializada se garantiza con la elaboración de planes individualizados que consideren las circunstancias individuales de la persona adolescente⁸⁴ en su elaboración y aplicación, para que cumpla con la finalidad establecida constitucionalmente y contribuya en su desarrollo personal.

Resulta indispensable la creación de un modelo de política pública que privilegie las medidas de sanción no privativas de la libertad; además de la creación de programas en la materia que, en conjunto con las instituciones tanto públicas como privadas, coadyuven a su cumplimiento efectivo, generando un impacto positivo a la sociedad al reducir la reincidencia delictiva, disminuir la carga del sistema de justicia y fomentar la cohesión social.

Para ello, resulta indispensable considerar propuestas de mejora integrales, fundamentadas en los principios y estándares internacionales en la materia,⁸⁵ además de prácticas efectivas basadas en evidencia que se desarrollan a continuación.

- Las medidas de sanción de las personas adolescentes deben orientarse en la prevención especial positiva, es decir, se le reconoce como persona responsable capaz de responder frente a las exigencias de la norma, sin embargo, el juicio de reproche debe tener una proporción menor al de una persona adulta. En este sentido, la medida de sanción procurará en todo momento la consecución de las finalidades positivas señaladas en el artículo 18 de la CPEUM consistentes en la reinserción y reintegración social y familiar de la persona adolescente procurando en todo momento el pleno desarrollo de su persona y capacidades.

⁸⁴ Tomando en cuenta sus intereses, aptitudes y destrezas.

⁸⁵ Aunque estos últimos deben ajustarse al contexto y necesidades actuales.

- Se deben evitar las medidas de sanción privativas y restrictivas de la libertad, debido a que se ha comprobado que las mismas generan en la persona adolescente (más que en las personas adultas) efectos negativos, derivados de la violencia estructural que la misma trae consigo. Razón por la cual se deberá aplicar al momento de individualizar y ejecutar las medidas, los principios de *ultima ratio*, máxima brevedad, delimitación temporal desde el tiempo de su imposición y la revisión periódica de las mismas.
- Se priorizará la aplicación de las medidas de sanción no privativas de la libertad, por ejemplo, la prestación de servicios a favor de la comunidad a fin de que la persona adolescente se involucre en actividades constructivas que además coadyuven a adquirir habilidades y a reducir el estigma, a través de la participación de la comunidad.
- Se propone la creación de un Modelo Homologado de Política Pública en materia de Ejecución de Medidas de Sanción en personas adolescentes con un enfoque de prevención (terciaria) del delito, que aborde de manera temprana las causas estructurales del mismo e incluya mecanismos relacionados con la Justicia Restaurativa.
- Se deberá garantizar el funcionamiento de las autoridades administrativas en ejecución (tanto de medidas privativas como no privativas de la libertad) con carácter autónomo respecto al sistema penitenciario, de acuerdo con el principio de especialidad del sistema.
- Respecto a las condiciones de los centros de internamiento especializados, el personal operativo no deberá pertenecer a instituciones de seguridad, existirá un equilibrio numérico entre el personal de seguridad y el de reinserción social; en cuanto a la infraestructura carcelaria, ésta debe obedecer (en su mayoría) a espacios abiertos; respecto a los dormitorios y baños, se garantizará en todo momento su privacidad.
- En materia de seguridad al interior, deberá primar el principio de seguridad pasiva, por lo que las medidas disciplinarias en etapa de ejecu-

ción serán el último recurso y su aplicación deberá fundamentarse en los principios y salvaguardas procesales al incorporar la revisión judicial e incentivar la aplicación de la Justicia Restaurativa.

- Se propone la elaboración de Programas de Reinserción y Reintegración Social y Familiar fundamentados en una estrategia que priorice la educación (superior), la capacitación para la vinculación a su vida laboral y el desarrollo personal (que incluye apoyo psicosocial individual) a fin de facilitar el proceso de reinserción y reintegración socio-familiar adolescente.
- Es indispensable involucrar a la familia (o redes de apoyo) en este tipo de programas, para que, de manera coordinada con el personal operativo encargado de implementarlos, sean un soporte para que la persona adolescente cumpla con sus medidas de sanción.
- Dentro de la ejecución de medidas de sanción en personas adolescentes se recomienda la existencia de mecanismos de control fundamentados principalmente en los sistemas de protección de derechos de NNA⁸⁶ que, en conjunto con la sociedad civil organizada, puedan realizar revisiones independientes y emitir recomendaciones cimentadas en indicadores de cumplimiento objetivos y derivados de los estándares internacionales y nacionales en la materia.
- Mejorar los procesos de selección y capacitación de las personas operadoras en etapa de ejecución penal (ministerios públicos, autoridades administrativas, jurisdiccionales, defensoras/es) especialmente aquellas y aquellos que tienen contacto directo, en temas relacionados con derechos humanos, naturaleza de las medidas de sanción, características de la etapa de la adolescencia, adicciones, habilidades en el trato con adolescentes, perspectiva de género e interseccional, prevención

⁸⁶ Nacionales o estatales según corresponda.

(terciaria) del delito cometido por personas adolescentes entre otras materias.

- La ejecución penal especializada implica la aplicación de los principios de proporcionalidad y flexibilidad relacionados con el delito y las circunstancias personales del o la adolescente; por lo que se deberá ejecutar de manera equitativa, consistente y efectiva las medidas de sanción a las personas adolescentes respetando en todo momento los derechos humanos y promoviendo la reinserción y reintegración socio-familiar de acuerdo con los principios del sistema, principalmente el de interés superior que prioriza su desarrollo integral.

A fin de abordar el enfoque diferenciado como metodología de análisis, se recomienda fortalecer el marco legal y de política pública en la materia; así como considerar tanto en la elaboración de leyes como en la ejecución de las medidas, el principio de interseccionalidad, construir recintos especializados, delimitar sistemas de clasificación, crear planes individualizados, sustituir medidas disciplinarias por medidas de corte restaurativo. En general, delimitar una política de protección de derechos en materia de ejecución penal que garantice ajustes razonables y adaptaciones acordes con las necesidades específicas de los diferentes grupos en condiciones de vulnerabilidad. La ejecución de las medidas de sanción de las personas adolescentes debe corresponder a un modelo especializado que aplique en todo momento el enfoque diferenciado y reconozca las garantías reforzadas que tienen las personas adolescentes respecto a las personas adultas en condiciones similares.

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas

DUCE, Mauricio, “El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno”, *Revista Política Criminal*, vol. 5, núm. 10, Santiago de Chile, 2010. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000200001

CASTRO, Álvaro, *Justificación del Proyecto y Estándares Internacionales en materia de las y los adolescentes privados de la libertad en Personas Adolescentes Privadas de la Libertad en Iberoamérica*, Editorial Tirant lo Blanch, Chile, 2023.

CIDENI, “Estudio sobre Sanciones no Privativas de la Libertad en la Justicia Juvenil Iberoamericana” (documento inédito), Chile, 2024.

CIDENI, *Personas Adolescentes privadas de la libertad en Iberoamérica: Análisis comparado a la luz de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Chile, 2023.

CNDH, Informe Especial sobre los Centros de Tratamiento Interno para Adolescentes que infringen la Ley de la República Mexicana, México, 2019.

COBO, Sofía, *Adolescentes privados de la libertad en México: apuntes para el desarrollo de un modelo de ejecución de medidas de sanción privativas de la libertad especializado*, INACIPE, México, 2023.

INEGI, Encuesta Nacional de Adolescentes en el Sistema de Justicia Penal (ENASJUP 2022), México, 2023.

MONTERO, Tomás, *Modelo de Protocolo para la Práctica de la Justicia Juvenil Restaurativa en los Ministerios Públicos de la AIAMP*, Euro social, Madrid, 2021.

TAMARIT, Josep M., “Sanciones penales y ejecución penal”, *Revista Pensamiento Penal*, Universitat Oberta de Catalunya, 2013.

UNODC, *Manual de Principios Básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, ONU, Nueva York, 2010.

B. Legislación nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

C. Legislación internacional

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención de los Derechos del Niño.

Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil
“Directrices de Riad”.

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad “Reglas de La Habana”.

Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores
“Reglas de Beijing”.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, “Reglas de Tokio”.

D. Precedentes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

1. *Pleno*

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 37/2006, Ministro Ponente Mariano Azuela Güitrón, 22 de Noviembre de 2007.

E. Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano

1. *Casos contenciosos*

Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 02 de Septiembre de 2004, Serie C Núm. 112.

Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C Núm. 260.

Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto de 2013. Serie C Núm. 268.

Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C Núm. 71.

Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C Núm. 63.

2. *Opiniones Consultivas*

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. 28 agosto 2002. Serie A Núm. 17.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/2003 *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. 17 de septiembre de 2003. Serie A Núm. 18.

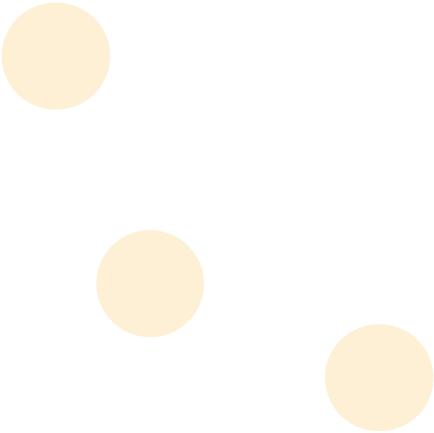
Corte IDH. Opinión Consultiva OC-29/2022 *Enfoques Diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad*. 30 de mayo de 2022. Serie A Núm. 29.

F. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité DN, CRC/C/GC/10, Observación General No. 10. *Los derechos del niño en la justicia de menores*, 25 de abril de 2007.

Comité DN, CRC/C/GC/12, Observación General No. 12. *El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009.

Comité DN, CRC/C/GC/24, Observación General No. 24. *Derechos del niño en el sistema de Justicia Juvenil*, 18 de septiembre 2019.



Capítulo

6.

Derechos de las infancias que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales

Corina Giacomello*

* Doctora en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora e Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas.

Derechos de las infancias que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales. Introducción. A. Marco jurídico internacional y nacional en materia de NNAPES en prisión con sus madres. B. NNAPES en prisión con sus madres: condiciones de reclusión en los centros mixtos y femeniles, estatales y federal. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En el mundo hay alrededor de 11 millones de personas privadas de la libertad (-PdL), y se estima que existen más de 22 millones de niñas, niños y adolescentes (NNA) con su padre (93 %) o madre (7 %) en prisión.¹ En México,² alrededor de 333,946 a 417,433 NNA tienen a una persona referente de crianza adulta encarcelada y aproximadamente 325 NNA viven en prisión con sus madres.³

El encarcelamiento de madres y padres es una de las Experiencias Adversas en la Infancia;⁴ éstas se asocian con conductas de riesgo para la salud, enfermedades

¹ Información disponible en <https://inccip.org/statistics/>.

² Esta información fue proporcionada por Luciano Cadoni, quien se desempeñaba como oficial de Programa de Protección de la Niñez de la organización Church World Service, Oficina Regional de Buenos Aires. Las estimaciones fueron realizadas utilizando la metodología presentada en 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, Argentina, 2019 p. 32 y los datos de World Prison Brief de junio de 2023.

³ INEGI, “Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2022. Presentación de resultados generales”, México, INEGI, 2023, p. 50. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2023/doc/cnsipef_2023_resultados.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

⁴ Véase Bellis, Mark A. *et al.*, “Welsh Adverse Childhood Experiences (ACE) Study: adverse childhood experiences and their impact on health-harming behaviours in the Welsh adult population”, *Public Health Wales NHS Trust*, Reino Unido, 2015. Disponible en: https://www.ljmu.ac.uk/~media/phi-reports/pdf/2016_01_adverse_childhood_experiences_and_their_impact_on_health_harming_behaviours_in_the.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

crónicas, bajo potencial de vida y muerte prematura. La privación de la libertad de una persona referente adulta durante la niñez representa un factor de riesgo que implica que niños con padres y madres privadas de la libertad necesiten apoyos adicionales.

Los efectos de la privación de libertad de madres y padres sobre sus hijos son múltiples y afectan los ámbitos económico, psicológico, emocional, educativo y de socialización.⁵ El encarcelamiento parental puede generar sentimientos de pérdida –y a veces alivio–, incertidumbre e inseguridad y llevar a niños al trabajo infantil y al abandono escolar. Además, les expone a la estigmatización y la discriminación por parte de la comunidad, la familia y la sociedad en general,⁶ así como a riesgos de ser víctimas de violencia, incluyendo la violencia sexual, en el seno de la familia, la comunidad y la escuela, así como en el contacto con el sistema penitenciario.

Si bien no hay evidencia de que el género de la persona-PdL influya directamente a largo plazo, el encarcelamiento materno es más disruptivo a corto plazo.⁷ Esto encuentra eco en el consenso internacional, analizado más abajo, de que se privilegie la aplicación de alternativas en el caso de mujeres embarazadas y con hijos a cargo.

Las infancias que viven en prisión con sus madres representan menos del 0.1 % del total de niños, niñas y adolescentes con un referente adulto privado de su libertad (NNAPES); sin embargo, ameritan una atención especial, puesto que sus

⁵ Véase Jones, Adele D. y Wainaina-Woźna, Agnieszka E., *Children of Prisoners. Interventions and mitigations to strengthen mental health*, University of Huddersfield, Reino Unido, 2012. Disponible en: <https://childrenofprisoners.eu/wp-content/uploads/2019/02/COPINGFinal.pdf>. [Consultado el 18 de julio de 2024]. Nowak, Manfred, *The United Nations Global Study on Children Deprived of their Liberty*. Disponible en: <https://omnibook.com/view/e0623280-5656-42f8-9edf-5872f8f08562/page/1>, 2019. [Consultado el 18 de julio de 2024].

⁶ Véase 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, Argentina, 2019. Disponible en: <https://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/Estudio-Regional-Ninez-que-cuenta-web.pdf>. [Consultado el 18 de julio de 2024]. Murray, Joseph *et al.*, *Effects of parental incarceration on children. Cross-national comparative studies*, American Psychological Association, Estados Unidos, 2014.

⁷ Véase Murray, Joseph *et al.*, *op. cit.*

primeros años de vida transcurren en una condición de particular vulnerabilidad, de sujeción al poder del Estado y, a menudo, de su indiferencia o violencias.

Existe un consenso internacional en torno al doble derecho de las mujeres privadas de la libertad de ser alojadas en centros exclusivos para mujeres, por un lado, y de permanecer cerca de su domicilio –si así lo desean– para garantizar el contacto con el mundo exterior, particularmente con hijes que viven afuera.

Dichos derechos se alinean con los derechos de NNAPES: por un lado, los centros exclusivos para mujeres deberían garantizar el lazo maternofilial y fomentar la seguridad ontológica de le niñe en los primeros años de vida, a la par de proporcionarle condiciones de vida más idóneas, al disponer de guarderías, personal especializado, servicios médicos, etc. Por el otro, permiten el contacto entre les niñes con sus hermanes y otras personas familiares, mediante la visita familiar y salidas temporales, así como su vínculo con la madre después de la salida definitiva. Al mismo tiempo, asegurarían una mayor cercanía de hijes que viven afuera con la madre y con hermanas y hermanos que viven con ella en prisión.

Los arreglos de cuidado y la decisión de que las infancias vivan en prisión o no con sus madres sigue siendo un tema complejo; sin embargo, de acuerdo con el estudio global de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre infancias privadas de la libertad los riesgos para NNAPES provocados por la separación de la madre son más altos que si viven en prisión con sus madres, siempre y cuando estén seguros y cuenten con guarderías y espacios idóneos.⁸

Este capítulo se propone presentar el marco de derechos de NNAPES en prisión con sus madres y los de sus principales cuidadoras y confrontarlos con las condiciones de vida en los Centros de Readaptación Social (CERESO) mexicanos. En la siguiente sección, se lleva a cabo el análisis jurídico, con énfasis en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), las Reglas de Bangkok y la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP). Posteriormente, se revisan datos públicos sobre las condiciones de vida de NNAPES en prisión con sus madres y los perfiles socioeco-

⁸ Nowak, Manfred, *op. cit.*, pp. 350-351.

nómicos de las mujeres, ya que éstos influyen directamente en el acceso a bienes, servicios y contacto de sus hijes con el mundo exterior; así como en el bienestar de las infancias que permanecen afuera. Finalmente, se presentan extractos del testimonio de una mujer que estuvo privada de la libertad y con la cual la autora colabora en actividades de formación, sensibilización y difusión.⁹

A. Marco jurídico internacional y nacional en materia de NNAPES en prisión con sus madres

En esta sección se analiza el marco jurídico internacional y nacional que establece y protege los derechos de NNAPES que viven en prisión con sus madres. Una premisa fundamental es que son titulares de todos los derechos humanos y son sujetos de protección reforzada por su condición, ya que carecen de plena autonomía.¹⁰

Otro punto a tomar en cuenta, antes de comenzar la siguiente exposición, es que los derechos de NNAPES tienen una doble dimensión: en primer lugar, en cuanto sujetos de derecho y personas con dignidad y autonomía progresiva. Para garantizar que el sistema penal que procesa, sanciona, recluye y monitorea a personas adultas o adolescentes en conflicto con la ley y que tienen hijes no someta a NNA a condiciones o tratos violatorios de sus derechos, deben tomarse medidas en el ámbito legislativo, de procuración e impartición de justicia, de ejecución penal, justicia restaurativa y mecanismos alternos de solución de conflicto.

Dichas medidas deben ser tendientes a asegurar que las acciones que el Estado emprende en contra de los padres y las madres de NNA –por ejemplo, la detención, la imposición de una sanción privativa de la libertad, las condiciones de reclusión, los criterios para otorgar o negar la libertad, etc.– tomen en cuenta y sean fundamentadas no únicamente sobre la base de la relación Estado-persona

⁹ El testimonio forma parte del proyecto CF-2023-G-168 “Mujeres privadas de la libertad, maternidades y derechos de la niñez en México. Perspectivas jurídicas y empíricas comparadas”, financiado por el Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías, vigente de 2023 a 2025 y del cual la autora es responsable técnica. Esto incluye también las entrevistas llevadas a cabo en el Centro Federal de Readaptación Social CPS 16 “Femenil Morelos”.

¹⁰ Véase Comité DN, Observación general No. 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.

en conflicto con la ley y en la facultad del Estado de perseguir y castigar conductas tipificadas como delitos, sino también *en la menor afectación a la esfera de los derechos de hijos de las personas implicadas con el sistema de justicia penal.*

Es decir, el marco legal, el sistema de justicia penal y el sistema penitenciario *deben ver, considerar y tratar a niños con padres y madres implicados con el sistema de justicia penal como sujetos de derecho y no como “hijas e hijos de”.* Son ciudadanas y ciudadanos con derechos, dignidad y autonomía; es responsabilidad de todo el funcionamiento público protegerlos y no poner en riesgo su integridad, independientemente de las decisiones de sus padres y madres y de las conductas que éstos han cometido o han sido acusados de cometer.

Lo anterior es consecuente con el artículo 4 de la CDN que establece que los Estados parte tienen la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otro tipo apropiadas para la aplicación de los derechos reconocidos en la CDN. Asimismo, cumple con el artículo 2 de la CDN que prohíbe la discriminación de la niñez por cualquier razón, incluyendo la situación de sus progenitores.

En segundo lugar, los derechos de NNAPES que viven en prisión con su persona cuidadora –generalmente la madre– se encuentran inextricablemente entrelazados con los derechos de sus madres. Por ende, las medidas legislativas y las prácticas en los ámbitos arriba señalados deben considerar a los derechos de las mujeres privadas de la libertad y contener disposiciones claras sobre cómo actuar en el caso de aquéllas con hijos a cargo.

Con respecto a NNAPES, el Comité de los Derechos del Niño (Comité DN) señala:¹¹

69. Cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados (énfasis añadido).

¹¹ Cfr. Comité DN, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 69.

I. Convención sobre los Derechos del Niño

El paradigma que enmarca los derechos de NNA es la CDN. Rebase los propósitos de este capítulo analizar a fondo dicha Convención. El texto es conocido y puede ser consultado libremente; por ende, a continuación, más que una descripción de derechos, se pretenden analizar las implicaciones que este tratado internacional tiene para NNAPES en prisión con sus madres.

Un principio rector debe ser el interés superior de la niñez (ISN), consagrado en el artículo 3 de la CDN y explicado en su triple acepción en la Observación General 14 del Comité DN: como derecho sustantivo, como principio jurídico interpretativo fundamental y como norma de procedimiento.¹²

El ISN debe ser una consideración primordial y su aplicación debe basarse en una evaluación caso por caso que pondere de qué manera una decisión o un conjunto de decisiones legislativas, administrativas, judiciales, presupuestales, etcétera, afecten a la niñez, a grupos específicos de NNA o a una situación particular. Es una herramienta para garantizar el cumplimiento de los demás derechos y no debe ser usado para manipular o abusar de las circunstancias o restringir los derechos de NNA ni de sus personas cuidadoras.

La siguiente tabla indica cómo determinados artículos de la CDN son aplicables en el caso de NNAPES en prisión con sus madres y provee ejemplos concretos de ámbitos de aplicación. La tabla es indicativa más no exhaustiva y tiene como objetivo ilustrar la variedad de acciones que pueden desarrollarse para garantizar que el ISN sea de manera efectiva una consideración primordial también en el ámbito del derecho penal y penitenciario cuando concierne a personas adultas o adolescentes en conflicto con la ley que son cuidadoras de NNAPES. En la primera columna se pone el número del artículo. En la segunda, se resume de manera no textual su contenido y, en la tercera, se muestran ejemplos de cómo puede ser aplicado en las medidas que conciernen a NNAPES en prisión con sus madres.

¹² *Ibidem*, párr. 6.

Aunque algunas recomendaciones aplican a todos los NNAPES y sus familias, la mayoría se enfoca en las infancias en prisión con sus madres, tema principal de este capítulo. Este análisis debe realizarse también para otros grupos de NNAPES, reconociendo la unicidad de cada situación.

Tabla 1. La CDN y su aplicabilidad en el caso de NNAPES en prisión con sus madres

Artículo	Contenido	Aplicación en el caso de NNAPES
1	Se entiende por niñas o niño cualquier persona menor de 18 años	<ul style="list-style-type: none"> Las disposiciones aplicables conciernen a todas las personas menores de 18 años, independientemente de que la legislación nacional defina como adolescentes a las personas mayores de 12 años.
2	<p>Garantizar los derechos de la CDN a cada niña y niño.</p> <p>Proteger a niñas y niños contra todas las formas de discriminación o castigo por razón de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Asegurar capacitación y sensibilización en las escuelas y la comunidad en general. Adoptar y promover un lenguaje no estigmatizante. Involucrar a los medios de comunicación en el desarrollo y capacitación de lenguaje y contenidos que generen conciencia y combatan el estigma y bullying en contra de NNAPES. Identificar a NNAPES y asegurar su incorporación en procesos comunitarios mediante organizaciones de la sociedad civil e instituciones locales. Asegurar que el sistema DIF y las PPNNA conozcan, respeten y promuevan los derechos de NNAPES y no rechacen a NNA con base en la situación de sus padres o madres.
3	ISN	<ul style="list-style-type: none"> Asegurar en el marco legislativo y en su implementación la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento como primer recurso en el caso de mujeres embarazadas y con hijes menores de edad a cargo, en fase pre-procesal, procesal, de sentencia y de ejecución penal, sin excepción en razón del delito.

		<ul style="list-style-type: none"> • Las medidas alternativas deben constituir la primera opción en los casos señalados y, en caso de no aplicarse, deberá argumentarse por qué se privilegió una medida privativa de la libertad. • Se privilegiarán medidas alternativas no invasivas o restrictivas, para permitir que las personas cuidadoras puedan trabajar y cumplir con sus responsabilidades de cuidado. La detención domiciliaria o el monitoreo electrónico se aplicarán sólo en casos graves. • Incluir en el marco legislativo y en su aplicación, las responsabilidades de cuidado de otras personas como factor atenuante de la pena. • Incluir en el marco legal la obligatoriedad de estudiar de qué manera la imposición de una determinada medida privativa o no privativa de la libertad afecta a niños implicados e incluir en la argumentación su justificación, demostrando que se ha tomado la decisión menos lesiva, con base en el ISN como consideración primordial. • Garantizar que las decisiones que conciernen a NNAPES sean consensuadas por equipos multidisciplinarios y con base en una evaluación de caso por caso. • Garantizar que el régimen penitenciario aplicado a las madres no afecte el ejercicio de los derechos de NNA. • Asegurar la preservación del lazo de las personas cuidadoras con los hijos que viven afuera por todos los medios, implementando regímenes de comunicación y visita flexibles y acordes a las necesidades de NNAPES.
5	Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres de impartirle, en consonancia con	<ul style="list-style-type: none"> • Asegurar la convivencia de NNAPES con sus madres y padres privados de la libertad, incluyendo medios como las videollamadas y los permisos de salida temporal, sin excepción en razón del delito.

	<p>la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que la infancia ejerza los derechos reconocidos en la CDN.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Combatir y sancionar el uso de lenguaje, discursos y prácticas tendientes a discriminar y estigmatizar a las mujeres privadas de la libertad como “malas madres” o personas no aptas para la maternidad.
<p>6, 23, 24, 28, 29, 30, 31</p>	<p>Derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (6).</p> <p>Niñas y niños con discapacidad (23).</p> <p>Niñas y niños tienen derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud y a tener acceso a servicios médicos y de rehabilitación (24).</p> <p>Derecho a la educación (28 y 29).</p> <p>Niñas y niños indígenas (30)</p> <p>Derecho al descanso, esparcimiento, actividades culturales y juego (31).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Implementar condiciones de reclusión acordes a los estándares internacionales, incluyendo la creación de áreas exclusivas, independientes y autónomas para mujeres embarazadas y madres con hijos que viven con ellas. • Dichas instalaciones deben contar con acceso a servicios educativos y de salud para niñas, mujeres madres y embarazadas en vinculación con servicios en el exterior, así como con personal especializado, para que las mujeres puedan tener acceso a actividades laborales, educativas y recreativas. • NNAPES tienen máxima libertad de movimiento y cuentan con elementos de estimulación sensorial, acceso al aire libre, salas de actividades con libros y juguetes y acceso a guarderías en el exterior. • NNAPES que acuden a servicios en el exterior y sus madres son acompañados por personal no uniformado y en vehículos que no permitan identificar la institución penitenciaria. En caso de que las mujeres usen uniforme o colores específicos, podrán usar ropa normal. • Proveer a las mujeres madres y a sus hijos, los insumos necesarios en materia de cuidado –pañales, crema, toallitas, toallas, leche en polvo, etc.–, higiene personal y aseo, vestimenta, ropa de cama, juego, esparcimiento, educación, alimentación y salud. • Contar con instalaciones y servicios en los CERESOs que atiendan a niñas con discapacidad. • Garantizar el acceso a la salud en el centro o en el exterior a niñas con discapacidad que viven con sus madres, permitiendo que sus madres puedan acompañarles (véase el caso de Gaby, en la sección 3 de

		<p>este capítulo, y las recomendaciones sobre los artículos 144 y 145 de la LNEP, en la sección 3).</p> <ul style="list-style-type: none"> • NNAPES acudirán preferentemente a actividades educativas, deportivas, culturales, asociativas y recreativas en el exterior. En caso de que no sea posible, se contará con una oferta de actividades en las unidades, en vinculación con el sector público, privado y la sociedad civil. • Niños indígenas tendrán acceso a actividades en el exterior y en el interior que les permitan conocer y desarrollar su cultura y practicar su propio idioma.
9	<p>Derecho de la niña o niño a no ser separado de sus madres y padres, contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria por el ISN.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • En conformidad con este artículo, deberán privilegiarse las medidas que permitan la convivencia y la cohabitación de NNAPES con sus personas cuidadoras. Esto implica, en primer lugar, privilegiar las alternativas al encarcelamiento, y, en segundo lugar, la convivencia de NNAPES con sus madres y padres en prisión, o bien mediante la visita o viviendo en los CERESOs. • La posibilidad de NNAPES de vivir en prisión con su persona principal cuidadora no debería tener un límite de edad establecido legalmente, sino evaluarse caso por caso en función del interés superior de la niñez como consideración primordial. • La decisión de separar a NNAPES de su madre o padre debería ser discutida por equipos multidisciplinarios y tomando en cuenta la opinión de la niña o niño, de acuerdo con su etapa de desarrollo. • El proceso decisional se realizará bajo una autoridad judicial competente en materia de niñez y familia. La autoridad penitenciaria y el juzgado de ejecución serán escuchados, mas no tendrán competencia en la toma de decisión. • Los procesos de salida temporal y definitiva deben ser llevados a cabo de manera paulatina y delicada

		<p>y deben ser acompañados de equipos multidisciplinarios que atiendan a NNAPE, a la madre y a la familia extendida o de acogida o bien la institución donde vivirá NNAPE en el exterior.</p> <ul style="list-style-type: none"> • El plan de salida definitiva de NNAPE del centro penitenciario donde vive con su madre debe incluir un plan de mantenimiento del contacto, consensuado entre la madre, las autoridades correspondientes, el equipo multidisciplinario, la familia o institución y la niña o niño acorde a su etapa de desarrollo. • Asegurar que las decisiones de trasladar a las personas a otro centro penitenciario analicen las implicaciones que esto conlleva para el ejercicio de la parentalidad y los derechos de sus hijos y que se argumente y demuestre que estos aspectos han sido tomados en cuenta. Argumentos únicamente basados en la seguridad o en el tipo de delito no pueden ser considerados suficientes y deben privilegiarse las decisiones menos lesivas para NNA.
12	<p>El derecho de niña o niño a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta en las decisiones que le afectan directa o indirectamente</p>	<ul style="list-style-type: none"> • NNAPES deben ser involucrados en las instancias y procesos que les conciernen directa o indirectamente y tener la oportunidad de que su voz y opinión sea escuchada y tomada en cuenta. • Asimismo, tienen derecho a que se les explique, de una manera comprensible y adaptada a su etapa de desarrollo, las decisiones que han sido tomadas –por ejemplo, con respecto a la imposición de una sentencia privativa de la libertad o de una medida alternativa–, y cómo su opinión ha sido tomada en cuenta en dichas decisiones. • La participación de NNA siempre es voluntaria e informada y es una elección de NNA. • NNA son acompañados por personal especializado y personas de confianza en los procesos en los que participan directamente.

18	<p>Ambos padres –o los representantes legales– tienen la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Los Estados Parte prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por el desarrollo de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Los centros penitenciarios, en coordinación con instituciones y organizaciones no gubernamentales, deberán cumplir con las recomendaciones indicadas respecto del artículo 6 de la CDN en esta tabla, y proveer de forma gratuita y sin discriminación, las instalaciones, bienes y servicios para mujeres en prisión con niños establecidos en los artículos 11 y 36 de la LNEP. • Los centros contarán con Centros de Desarrollo Infantil (CENDI) de tiempo completo. • Implementar cursos de parentalidad positiva que tomen en cuenta las características de las personas involucradas y no reproduzcan discursos o prácticas estigmatizantes en contra de las personas privadas de la libertad y su derecho y ejercicio de la parentalidad. • Incorporar la perspectiva de género y la parentalidad positiva en el trabajo con mujeres, hombres y personas no binarias privadas de la libertad. • Incorporar servicios habilitados para el tratamiento de los traumas para las mujeres.
19, 34, 39	<p>Protección niñas y niños contra toda forma violencia, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (19).</p> <p>Protección de niñas y niños de la explotación sexual (34).</p> <p>Derecho a la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (39).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • NNAPES pueden ser víctimas o testigo de violencia, incluso de violencia sexual, durante la detención. Asimismo, NNAPES en prisión con sus madres pueden verse expuestos a tratos negligentes y violentos, incluyendo la explotación sexual, por parte de su familia, otras personas y personal del centro. La revisión en los accesos para la visita puede ser traumática para niñas y niños y ser acompañados de tocamientos de tipo sexual y malos tratos de parte del personal de seguridad y custodia. • Por lo anterior, es responsabilidad del Estado garantizar que dichas acciones no se lleven a cabo y que se provea a NNA la asistencia psicológica y de servicios basados en el trauma.

		<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollar e implementar protocolos de detención que determinen procesos y medidas para el respeto de los derechos de NNA presentes al momento de la detención. • NNAPES que acuden de visita desde el exterior deben tener acceso a áreas de revisión separados de las personas adultas y ser revisados por personas especializadas y en pleno respeto de su dignidad e integridad física y moral. • El personal de seguridad asignado al área de madres con hijos no debe usar uniformes ni desplegar armas. Asimismo, debe tener un trato de respeto con las mujeres y sus hijos.
20	Protección de los niños privados de su medio familiar.	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollar y fortalecer el sistema de familias de acogida para evitar la institucionalización de NNAPES.
27	<p>Niñas y niños tienen derecho a beneficiarse de un nivel de vida adecuado para su desarrollo y es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionar-selo.</p> <p>Es obligación del Estado adaptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario, mediante el pago de la pensión alimenticia.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Las mujeres privadas de la libertad tendrán la posibilidad de trabajar y estudiar, acudiendo a actividades en el exterior cuando sea posible. • Las mujeres reciben una remuneración justa y puntual, acorde al marco legal vigente. • Los centros penitenciarios, el sector público, privado y no gubernamental implementan programas de capacitación y empleo competitivo adentro de las prisiones en consonancia con el mercado laboral y garantizan continuidad en el empleo para las mujeres que recuperan una libertad. • Apoyar con recursos materiales -casa, alimentación, dinero, transporte, etc.- y de salud física y mental a las personas a cargo de NNAPES, particularmente si se trata de personas adultas mayores.

Fuente: Elaboración propia a partir de Comité DN 2009 y 2011; Constitutional Court of South Africa, 2007; Giacomello, 2018; Nowak, 2019; SCJN, 2019.

II. Reglas de Bangkok

Las Reglas de Bangkok fueron aprobadas en 2010. Si bien no son vinculantes, se basan en la protección de los derechos humanos incluidos en instrumentos vinculantes.¹³ Las Reglas constituyen una ruta de cómo organizar el sistema penitenciario en el caso de las mujeres que se encuentran privadas de la libertad. Sin embargo, las Reglas son enfáticas en promover el uso de medidas alternativas al encarcelamiento, partiendo de cuatro premisas: i) la mayoría de las mujeres en prisión no está acusada de conductas que representan un riesgo para la sociedad; ii) la prisión tiene efectos perniciosos para las mujeres y su proceso de reinserción; iii) las mujeres suelen tener una historia de vida marcada por la violencia de género que impacta en sus procesos de criminalización y iv) la mayoría de las mujeres en prisión tiene a su cargo otras personas, especialmente, a NNA.

Con respecto al tema de mujeres que viven en prisión con sus hijos, las Reglas abordan siete ámbitos principales:

- Los procesos de ingreso y registro y la posibilidad para las mujeres de que se suspenda o difiera la detención en aras de establecer los arreglos de cuidado más oportunos para sus hijos, así como la posibilidad de revisar y modificar dichos arreglos.
- Las condiciones de vida en los centros, con especial atención a la provisión de espacios y servicios adecuados en las áreas médicas, educativas y de esparcimiento, así como en el contacto con el mundo exterior. La provisión de servicios y de insumos para la higiene personal y el aseo, vestimenta adecuada al clima, agua y alimentos, etc., no concierne únicamente a NNAPES, sino también a sus madres.

¹³ Véase, entre otros –mas no de manera exclusiva o limitativa–: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006); Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas; Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia Contra La Mujer “Convención De Belém do Pará” (1994).

- También se establece que las mujeres madres tendrán el derecho de dedicar su tiempo a los cuidados de sus hijos; sin embargo, es importante que esto no menoscabe el derecho de las mujeres al trabajo, la educación y el esparcimiento.
- Con respecto a los registros personales y medidas de revisión, se resalta el respeto de NNAPES y la prohibición de aplicar medidas de sanción y aislamiento en el caso de mujeres embarazadas, mujeres madres que viven con sus hijos en el centro y mujeres en período de lactancia. También se prohíbe el uso de medios de coerción en el caso de las mujeres que estén por dar a luz durante el parto y en el período inmediatamente posterior.
- Las Reglas promueven el contacto de las mujeres con sus familias, particularmente con sus hijos. Por ende, en el ámbito de las sanciones, se establece que las medidas disciplinarias no comprenderán la prohibición del contacto de las mujeres con sus familiares, especialmente con NNAPES. Con respecto a las visitas, las Reglas 26 y 28 establecen en qué condiciones deberán llevarse a cabo las de NNA, en aras de mantener el vínculo y no generar situaciones que afecten al bienestar de la niñez. Este punto es medular, ya que como lo muestran testimonios de NNAPES,¹⁴ la lejanía de los centros y los costos que implica ir de visita, por un lado, y las condiciones de los centros y las revisiones a NNA por parte del personal de seguridad, son de las principales razones por las que se rompe el contacto de las personas en prisión con sus hijos.
- Las Reglas se refieren a la separación de NNAPES de sus madres en prisión. Al igual que en las recomendaciones emitidas por el Comité DN,¹⁵ no establecen una edad límite, más bien recomiendan el uso de una

¹⁴ 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”, 2019: Disponible en: <https://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/Estudio-Regional-Ninez-que-cuenta-web.pdf>

¹⁵ Véase Comité DN, Committee on the Rights of the Child, 30 September 2011. Report and Recommendations of the Day of General Discussion on “Children of Incarcerated Parents. Disponible en:

metodología de caso por caso. En las reglas que se refieren de la separación de hijos de sus madres, se destaca sobre todo el bienestar de NNA, lo cual es compatible con el principio del ISN. Sin embargo, se descuida el bienestar de la madre y los efectos psicológicos y emocionales que la separación puede tener para ella.

- Finalmente, promueven el uso de medidas alternativas al encarcelamiento para las mujeres acusadas de delitos menores y no violentos y particularmente para las mujeres embarazadas o principales cuidadoras de NNA.

Por último, cabe precisar que las Reglas señalan que algunas disposiciones se refieren también a los padres privados de la libertad, en lo que concierne a las responsabilidades parentales.¹⁶

III. Ley Nacional de Ejecución Penal

La LNEP regula la organización de los CERESO, los mecanismos de queja y controversias, el cómputo y sustitución de la pena y la reinserción social como conjunto de derechos y servicios. El conjunto de la ley es aplicable en el caso de las mujeres privadas de la libertad, pero, además, el texto legislativo contiene artículos que se refieren específicamente a las mujeres privadas de la libertad con hijos afuera o que viven en prisión con ellas.¹⁷ Esta sección no pretende analizar el conjunto de dichas disposiciones, sino realizar algunas críticas sobre las disonancias que existen entre la LNEP y el marco internacional de protección de la niñez, en general, y de NNAPES en prisión con sus madres, en particular.

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2011/DGD2011ReportAndRecommendations.pdf>. [Consultado el 18 de julio de 2024].

¹⁶ Cfr. UNODC, “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios”, Austria, UNODC, 2011, párr. 12. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

¹⁷ Art. 10. Derechos de las mujeres privadas de su libertad en un Centro Penitenciario; Art. 33. Protocolos, Fracción XII; Art. 34. Atención médica; Art. 36. Mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos; Art. 43. Restricciones al Aislamiento; Art. 53. Limitaciones al traslado de mujeres privadas de la libertad; Art. 59. Régimen de visitas; Art. 144. Sustitución de la pena.

Los artículos 10. “Derechos de las mujeres privadas de su libertad en un centro penitenciario” y 36. “Mujeres privadas de la libertad con hijas e hijos” contienen dos contradicciones: mientras que el primero permite que NNAPES de hasta tres años de edad vivan con sus madres en prisión, el segundo limita este derecho a niños nacidos durante el internamiento de la madre. Esta contradicción abre la puerta para interpretaciones jurídicas y *de facto* arbitrarias. Mujeres privadas de la libertad entrevistadas por la autora señalan que, en el centro donde se encuentran recluidas, se les ha negado el acceso a niños menores de tres años por no haber nacido durante su internamiento.

En segundo lugar, ambos artículos establecen que se puede ampliar el plazo para que una infancia con discapacidad pueda permanecer con su madre en prisión. El artículo 10 otorga el poder decisorial sobre esta materia a la Autoridad Penitenciaria, mientras que el 36, al juzgado de ejecución penal. Si bien el segundo es más acorde con lo que determina el artículo 23 de la LGDNNA,¹⁸ ambos artículos someten decisiones que conciernen a NNAPES a los criterios de una autoridad que no tiene competencia ni conocimientos especializados en materia de niñez.

Por ende, es plausible afirmar que, bajo las disposiciones de la LNEP, NNAPES son sometidos a las mismas autoridades que las personas privadas de la libertad, lo cual los coloca en una situación legalmente establecida de *presos de facto*.

La imposición de un plazo fijo –tres años– para la permanencia de NNAPES en prisión, contradice la recomendación del Comité DN de realizar una evaluación

¹⁸ Artículo 23. Niñas, niños y adolescentes cuyas familias estén separadas, tendrán derecho a convivir o mantener relaciones personales y contacto directo con sus familiares de modo regular, excepto en los casos en que el órgano jurisdiccional competente determine que ello es contrario al interés superior de la niñez, sin perjuicio de las medidas cautelares y de protección que se dicten por las autoridades competentes en los procedimientos respectivos, en los que se deberá garantizar el derecho de audiencia de todas las partes involucradas, en especial de niñas, niños y adolescentes. *Asimismo, niñas, niños y adolescentes tienen derecho a convivir con sus familiares cuando éstos se encuentren privados de su libertad. Las autoridades competentes en materia jurisdiccional y penitenciaria deberán garantizar este derecho y establecer las condiciones necesarias para que esta convivencia se realice en forma adecuada, conforme a las disposiciones aplicables. Este derecho sólo podrá ser restringido por resolución del órgano jurisdiccional competente, siempre y cuando no sea contrario a su interés superior (cursivas añadidas).*

caso por caso,¹⁹ criterio más acorde a la interpretación del ISN como principio, derecho y norma de procedimiento. En ese sentido se ha expresado también la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en una sentencia que concierne el caso de una mujer privada de la libertad cuya hija salió del centro donde vivía con su madre una vez cumplidos los tres años. Sin entrar en los pormenores del caso, es importante resaltar que la Primera Sala de la SCJN resolvió el amparo en favor de la quejosa (la madre en su propio derecho y en representación de su hija). Entre los argumentos relevantes de la sentencia, se destacan los siguientes:²⁰

- Una vez que le niño cumpla 3 años de edad, la remoción debe realizarse con sensibilidad y gradualidad, siempre que se hayan identificado alternativas de cuidado convenientes para el ISN.
- La forma en la que se ejecute la separación entre hijos y su madre debe partir de una evaluación minuciosa de las condiciones reales del caso, atendiendo a lo que resulte más favorable para los intereses de la infancia.
- Aun cuando la separación resulte necesaria, debe procurarse que madre e hijo mantengan un contacto cercano, frecuente y directo, al máximo de las posibilidades de cada caso.

Regresando a la LNEP, ésta realiza ulteriores discriminaciones en función de la edad de le niño, al establecer, en el artículo 144, “sustitución de la pena”, que sólo en el caso de NNAPES de hasta 12 años de edad o con discapacidad se considerará la aplicación de una medida sustitutiva a la privación de la libertad para la persona principal cuidadora. Este criterio es discriminatorio de las personas que no cumplen con esta condición, particularmente NNA entre 12 y 18 años, quienes son titulares de derecho en igualdad de condiciones que niños menores de 12 años de edad.

¹⁹ Véase Comité DN, Committee on the Rights of the Child..., *op. cit.*

²⁰ Cfr. SCJN, “Reseña del amparo en revisión 644/2016. Primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “Separación gradual, sensible y progresiva de madres y sus menores hijos en centros de reinserción social”, México, SCJN, 2019, pp. 35-37. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-04/res-AZLL-0644-16.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

Otro punto a tomar en cuenta es que las mujeres privadas de la libertad son a menudo proveedoras y cuidadoras no solamente de sus hijos, sino también de personas mayores. En ese sentido, los artículos 144 y 145, “Permisos extraordinarios de salida por razones humanitarias”, deberían contener disposiciones más flexibles para el otorgamiento de medidas sustitutivas y permisos de salida temporales para el cuidado de personas dependientes con discapacidad o problemas de salud crónicos o degenerativos. Lo anterior no pretende reducir el horizonte de libertad de las mujeres a la reproducción de una economía del cuidado clásica basada en la explotación del trabajo no remunerado de las mujeres; simplemente hace eco de las preocupaciones expresadas por las mujeres conocidas y entrevistadas a lo largo de años de trabajo de campo en prisiones femeniles. Los permisos deben aplicarse también para mujeres que viven con sus hijos en el centro y que requieren salir con ellos para la atención de su salud (véase el caso de Gaby, en la tercera sección de este capítulo y las recomendaciones sobre el artículo 23 de la CDN).

También cabe señalar que la LNEP prohíbe la aplicación del artículo 144 así como de otras medidas sustitutivas (libertad condicionada, libertad anticipada y medidas por criterios de políticas penitenciarias) en el caso de delitos específicos –delincuencia organizada, trata de personas y secuestro–, lo cual viola automáticamente la implementación del ISN como consideración primordial en las decisiones que afectan directamente a NNA y sobrepone los intereses del derecho penal y del Estado punitivo a su responsabilidad de tomar en cuenta a NNAPES como titulares de derecho.

Finalmente, la LNEP no contiene ninguna disposición específica para la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad en el caso de mujeres embarazadas. Esto debería constituir un artículo aparte de los que se han señalado hasta el momento e incluir las disposiciones señaladas en el artículo 144, manteniendo el alcance para personas cuidadoras principales –es decir, no solo mujeres ni solo mujeres madres– y abarcando a NNA, sin poner límites de edad debajo de los 18 años. La misma disposición debería formularse también en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) –éste contiene una disposición en este sentido, si bien tibia e insuficiente, en el artículo 166– y en los códigos

penales federal y estatales. La aplicación de una medida no privativa de la libertad en dichos supuestos debería constituir siempre la primera opción y, en caso de tener argumentos para privilegiarse una medida privativa de la libertad, estos deberían fundamentarse.

Como conclusión de esta breve revisión de la LNEP a la luz de los estándares internacionales, es posible afirmar que el marco jurídico nacional en materia de NNAPES en prisión con sus madres requiere de una profunda reflexión y revisión, para la realización de reformas que cierren la actual brecha en el reconocimiento de los derechos de NNAPES, niñas en prisión con sus madres y persona(s)-PdL que son principales cuidadoras de NNA hasta los 18 años de edad y otras personas dependientes o en situación de vulnerabilidad. En las páginas anteriores se ha mostrado que, pese a que el ISN se invoca retóricamente en la LNEP, las disposiciones que regulan la vida en los centros y el contacto con el mundo exterior colocan a NNAPES en una situación de *presos de facto*. Como se muestra en la siguiente parte de este capítulo, dicha condición se profundiza en la vida cotidiana de los centros penitenciarios.

B. NNAPES en prisión con sus madres: condiciones de reclusión en los centros mixtos y femeniles, estatales y federal

El objetivo de esta sección es presentar un panorama cuantitativo y cualitativo las condiciones de vida de NNAPES en prisión con sus madres. Puesto que las condiciones de vida de NNAPES dependen en gran medida de la situación de sus madres, se incluyen también datos sobre las mujeres privadas de la libertad.

Los datos muestran con dureza y sin lugar a dudas la profunda brecha de implementación que existe entre el marco legal y las condiciones de reclusión cotidianas. Nos marcan también las bases para desarrollar propuestas legales y jurídicas concretas, tendientes a reducir el encarcelamiento de mujeres y los impactos de la privación de la libertad sobre sus hijos.

En marzo de 2024 había 232,859 persona(s)-PdL en los 280 centros penitenciarios del país.²¹ Las mujeres privadas de la libertad representan 5.71 % del total, al ser, en el período señalado, 13,299. Entre 2000 y 2024, el crecimiento del número de mujeres en prisión ha sido casi del 100 % –de 6,813 mujeres privadas de la libertad en 2000²² a 13,299 en marzo de 2024–, mientras que, globalmente, el número de mujeres encarceladas subió un 60 % en el mismo lapso.²³

Con respecto a los rangos de edad, datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) indican que más del 70 % de las mujeres tiene entre 18 y 39 años de edad,²⁴ es decir, se trata de mujeres en edad productiva y reproductiva. En términos del nivel de estudio, tanto en el caso de las mujeres como de los hombres, prevalece el nivel de secundaria completa.²⁵ Mujeres que participaron en la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) reportaron mayores porcentajes en Experiencias Adversas en la Infancia que los hombres en prisión.²⁶

La misma fuente indica que, en 2021, el 67.8 % de las mujeres privadas de la libertad manifestó tener hijes menores de edad; de ellas, el 53.4 % señaló tener de dos a tres hijes.²⁷ En el caso de los hombres, los porcentajes fueron, respectivamente, del 60.3 % (tiene hijes *menores de edad*) y 49.2 % (de dos a tres hijes).²⁸ En cambio, las personas que indicaron tener sólo un hijo representan el 41.1 % en el caso de los hombres y 37.7 % en el caso de las mujeres. Es decir, el 90.3 % de

²¹ Cfr. Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, “Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional. Marzo 2024”, México, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2024, p. 3.

²² Información disponible en <https://www.prisonstudies.org/country/mexico>.

²³ Cfr. Fair, Helen y Walmsley, Roy, “World Female Imprisonment List (fifth edition)”, World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research, Reino Unido, 2022, p. 2. Disponible en: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

²⁴ Cfr. INEGI, *op. cit.*, p. 41.

²⁵ Cfr. INEGI, “Encuesta nacional de población privada de la libertad 2021. Principales resultados”, México, INEGI, 2021, p. 14. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

²⁶ *Ibidem*, p. 19.

²⁷ *Ibidem*, p. 23.

²⁸ *Ibidem*, p. 16.

los hombres y 91.1 % de las mujeres que tienen hijos *menores de edad*, tienen en promedio 2 hijos *menores de edad*.

La Tasa Global de Fecundidad de México señalada por el INEGI es de 1.9 hije por mujer.²⁹ Considerando que existe un universo de 232,859 persona(s)-PdL, de las cuales 219,560 son hombres y 13,299 mujeres, se puede estimar que hay aproximadamente 17,131 NNAPES *menores de edad*, hijos de mujeres en prisión (calculando 1.9 por mujer con hijos *menores de edad*) y 250,298 hijos *menores de edad* con su padre privado de la libertad, lo cual arroja un total de aproximadamente 267,429 NNAPES. Cabe subrayar que éste es un cálculo conservador, puesto que casi la mitad de la población con hijos menores señaló tener de dos a tres. Asimismo, esta cifra no abarca a la totalidad de NNAPES que ya superaron la minoría de edad pero que siguen resintiendo las consecuencias de la privación de la libertad de una persona referente adulta.

La externalización de la prisionalización,³⁰ es decir los efectos de lo carcelario en las personas familiares de quienes están privadas de la libertad, tiene una dimensión etaria que afecta principalmente a hijos de las personas en prisión. Pero también tiene una caracterización de género que se cruza con la economía del cuidado,³¹ ya que son mujeres quienes cuidan a hijos de las mujeres privadas de la libertad. Como se muestra en la ENPOL 2021, mientras que hijos de los hombres

²⁹ Gayet, Cecilia Inés y Juárez, Fatima, “Nuevo escenario de baja fecundidad en México a partir de información censal”, *Realidad, Datos y Espacio Revista Internacional de Estadística y Geografía*, México, INEGI, Vol. 12, Núm. 3, septiembre-diciembre, 2021, pp. 124-139.

³⁰ Véase Giacomello, Corina, *Rompiendo la zona del silencio*, Ediciones Dipon, Ediciones Gato Azul, Colombia, 2007.

³¹ La economía del cuidado es uno de los principales –mas no el único– aportes de la economía feminista y puede definirse como sigue: “En un sentido amplio, el contenido del concepto refiere a todas las actividades y prácticas necesarias para la supervivencia cotidiana de las personas en la sociedad en que viven. Incluye el autocuidado, el cuidado directo de otras personas (la actividad interpersonal de cuidado), la provisión de las precondiciones en que se realiza el cuidado (la limpieza de la casa, la compra y preparación de alimentos) y la gestión del cuidado (coordinación de horarios, traslados a centros educativos y a otras instituciones, supervisión del trabajo de cuidadoras remuneradas, entre otros). El cuidado permite atender las necesidades de las personas dependientes, por su edad o por sus condiciones/capacidades (niños y niñas, personas mayores, enfermas o con algunas discapacidades) y también de las que podrían autoproverse dicho cuidado”. Cfr. Rodríguez Enríquez, Corina, “Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad”, *Nueva Sociedad*, núm. 256, marzo-abril 2015, p. 36. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/economia-feminista-y-econo->

en prisión quedan bajo los cuidados de sus madres, en el caso de las mujeres con las personas cuidadoras, son principalmente las abuelas.³²

Con respecto a NNAPES en prisión con sus madres, éstos son alrededor de 300 en todo el país. El Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2023 muestra que, a finales de 2022, se registraron 325 niños menores de seis años que vivían con sus madres privadas en los centros penitenciarios y centros especializados para adolescentes.³³

Ahora bien, NNAPES en prisión con sus madres no son alojados en centros que cumplen con los estándares legales establecidos a nivel internacional y nacional. En marzo de 2024 había 23 centros femeniles,³⁴ uno de ellos federal y los demás estatales. La mayoría de las mujeres se encuentra alojada en los 94 centros mixtos existentes en el país. La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) es enfática en señalar, en el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2022³⁵ y en el Informe Diagnóstico sobre las Condiciones de Vida de las Mujeres Privadas de Libertad desde un Enfoque Interseccional,³⁶ que tanto los centros exclusivos para mujeres como las secciones femeniles en centros para hombres presentan deficiencias en cuanto a los espacios y el acceso a bienes y servicios.

En el Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2022 se señala que en 16 estados se encontraron centros penitenciarios con deficiencias en la atención

mia-del-cuidado-aportes-conceptuales-para-el-estudio-de-la-desigualdad/. [Consultado el 18 de julio de 2024].

³² Cfr: INEGI, “Encuesta nacional de población privada”..., *op. cit.*, p. 23; Cfr: CNDH, *Informe Diagnóstico...*, *op. cit.*

³³ INEGI, “Censo nacional de Sistema Penitenciario”..., *op. cit.*, p. 50.

³⁴ Las entidades que cuentan con centros femeniles son, en orden alfabético, Aguascalientes (1), Chiapas (1), Chihuahua (2) Ciudad de México (2), Coahuila (3), Colima (1), Estado de México (1), Guanajuato (1), Jalisco (1), Morelos (1), Nayarit (1), Nuevo León (1), Oaxaca (1), Puebla (1), Querétaro (1), Sonora (1), Yucatán (1), Zacatecas (1) y el Centro Federal de Readaptación Social CPS 16 “Femenil Morelos”.

³⁵ Véase CNDH, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*, México, CNDH, 2023. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-06/DNSP_2022.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

³⁶ Véase CNDH, *Informe Diagnóstico sobre las condiciones de vida de las mujeres privadas de libertad desde un enfoque interseccional*, México, CNDH, 2022. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/Informe_Diagnostico_Mujeres_Privadas_Libertad.pdf. [Consultado el 18 de julio de 2024].

a mujeres y/o menores (*sic*) que viven con ellas.³⁷ Con respecto a los servicios disponibles para niños que viven en prisión con sus madres, en el citado Informe³⁸ se destaca que sólo cuatro³⁹ estados cuentan con algún tipo de CENDI dentro del sistema penitenciario para la atención de hijos de las mujeres privadas de la libertad y 11 cuentan con cuneros,⁴⁰ guarderías⁴¹ y juegos infantiles en los patios.⁴² Sin embargo, las mujeres entrevistadas para el Informe de la CNDH manifiestan las dificultades para hacer uso de la infraestructura, e incluso señalan que en algunos centros se mantienen cerradas.⁴³

Indicativo de la falta de servicios de cuidado es la cantidad de tiempo que las madres pasan ocupándose de sus hijos: datos de la ENPOL 2021 reportan que el 81.1 % de las mujeres pasa entre 19 y 24 horas al día dedicadas al cuidado de sus hijos.⁴⁴ Asimismo, el 34 % de las mujeres refiere que quienes les ayudan en el cuidado de sus hijos son otras compañeras internas, y sólo 6.7 % señala a personal del centro como otro actor que participa en los cuidados.⁴⁵

Los siguientes datos de la ENPOL 2021 presentados en la siguiente tabla serían casi irónicos si no fueran trágicos: la primera columna muestra a qué bienes y

³⁷ Cfr. CNDH, *Diagnóstico Nacional...*, *op. cit.*, pp. 608-610.

³⁸ Cfr. CNDH, *Informe Diagnóstico...*, *op. cit.*, pp. 190-192.

³⁹ Chihuahua, Ciudad de México, Jalisco y Morelos.

⁴⁰ Cuneros en Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Guanajuato, Estado de México, Morelos (estatal y Cefereso 16), Nuevo León y Nayarit, San Luis Potosí, Yucatán y Zacatecas.

⁴¹ Guarderías en Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Nuevo León, Oaxaca, Tabasco, Yucatán y Tamaulipas.

⁴² Juegos infantiles en Aguascalientes, Chiapas, Chihuahua, Ciudad de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco (Estatil y Militar), Estado de México, Morelos (estatal y el Cefereso 16), Nuevo León, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Yucatán y Zacatecas.

⁴³ *Ibidem*, p. 192.

⁴⁴ Cfr. INEGI, "Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021. Tabulados básicos. vi. Centro Penitenciario. 6.85 "Población de mujeres privada de la libertad de 18 años y más con hijos menores de doce años viviendo el Centro Penitenciario por grupos etarios según cantidad de horas que dedica al día al cuidado de sus hijos", México, INEGI, 2021a. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/#tabulados>. [Consultado el 18 de julio de 2024].

⁴⁵ Cfr. INEGI, "Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021. Tabulados básicos. vi. Centro Penitenciario. 6.84 "Población de mujeres privada de la libertad de 18 años y más con hijos menores de doce años viviendo dentro del Centro Penitenciario por grupos etarios según actor que participa en el cuidado de sus hijos", México, INEGI, 2021a. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/#tabulados>. [Consultado el 18 de julio de 2024].

servicios tuvieron acceso las mujeres encuestadas que viven con sus hijos y la segunda indica por cuáles servicios tuvieron que pagar. Por ejemplo, en la primera se muestra que el 56.9 % de las mujeres contestó haber tenido acceso a medicamentos. Sin embargo, de acuerdo con la segunda columna, el 71.3 % tuvo que pagar por ellos.

Tabla 2. Porcentaje de mujeres que viven con sus hijos y que reciben bienes y servicios

Bien o servicio	Porcentaje de mujeres que vive con sus hijos y que lo ha recibido	Porcentaje que ha tenido que pagar por ello
Vacunas	81.5%	18.4%
Servicios médicos	77.4%	61%
Medicamentos	56.9%	71.3%
Artículos de higiene personal	17.9%	51.4%
Pañales	34%	60.3%
Área exclusiva para dormir	48.5%	1.3%
Guardería	44.9%	6.6%
Ropa	17.5%	39.4%
Calzado	13.7%	40.8%
Material educativo	13.3%	9.2%

Fuente: elaboración propia a partir de INEGI, ENPOL 2021. Tabulados básicos. vi. Centro penitenciario. 6.77 “Población de mujeres privada de la libertad de 18 años y más con hijos menores de doce años viviendo dentro del Centro Penitenciario por grupos etarios, bienes y servicios proporcionados por el Centro Penitenciario a los hijos”, y 6.83 “Población de mujeres privada de la libertad de 18 años y más con hijos menores de doce años viviendo dentro del Centro Penitenciario que ha pagado por algún bien o servicio para sus hijos en los últimos doce meses, sin incluir alimentos, por bienes y servicios julio 2020 a julio 2021”.

La falta de acceso a bienes y servicios gratuitos se torna más compleja cuando recordamos los perfiles socioeconómicos de las mujeres –ya que se trata de

mujeres que vienen principalmente de contextos de pobreza—. Si bien el 73 % de las mujeres señaló haber trabajado una semana antes de su detención,⁴⁶ datos de la ENPOL muestran que estaban empleadas principalmente en la economía informal y que percibían ingresos bajos: 55 % de las mujeres contaba con ingresos de máximo \$5,500 pesos mexicanos el mes antes de la detención y una de cada 3 percibía menos de \$3,000 pesos mexicanos.⁴⁷ Asimismo, las mujeres recibían menos ingresos que los hombres en la misma situación y la diferencia de ingresos con los hombres es más alta conforme aumentan las ganancias. Los promedios nacionales se agudizan en los estados más pobres del país: en Chiapas, por ejemplo, 78 % de las mujeres en prisión ganaba entre \$3,000 y \$5,500 antes de su detención; en Oaxaca el porcentaje en 2022 era de 65.9 % y en Guerrero de 68.4 %.

El acceso al trabajo remunerado en los centros es esencial, puesto que es con su trabajo que las mujeres se mantienen a sí mismas y a sus hijos adentro y afuera; sin embargo, no siempre está garantizado: en la ENPOL 2021 se reporta que el 71.6 % de los hombres y 63.8 % de las mujeres realizaba actividades laborales en el centro de detención.⁴⁸ De las personas que trabajan, el 87 % de los hombres y de las mujeres señalan recibir una remuneración por el trabajo realizado. Sin embargo, en algunos estados, los porcentajes son aún menores: por ejemplo, en Ciudad de México, un 76 % de las mujeres que trabajan dicen que reciben una remuneración; en Morelos es el 70.4 % y en Querétaro, cuyo centro femenino es de los mejores evaluados,⁴⁹ sólo el 57 % afirma ser remunerada por su trabajo. Baja California Sur es particularmente preocupante, ya que sólo el 13 % de las mujeres percibe una remuneración por su trabajo.⁵⁰

⁴⁶ Cfr. INEGI, “Encuesta nacional de población privada”..., *op. cit.*, p. 25.

⁴⁷ Cfr. INEGI, “Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021. Tabulados básicos. ii. Antecedentes generales. 2.53 “Población privada de la libertad de 18 años y más por sexo, según ingresos recibidos el mes antes de su detención”, México, INEGI, 2021a. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/#tabulados>. [Consultado el 18 de julio de 2024].

⁴⁸ Cfr. INEGI, “Encuesta nacional de población privada”..., *op. cit.*, p. 119.

⁴⁹ Véase CNDH, *Diagnóstico Nacional*..., *op. cit.*

⁵⁰ Cfr. INEGI, “Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad 2021. Tabulados básicos. vii. Vida intracarcelaria. “Población privada de la libertad de 18 años y más que realiza alguna actividad de trabajo, en el Centro penitenciario para obtener un pago o beneficio por entidad federativa y sexo según condición de remuneración monetaria por la actividad realizada”, México, INEGI, 2021a. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/#tabulados>. [Consultado el 18 de julio de 2024].

El siguiente testimonio describe con claridad las precariedades y los abusos a los cuales están sujetas las mujeres y sus hijos en prisión. Se trata de Gaby,⁵¹ una mujer de origen zapoteco que permaneció privada de la libertad en Oaxaca durante siete años, de 2012 a 2019, por transporte de marihuana.⁵² Gaby procede de una comunidad y de una familia en situación de vulnerabilidad extrema, misma que se agudizó tras su paso por la prisión. Su involucramiento en delitos de drogas se debió a la pobreza, y, específicamente, a la falta de servicios de salud públicos, gratuitos y de calidad para la atención de su segundo hijo, quien nació con parálisis cerebral.

Mi nombre es Gaby. Yo estuve en el reclusorio femenino de Tanivet –Oaxaca– desde el 2012 hasta el 2019, por delitos contra la salud. Me detuvieron por posesión de droga en la carretera rumbo a México, me llevaron a la PGR en donde violaron totalmente mis derechos. Yo no sabía hablar en español, el español lo aprendí en la cárcel, no me pusieron intérprete, me violaron mis derechos humanos, hicieron que yo firmara un papel en donde decía que yo era absolutamente responsable de lo que estaba haciendo.

Yo tengo un bebé con parálisis cerebral. Ahorita [en 2023], tiene 12 años, va a cumplir 13 años el 18 de agosto y, para mí fue un tema muy complicado estar con un bebé con parálisis cerebral durante mi estancia en el reclusorio femenino. También tuve un embarazo ahí, tuve una niña. Estuve siete años en la cárcel y durante unos tres años estuvo mi hijo conmigo, porque, bueno, nuestra situación en familia fue algo complicada. Al principio mi mamá era la que cuidaba a mis hijos y después mi hija mayor tuvo que ingresar a una casa hogar cristiana y mi hijo tuvo que estar viviendo conmigo durante 3 años en las estancias del reclusorio femenino de Tanivet y, al poco tiempo mi mamá también llegó a ser parte del reclusorio, ella tuvo problemas y ella también fue parte del reclusorio... Al poco tiempo también

⁵¹ Gaby participó como ponente en el seminario “Mujeres privadas de la libertad, maternidades y derechos de la niñez en México. Perspectivas jurídicas y empíricas comparadas”, organizado por la Universidad Autónoma de Chiapas en el marco del proyecto CONAHCYT CF-2023-G-168, el 22 de septiembre de 2023. También fue facilitadora en dos talleres dirigidos a las personas integrantes del mismo proyecto. Su testimonio es retomado de dichas participaciones.

⁵² Giacomello, Corina, “The gendered impacts of drug policy on women: Case studies from Mexico”, en Buxton, Julia (ed.) et al., *Drug Policies and Development. Conflict and Coexistence, International Development Review*, núm. 12, Graduate Institute, Suiza, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/poldev.3966>. [Consultado el 18 de julio de 2024].

mi hermana llegó. Entonces yo no tenía ningún apoyo afuera, ni quién me apoyara ni quién viera por mis hijos. Entonces, pues prácticamente yo tenía que trabajar doblemente para cubrir los gastos de alimentación, medicina, pañales y lo demás que se necesita para estar ahí adentro. También en los tiempos de fríos no hay acceso de muchas cobijas, hay un límite en la ropa, hay un límite en las cobijas, por ejemplo: en la ropa únicamente son cinco mudas de ropa, no podemos tener más ropa y no podemos tener más cobijas y no podemos tapar las puertas y las ventanas en temporadas de frío. Fue un martirio también, porque hubo bastante frío en una temporada, entonces tampoco no nos permitían el acceso a ropa, no podíamos tener más ropa, más calzado, únicamente eran un par de sandalias, un par de zapatos y un par de tenis. tEntonces, pues prácticamente yo tenía que trabajar doblemente para cubrir los gastos de alimentación, medicina, pañales y lo demás que se necesita para estar ahí adentro. También en los tiempos de fríos no hay acceso de muchas cobijas, hay un límite en la ropa, hay un límite en las cobijas, por ejemplo: en la ropa únicamente son cinco mudas de ropa, no podemos tener más ropa y no podemos tener más cobijas y no podemos tapar las puertas y las ventanas en temporadas de frío. Fue un martirio también, porque hubo bastante frío en una temporada, entonces tampoco no nos permitían el acceso a ropa, no podíamos tener más ropa, más calzado, únicamente eran un par de sandalia. Y, por otra parte, también la limitación de la comida: no podíamos ingresar frutas para nuestros hijos porque son frutas que fermentan, porque los pueden hacer alcohol y, pues uno, bueno, yo como madre, jamás en mi cabeza pensaría en hacer algo ilícito adentro pues si yo lo que quiero es salir, lo que quiero es tener un buen comportamiento para que me puedan dar la libertad más pronta y para poder estar con mis hijos. Entonces eso también fue uno de los sufrimientos terribles de que no hay acceso a la justicia, de que todo tiene que ser limitado, todo tiene que ser por poquito, y las frutas eran prohibidas, no podíamos tener acceso a ello, para la alimentación de nuestros hijos. Fueron tres años de martirio durante el tiempo que estuvo mi hijo conmigo y hasta cuando llegó una directora, esa directora fue muy amable porque ella es abogada y, ella trató de ayudarme, de ver la manera en que mi hijo pudiera recibir una atención médica y de que pudiera estar en un lugar seguro y estable, y fue así como me enlazó con el DIF de la ciudad de Oaxaca y me fueron a ver. Entonces, ahí también ¡hubo una pelea interior!, en que yo ya estaba tan acostumbrada a mi hijo... que él dormía en mis brazos, como las camas son individuales y muy pequeñas, únicamente dormíamos estando abrazados, de otra manera, no podíamos acomodarnos. Me acostumbré tanto a mi hijo, que

cuando el DIF fue a verme para que mi hijo tuviera una oportunidad de ingresar allá y que ellos le dieran la alimentación, terapias, atención médica, y todo eso, para mí fue un momento de desesperación, porque yo no sabía que hacer, estaba tan acostumbrada a mi hijo y pensar en una forma egoísta de decir: bueno, yo quiero tener a mi hijo aquí porque yo quiero estar con él, quiero tenerlo, verlo diario, atenderlo, cambiarle la ropa, estarle dando su alimentación, pero también no tenía acceso a las terapias, él no tenía acceso a la medicina, entonces, dije: tomo la decisión pues mi hijo no es el que está preso, soy yo la que esta presa y darle una oportunidad a mi hijo ¡me arranca el alma!, ¡me destroza totalmente por dentro! porque estoy tan acostumbrada a él y, tenía tanto miedo de que él se fuera porque él no habla, no come solo, no se sienta, todo el tiempo está acostadito, usa pañales, la comida se la tengo que dar en la boca, entonces fue un momento aterrador para mí porque me preguntaba: ¿cómo saber realmente si mi hijo va a estar bien? ¿Qué tal si sufre maltrato? ¿Qué tal si pasa por esto? Pero también hay otra parte en donde digo ¿qué tal si le dan atención?, ¿qué tal y si mejora? ¿qué tal si aquí pasamos más frío, sufrimos más? y, ¿qué tal si allá obtenga una mejor vida? Entonces, dejé de pensar en mí y pensé en mi hijo, fue así como el salió y se fue al DIF.

El testimonio de Gaby nos permite asomarnos a los procesos de criminalización que sufren algunas mujeres y a la altísima vulnerabilidad en la que viven ellas y sus hijos. La dolorosa decisión de sacar a su hijo del centro fue motivada por la imposibilidad de conciliar el derecho de su hijo a la salud y a permanecer con su madre, siendo ella, entonces como ahora, la única que puede proveerle de los cuidados que necesita. No únicamente los cuidados físicos, sino emocionales.

Son innumerables las historias que las mujeres en prisión nos pueden compartir sobre las violencias que vivieron antes de entrar a prisión, en la detención y durante la reclusión y cómo éstas últimas son vividas también por sus hijos. Esto no es exclusivo de los centros estatales, sino que, de manera distinta, se presenta también el centro femenino federal.

El CEFERESO 16 en Morelos es el único centro federal femenino del país y amerita unas consideraciones específicas. Ubicado en una zona calurosa y poco conectada a los principales centros habitados cercanos, esta mole de cemento y alambrado

de púas alberga a alrededor de 1,175 mujeres,⁵³ procedentes de todo el país y, en consecuencia, alejadas de sus familias.

El centro tiene como resultado inmediato y prolongado el aislamiento de las mujeres y su progresivo abandono por parte de la pareja y de sus hijos. Las madres que viven con sus hijos habitan en un área separada, lo cual permite que NNAPES no cohabiten en ambientes prevalentemente adultos y que puedan estar separados de la vida “en los módulos”. Esto, sin embargo, no los aísla de lo carcelario, ni de las rejas ni de los uniformes y del trato a veces despóticos de ciertas personas de seguridad y custodia. Tampoco los protege de decisiones arbitrarias por parte del personal directivo.

Asimismo, la ubicación del lugar vuelve muy difícil para las familias ir de visita, lo cual reduce la posibilidad de preservar el contacto tanto con el hijo que sale definitivamente del centro como con NNAPES que permanecen afuera. Los días de visita de un módulo cambian cada semana, es decir, si una semana toca un martes, la siguiente será un miércoles y así sucesivamente. Esto se traduce en una dificultad añadida para el contacto con el mundo exterior, ya que las actividades educativas y laborales no tienen la flexibilidad que el régimen penitenciario demanda.

NNAPES en prisión con sus madres sufren también el aislamiento y están sometidos a horarios y constricciones que los convierte en *presos de facto*. Se encuentran apartados de estímulos sensoriales e intelectuales y experimentan también la falta de contacto con el mundo exterior, sus familias, hermanas y hermanos.

Una vez cumplidos los tres años, se lleva a cabo su salida definitiva y acontece la separación de la madre, a raíz de la cual los niños y sus madres sufren la ruptura de un lazo que, en sus primeros años de vida, es prácticamente exclusivo, para luego volverse en una ausencia que tal vez, por la duración de los procesos y de las sentencias, no se repare jamás.

⁵³ Cfr. Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana, *op. cit.*, p. 26.

La autora de este capítulo ha tenido la oportunidad de visitar dicho penal en varias ocasiones entre 2015 y 2023, gracias al apoyo de las autoridades a cargo. He entrado como integrante del Comité de Evaluación del Sistema Penitenciario Nacional, como visita de una mujer privada de la libertad y como investigadora, realizando grupos focales y entrevistas individuales. El último acceso fue en octubre de 2023 para realizar entrevistas con mujeres madres que viven con sus hijos.

Las impresiones generadas por estas visitas y los intercambios sostenidos con mujeres privadas de la libertad es que este centro simplemente no debería existir y que, de mantenerse, no debería alojar a mujeres. Este penal concentra, simbólica y físicamente, el lugar de las mujeres y de sus hijos en el sistema penitenciario mexicano: un lugar aislado, de olvido e invisibilización. Las mujeres con las cuales he tenido la oportunidad de conversar a lo largo de los años reportan un sinfín de situaciones, incluso cuando el sistema penitenciario se encuentra bajo autoridades competentes y sensibles: la falta de medicamento pediátrico, por ejemplo, es una de ellas. Como lo reportan las mujeres a NNAPES “les dan medicamento para adultos, pero en dosis más bajas”.

El área de mamás con hijos no cuenta con personal especializado, sino que NNAPES siempre están con sus madres y con el mismo grupo reducido de mamás y demás niños. Esto reduce la posibilidad de empleo, educación y esparcimiento para las mujeres y las oportunidades de desarrollo para sus hijos. Además, puede conducir a conflictos o situaciones violentas, que no son más que la consecuencia de la convivencia forzada 24 horas, siete días a la semana.

El centro cuenta con un área de juegos al aire libre, pero por las altas temperaturas y el régimen del centro éstos no son de libre acceso. NNAPES no tienen la libertad de entrar y salir del espacio donde viven confinados, sino que están sujetos al mismo régimen y horarios que sus madres.

Las mujeres con las que hablé en octubre de 2023 se quejaban –al igual que las mujeres con las que hablé en ocasiones anteriores– de la calidad y de la falta de variedad de la comida para sus hijos.

Una queja recurrente era la manera arbitraria y desposta con la cual la directora en turno –reemplazada por otra en noviembre de 2023–⁵⁴ había suspendido las videollamadas con NNA que viven afuera, cortando en único lazo que muchas veces tienen.

Una mujer que participó en las entrevistas en octubre de 2023 acaba de sacar a su hija de tres años del centro de manera definitiva y, desde la salida, no había tenido contacto con ella porque la directora se lo negó. La señora estaba en un estado de estrés y desesperación palpable. Sobre ella pesaba una condena de 30 años y, por razones políticas, la imposibilidad de regresar a su estado de origen. Otra mujer vivía con su hijo de dos años. Afuera vivía su hija mayor, de nueve años, con el padre, quien a veces sacaba de manera temporal al hijo menor para que éste pudiera convivir con su familia y vivir afuera del penal. El deseo de la mujer era poder volver a su entidad de origen, para estar más cerca de la hija mayor. Sin embargo, las autoridades –no quedó claro si las del centro, judiciales o de otra índole– le aconsejaban que no solicitara su traslado, ya que esto hubiera conllevado la imposibilidad de vivir con su hijo o hija en el centro de destino, lo cual es falso, puesto que, en la entidad de origen de la señora, hay niñas viviendo en prisión con sus madres; además, el derecho de la mujer de vivir con su hijo y viceversa está claramente establecido en la LNEP. Cabe añadir que esta mujer tiene una sentencia de diez años por delincuencia organizada, delito por el cual se prohíbe de manera automática el acceso a beneficios preliberacionales o sustitutivos de la pena.

Este breve recorrido por las condiciones de reclusión de NNAPES en prisión con sus madres nos refuerza, desde una perspectiva cuantitativa y cualitativa, la conclusión de que niñas que viven en prisión con sus madres en México no son, en términos generales, sujetos de derecho. Como lo trasmite con extrema claridad el testimonio de Gaby, tan doloroso y tan actual, el sistema penal y penitenciario de México fracasan diariamente con sus propósitos de reinserción, respecto de

⁵⁴ Guillén, Beatriz, “Tragedia en la cárcel de mujeres: así estalló la ola de suicidios en el Cefereso 16”, *El País*, 2024. Disponible en: <https://elpais.com/mexico/2024-05-22/tragedia-en-la-carcel-de-mujeres-asi-estallo-la-ola-de-suicidios-en-el-cefereso-16.html>. [Consultado el 18 de julio de 2024].

los derechos humanos y del ISN. NNAPES son sometidos a las carencias y a las arbitrariedades que caracterizan la vida de los centros. Lejos de ser tratados como sujetos de protección reforzada, siguen siendo considerados apéndices de sus madres.⁵⁵

Sin duda, las condiciones varían de centro a centro y también de acuerdo con cada situación. Por ende, es importante contar con marcos legales claros e instituciones que cumplan cabalmente con los derechos de les niñas en prisión con sus madres y, al mismo tiempo, con las herramientas y la capacidad para tomar decisiones flexibles, basadas en una evaluación de caso por caso.

En el siguiente apartado se presentan algunas recomendaciones orientadas a un abordaje de las infancias afectadas por el encarcelamiento de sus madres u otras personas cuidadoras apegado a los derechos humanos.

Conclusiones

En este capítulo se ha analizado el marco internacional y nacional de protección de los derechos de NNAPES que viven en prisión con sus madres y de mujeres privadas de la libertad, así como las condiciones de vida en los centros penitenciarios en México.

Mediante el análisis jurídico, se ha evidenciado una primera brecha de implementación, ya que la LNEP dista de apegarse a los estándares internacionales. Al someter a niñas a las autoridades que están a cargo de las personas privadas de la libertad, se conceptualiza a niñas como *presos de facto*. Asimismo, la ley contiene diversas disposiciones que, pese a que invocan retórica y sistemáticamente el ISN, conllevan su violación automática.

Posteriormente, mediante el análisis cuantitativo y cualitativo, se visibiliza una segunda brecha de implementación: la que existe entre el marco jurídico y las

⁵⁵ Véase Giacomello, Corina, *Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada*, SCJN, México, 2018.

condiciones cotidianas de las cárceles en México. Se muestra que NNAPES en prisión con sus madres viven prevalentemente en centros mixtos o en centros femeniles que, en términos generales, no cuentan con las condiciones de vida adecuadas para ellas y sus madres. Asimismo, se encuentran sometidos a las mismas restricciones que sus madres en términos de acceso a bienes y servicios, incluyendo la comida, y el contacto con el mundo exterior. La maternidad en prisión es una experiencia dura y dolorosa, llena de precariedades y violaciones a los derechos básicos. El perfil económico de las mujeres impacta directamente en la situación NNAPES que viven con ellas en prisión puesto que, en términos generales, los centros no suelen proveer los insumos básicos a los cuales tienen derecho los niños, como alimentación adecuada, ropa, productos de higiene, agua potable y medicamentos, sino que todo debe ser adquirido por las madres por medio de su trabajo o con el apoyo de sus familias.

Por lo anterior, es oportuno buscar alternativas exitosas a nivel nacional e internacional e impulsarlas para transformar la forma en que el sistema penitenciario y el sistema de justicia penal tratan a las mujeres en prisión y a sus hijos. En este sentido, tanto en la Tabla 1, como en la sección sobre la LNEP se realizan propuestas concretas que apuntan a cambios legislativos, jurídicos y de implementación de políticas públicas. Éstas apuntan, de manera general, a tres desenlaces:

- La obligatoriedad de aplicar el ISN como consideración primordial en el caso de NNAPES, y, por ende, la necesidad de llevar a cabo los ajustes legislativos, judiciales y de políticas públicas que vuelvan dicha obligatoriedad efectiva. Esto implica, sólo como ejemplo y entre otras cuestiones detalladas con más profundidad en el capítulo, eliminar las prohibiciones para aplicar beneficios preliberacionales y medidas sustitutivas a personas sentenciadas por delincuencia organizada, trata de personas y secuestro.
- La implementación *a priori* de medidas alternativas al encarcelamiento en el caso de personas gestantes o principales cuidadoras principales de NNA, bajo la definición de niños como personas sujetas de derecho de hasta 18 años. En caso de optar una medida privativa de la

libertad, esto debe argumentarse. Lo que se propone, en otros términos, es que se invierta la práctica actual –fundamentada en un marco legal que carece de perspectiva de género e ISN, por la cual la prisión se aplica como primera opción, tanto en fase de proceso como de sentencia–, por una donde prevalezca la aplicación de medidas no privativas de la libertad.

- En el caso de las mujeres a las cuales no se les otorga una medida alternativa, deberá garantizarse la convivencia con su hijo, asegurando la existencia y funcionamiento de guarderías o instalaciones autónomas para mujeres con niños, que cuenten con los insumos y servicios necesarios, así como con personal especializado, y que les permitan a las mujeres trabajar y estudiar. Asimismo, no deberá imponerse un límite de edad máximo, sino realizar evaluaciones periódicas con equipos multidisciplinarios y bajo una autoridad judicial competente en tema de niñez y familia.

Dichas reformas deberían formar parte de un movimiento que, en línea con los estándares internacionales, tenga como objetivo reducir el encarcelamiento de mujeres embarazadas y con hijos, puesto que el tiempo en prisión es un tiempo de violaciones de derechos humanos legitimado por el Estado. Es particularmente urgente parar de inmediato el aislamiento de las mujeres privadas de la libertad en el CEFERESO 16.

Finalmente, no debe olvidarse que, si bien este capítulo se enfoca en niños que viven con sus madres, hay cientos de miles de NNAPES y mujeres cuidadoras que sufren la cotidiana trascendencia de la pena.

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas

BELLIS, Mark A., Ashton, Kathryn, Hughes, Karen, Ford, Katharine, Bishop, Julie y Paranjothy, Shantini, “Welsh Adverse Childhood Experiences (ACE) Study: adverse childhood experiences and their impact on health-harming behaviours in the Welsh adult population”, *Public Health Wales NHS Trust*, Reino Unido, 2015. Disponible en: «https://www.ljmu.ac.uk/~media/phi-reports/pdf/2016_01_adverse_childhood_experiences_and_their_impact_on_health_harming_behaviours_in_the.pdf.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

CNDH, *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria*, CNDH, México, 2023. Disponible en: «https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2023-06/DNSP_2022.pdf.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

CNDH, *Informe Diagnóstico sobre las condiciones de vida de las mujeres privadas de libertad desde un enfoque interseccional*, CNDH, México, 2022. Disponible en: «https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/Informe_Diagnostico_Mujeres_Privadas_Libertad.pdf.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA, “Case CCT 53/06 [2007] ZACC 18. M versus The State”, Sudáfrica, Constitutional Court of South Africa, 2007. Disponible en: «<https://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2007/18.pdf>.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

FAIR, Helen y WALMSLEY, Roy, “World Female Imprisonment List (fifth edition)”, Reino Unido, World Prison Brief, Institute for Crime & Justice Policy Research, 2022. Disponible en: «https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

GAYET, Cecilia Inés y JUÁREZ, Fatima, “Nuevo escenario de baja fecundidad en México a partir de información censal”, *Realidad, Datos y Espacio Revista Internacional de Estadística y Geografía*, INEGI, México, vol. 12, núm. 3, septiembre-diciembre, 2021.

GIACOMELLO, Corina, *Rompiendo la zona del silencio*, Ediciones Dipon, Colombia, 2007.

GIACOMELLO, Corina, *Niñas y niños que viven en prisión con sus madres. Una perspectiva jurídica comparada*, SCJN, Ciudad de México, 2018.

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, Argentina, 2019. Disponible en: «<https://www.cwslac.org/nnapes-pdd/docs/Estudio-Regional-Ninez-que-cuenta-web.pdf>.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

GIACOMELLO, Corina, “The gendered impacts of drug policy on women: Case studies from Mexico”, en Buxton, Julia (ed.) *et al.*, *Drug Policies and Development. Conflict and Coexistence*, *International Development Review*, núm. 12, Suiza, Graduate Institute, 2020. Disponible en: «<https://doi.org/10.4000/poldev.3966>.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

GUILLÉN, Beatriz, “Tragedia en la cárcel de mujeres: así estalló la ola de suicidios en el Cefereso 16”, *El País*, 2024. Disponible en: «<https://elpais.com/mexico/2024-05-22/tragedia-en-la-carcel-de-mujeres-asi-estallo-la-ola-de-suicidios-en-el-cefereso-16.html>.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

INEGI, “Encuesta nacional de población privada de la libertad 2021. Principales resultados”, México, INEGI, 2021. Disponible en: «https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2021/doc/enpol2021_presentacion_nacional.pdf» [Consultado el 18 de julio de 2024].

INEGI, “Encuesta nacional de población privada de la libertad 2021. Tabulados básicos”, México, INEGI, 2021 a. Disponible en: «<https://www.inegi.org.mx/programas/enpol/2021/#tabulados>.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

INEGI, “Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2022. Presentación de resultados generales”, México, INEGI, 2023. Disponible en: «https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspfe/2023/doc/cnsipef_2023_resultados.pdf.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

JONES, Adele D. y Wainaina-Woz’na, Agnieszka E., *Children of Prisoners. Interventions and mitigations to strengthen mental health*, Reino Unido, University of Huddersfield, 2012. Disponible en: «<https://childrenofprisoners.eu/wp-content/uploads/2019/02/COPINGFinal.pdf>.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

MURRAY, Joseph, Bijleved, Catrien C. J. H, Farrington, David P. y Loeber, Rolf, *Effects of parental incarceration on children. Cross-national comparative studies*, Estados Unidos, American Psychological Association, 2014.

NOWAK, Manfred, *The United Nations Global Study on Children Deprived of their Liberty*. Disponible en: «<https://omnibook.com/view/e0623280-5656-42f8-9edf-5872f8f08562/page/1>, 2019.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

RODRÍGUEZ Enríquez, Corina, “Economía feminista y economía del cuidado. Aportes conceptuales para el estudio de la desigualdad”, *Nueva Sociedad*, núm. 256, marzo-abril 2015. Disponible en: «<https://nuso.org/articulo/economia-feminista-y-economia-del-cuidado-aportes-conceptuales-para-el-estudio-de-la-desigualdad/>.» [Consultado el 18 de julio de 2024].

SCJN, “Reseña del amparo en revisión 644/2016. ‘Separación gradual, sensible y progresiva de madres y sus menores hijos en centros de reinserción social’”, México, SCJN, 2019. Disponible en: «https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2019-04/res-AZLL-0644-

16.pdf.» [Consultado el 18 de julio de 2024]. SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y PROTECCIÓN CIUDADANA, “Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional. Marzo 2024”, México, Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2024.

B. Legislación nacional

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

C. Legislación internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la Violencia Contra La Mujer “Convención De Belém do Pará”.

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

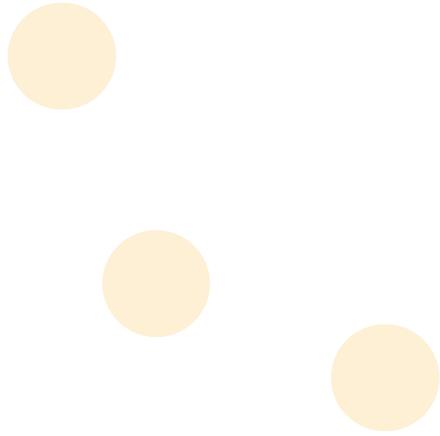
D. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

Comité DN, CRC/C/GC/12, *Observación general n° 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009.

Comité DN, *Committee on the Rights of the Child, 30 September 2011. Report and Recommendations of the Day of General Discussion on “Children of Incarcerated Parents*, 2011.

Comité DN, CRC/C/GC/14, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 29 de mayo de 2013.

UNODC, *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes y sus Comentarios*, Austria, UNODC, 2011.



Capítulo

7. Abordaje de la ejecución penal desde la perspectiva intercultural y antirracista

Yuteita Valeria Hoyos Ramos*

* Maestra en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y Coordinadora de la Red Nacional de Abogadas Indígenas RAI AC.

Abordaje de la ejecución penal desde la perspectiva intercultural y antirracista.

A. Contexto de las personas indígenas en reclusión. B. Marco jurídico, estándares normativos y jurisprudenciales de protección a la población indígena en materia de ejecución penal. C. México, Bolivia, Ecuador y Canadá, pasado colonizador y necesidad presente de reivindicación indígena a través de la mirada intercultural y antirracista en la ejecución penal. D. Buenas prácticas para el acceso a la justicia en materia de ejecución penal con perspectiva intercultural y antirracista. Bibliografía.

A. Contexto de las personas indígenas en reclusión

El sistema de justicia penal en México ha vivido grandes transformaciones legislativas en los últimos 16 años, que, de la mano con las reformas en materia de derechos humanos, dio un giro considerable, especialmente en su ámbito procesal incluyendo el sistema de ejecución penal. Esta dupla permitió visibilizar las denuncias sobre violaciones graves a derechos humanos que por años fueron ignoradas por muchas instancias de justicia en el país; además a través del principio de convencionalidad se han construido narrativas jurídicas novedosas, basadas no solamente en los derechos humanos reconocidos a nivel internacional sino también a través de los precedentes jurisprudenciales de cortes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH). Las sentencias emitidas por tribunales supranacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) empezaron a generar nuevas interpretaciones ligadas a poblaciones históricamente vulneradas, entre ellas, las personas y pueblos indígenas y afrodescendientes.

I. Breve recorrido histórico del sistema penitenciario en México

No es la primera vez que existen cambios tan radicales en la legislación mexicana, de hecho, antes de que nuestro territorio fuera nombrado como una nación; lo

que hoy es México se componía de diferentes naciones autónomas que interactuaban entre sí; y ya contaban con formas de castigo y disciplina sociales, es decir existían diversos sistemas jurídicos que no se encontraban unificados por un poder central.

Se sabe de la existencia de complejos sistemas de justicia donde destacan del derecho azteca y el derecho maya, ambos estrictos y con penas severas y con gran rigurosidad en los procedimientos; aunque no se cuenta con vastos rastros escritos, algunos autores afirman que a partir del análisis etnolingüístico puede conocerse un poco sobre las formas de administración de justicia jerarquizadas y distribuidas en diferentes competencias como el derecho civil, penal y mercantil. En materia penal, las penas abarcaban el castigo corporal, la flagelación o azotes, mutilaciones y la pena de muerte, entre otras. Cabe resaltar que el modelo de justicia en esta época tendía a generar un mejor funcionamiento de un modelo teocrático, es decir que conjugaba el orden social, civil, religioso y espiritual, como una necesidad de asegurar el equilibrio de sus sociedades.

Como sabemos, durante la conquista, colonización y el colonialismo, aún vigente, se impusieron nuevas formas de organización social, religiosa, administrativa, política, incluyendo lo concerniente a las leyes. Al considerarse, la Nueva España, como una colonia, le fue aplicable la legislación europea vigente en esos momentos, así como aquellas normas expedidas por la Corona, consistentes en Cédulas Reales dictadas por el Consejo Real y Supremo de las Indias, que favorecía mayoritariamente a españoles y criollos, evidenciando la construcción de un sistema racista. Las Leyes de Indias, integradas por las Leyes de Burgos y las Leyes Nuevas, fueron consideradas textos de avanzada, ya que otorgaron algunos derechos a la población originaria frente a los colonizadores, incluso con penas menores a la población no indígena; sin embargo, esto tampoco aseguró el bienestar de la población indígena e incluso en algunos casos profundizaron la visión asistencialista que posicionó al indígena como incapaz. Durante el Virreinato el máximo Tribunal fue el Real y Supremo Consejo de Indias, entre sus tribunales especializados se encontraban:

(...) el Juzgado General de Indios y los tribunales de la Acordada, del Consulado, de la Universidad, de Real Hacienda, Protomedicato, Minería, militares, eclesiásti-

cos y de Inquisición, entre otros (...) Por otra parte, se encontraban las instituciones encargadas de recluir y castigar a los presos. A un par de años del establecimiento de la Real Audiencia sólo existía una cárcel en lo que hoy es Palacio Nacional, el cual pertenecía a Hernán Cortés en un primer momento y luego fue adquirido por la monarquía, pero en la medida que avanzó la conquista se erigieron cárceles en distintos sitios. Esto sólo comenzó a corregirse con los primeros esfuerzos del virrey Juan de Acuña (1722-1734) por reglamentar su funcionamiento. Para entonces, en el ámbito civil, existía el presidio de Perote, la fortaleza de San Juan de Ulúa, así como la cárcel de la Acordada y la Real Cárcel de la Corte. En el aspecto eclesiástico, el Tribunal del Santo Oficio contaba con las cárceles perpetuas y secretas (...)¹

Se crearon cárceles en cada ciudad, es decir se generaba una lógica del castigo exportada del pensamiento judeocristiano europeo. Entre las sanciones se encontraban la pena de muerte, la tortura y los castigos corporales; además, en este período se construyeron cárceles sin planificarse debidamente. En este lapso, gran parte de los sistemas normativos internos (indígenas) incluidos los sistemas de cargos y administración de justicia y otros casos, se empezaban a sincretizar con las formas de organización española en diversos ámbitos de la vida, como la religiosa, la espiritual, la social, incluyendo la política y la administración de justicia.

Con la lucha de independencia se consolidó la idea de conformar un nuevo Estado, sin embargo, al no ser el plan inicial de este movimiento no se logró inmediatamente, se tuvo que transitar por intentos de crear nuevamente un poder monárquico y regresar el poder político a la Corona española, hasta llegar a constituir una república. Como no se había previsto la construcción de un país con postulados propios, los ganadores de esa tarea se vieron altamente influenciados por la “modernidad” de países europeos y de Estados Unidos, así como pensamientos de corriente liberal. De esta forma construyó, jurídica y políticamente, un México sustentado en una Constitución, pero nuevamente, dejando de lado las diferentes formas de organización de los pueblos indígenas, que, cabe decir, aún se mantenían. Para este momento, la pena de muerte seguía siendo la pena por excelencia;

¹ Véase Gobierno de México, *Algunas penas y prácticas penitenciarias en la Nueva España*, Archivo General de la Nación, México, 2022. Disponible en «<https://www.gob.mx/agn/es/articulos/algunas-penas-y-practicas-penitenciarias-en-la-nueva-espana?idiom=es>» [Consultado el 11 de mayo de 2024].

cuestionada en más de una ocasión a nivel legislativo, pero abolida a nivel federal del Código Penal federal hasta 1929.²

Para el período posrevolucionario, se promulga la Constitución de 1917, la cual recoge principios básicos de aplicación a la materia penal y la ejecución penal como el principio de legalidad y debido proceso; reconoce derechos fundamentales bajo el nombre de "garantías individuales" y su corte social, reivindica a la clase trabajadora y la población rural campesina; sin embargo, deja de lado a la población indígena, a la que equipara como ésta última a los trabajadores del campo, a pesar de existir algunas coincidencias, también había enormes diferencias empezando con que las comunidades indígenas contaban con sistemas de usos y costumbres, el discurso de la igualdad tan alabado por unos en realidad invisibiliza a un gran número de personas. En este período aún persistían los fusilamientos y penas basadas en la guerra.

II. Racismo del sistema carcelario en México y la ejecución penal en el derecho indígena

Si bien vemos un avance en el sistema de ejecución penal, la línea impuesta durante el proceso de colonización se mantiene vigente, es decir la lógica carcelaria y de corte racista sigue en pie, legitimada por una sociedad clasista. En esta línea de ideas, el papel que juegan las cárceles en la sociedad ha sido ampliamente explorado y debatido en los ámbitos político, filosófico, económico, sociológico, cultural, entre otros, la crítica se centra en muchos de estos casos, en el corte racista y clasista de los centros de reclusión y en general del sistema de justicia. Sería inverosímil no coincidir en esta línea de pensamiento, pues la población indígena, negra, no blanca, racializada, es la que estadísticamente se encuentra en un alto grado de vulnerabilidad en las cárceles; el mayor ejemplo a nivel mundial es Estados Unidos de América, donde la población negra tienen tres veces más probabilidades de morir a manos de la policía que los blancos, y 4.5 veces más

² Islas de González Mariscal, Olga, *La pena de muerte en México*, Boletín mexicano de derecho comparado, Instituto de Investigaciones jurídica-UNAM, México, núm. 131, 2011, pp. 907-915. Disponible en «https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000200019» [Consultado el 14 de mayo de 2024].

de ser encarcelados, esto conforme a datos del Informe de País “A/HRC/54/CRP.7: Mecanismo internacional de expertos independientes para promover la justicia y la igualdad raciales en el contexto de la aplicación de la ley. Visita a los Estados Unidos de América”.³

México es un país constitucionalmente reconocido como pluricultural, sustentado originalmente en sus pueblos indígenas, que reconoce la libre determinación y la autonomía de los mismos y de los pueblos afroamericanos, conforme al artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). En el apartado A, fracciones I, II y III, del citado numeral, se establece que los pueblos indígenas tendrán el derecho a la libre determinación y en consecuencia a la autonomía para regirse bajo sus propios sistemas normativos internos, elegir a sus autoridades conforme a sus normas internas respetando los derechos de las mujeres y decidir sus formas internas de convivencia; un logro de la reforma de agosto del año 2001, resultado del levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), en 1994, que pugnaba por el respeto a la autonomía y todas las políticas públicas que acechaban la seguridad, la identidad, los territorios y formas de organización social de los pueblos. Así las cosas, en México existe más de un sistema penal y más de un sistema de ejecución penal, el pluralismo jurídico es tan amplio como el número de comunidades indígenas que mantienen dichas formas de organización local.

A pesar de lo anterior, aún no se garantiza la aplicación de la justicia desde una perspectiva intercultural y peor aún, se han perpetuado prácticas racistas desde el poder público en sus tres órdenes. Con frecuencia se sabe de casos donde existieron violaciones al procedimiento, desde la etapa de investigación, hasta la ejecución de la pena; donde no se pregunta a la persona indígena, si se autoadscribe como tal, se asume que si hablan español lo entienden completamente, que saben de sus derechos como víctimas o imputados, carecen de intérpretes,

³ Véase ONU, A/HRC/54/CRP.7: Mecanismo internacional de expertos independientes para promover la justicia y la igualdad raciales en el contexto de la aplicación de la ley - Visita a los Estados Unidos de América, Informe de países, 2023. Disponible en «<https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/ahrc54crp7-international-independent-expert-mechanism-advance-racial>» [Consultado el 14 de mayo de 2024].

traductores, de pruebas idóneas como periciales en antropología social y cultural y otras que fortalezcan la perspectiva intercultural y antirracista. Tal como lo hemos señalado en el recorrido histórico, esto es consecuencia del proceso colonial y colonialista bajo el que han estado sujetos los pueblos y comunidades indígenas, y que hoy en día se refleja en diferentes aspectos de la vida.

Las condiciones del sistema penitenciario en México cambiaron adjetivamente al aprobarse las reformas del 2008 y con la expedición de la Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) el 16 de junio de 2016, que ordenó la observancia de los derechos humanos de las personas en reclusión, con base en los principios rectores del sistema penitenciario: dignidad, igualdad, legalidad, debido proceso, transparencia, confidencialidad, publicidad, proporcionalidad y reinserción social. Sin embargo, las condiciones actuales distan de ese objetivo, la población en los centros de internamiento aún sobrepasa la capacidad real, específicamente en los del fuero común, donde sigue siendo un reto generar las estrategias que disminuyan el crimen, la inseguridad y la administración de los centros penitenciarios. Conforme al Censo Nacional de Sistema Penitenciario Federal y Estatales 2023:

(...) al cierre de 2022, 226,077 personas se encontraron privadas de la libertad/ internadas en los centros penitenciarios federales y estatales (224,766 adultos y 1 311 adolescentes). De este total, 18 976 (8.4 %) correspondieron al ámbito federal y 207 101 (91.6 %) al estatal. Además, 94.4 % fueron hombres y 5.6 %, mujeres. Con respecto a 2021, se registró un aumento de 2.6 % en el total de la población privada de la libertad/ internada (...)” “al cierre de 2022, 7,506 (3.3 %) personas privadas de la libertad/ internada pertenecían a algún pueblo indígena. Del total, se reportó que las personas originarias del pueblo náhuatl concentraron 16.6 por ciento. Del total de personas pertenecientes a pueblos indígenas, 262 (3.5 %) correspondieron a los centros penitenciarios federales y 7,244 (96.5 %) a los estatales y centros especializados. En comparación con lo reportado en 2021, la cantidad de personas que pertenecían a algún pueblo indígena aumentó 6.4 % en 2022.⁴

⁴ Véase INEGI, *Censo Nacional de Sistemas Penitenciarios Estatales 2023*, México, 2023. Disponible en «<https://www.inegi.org.mx/programas/cnsipee/2023/>» [Consultado el 20 de mayo de 2024].

Estos datos muestran una baja, pero significativa cifra de personas indígenas en reclusión actualmente, porque son números acordes a la proporción de personas indígenas auto adscritas en México. Conforme a datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) “El cuestionario Ampliado del Censo de Población y Vivienda 2020, se estimó que, de acuerdo con su cultura, 23.2 millones de personas de tres años y más se autoidentificaron como indígenas. De estas, 51.4 % (11.9 millones) fueron mujeres y 48.6 % (11.3 millones), hombres. De los 23.2 millones de personas que se autoidentificaron como indígenas, 7.1 millones (30.8 %) hablaban alguna lengua indígena”.⁵ Esto nos indica, según el INEGI, que el 19.4 % de la población del rango de edad de 3 o más años se identifica indígena. Y si el 3.3 % de la población en reclusión es de origen indígena nos encontramos frente a un gran número de personas con estas características, ya sea con o sin sentencia.⁶

Repasando estos antecedentes es preciso mencionar la necesidad de observar el contexto y llevar la reflexión bajo un enfoque antirracista, entendiendo que el racismo es: “...un sistema de dominación de un grupo sobre otro basado en la racialización de las diferencias, en el que se articulan las dimensiones interpersonal, institucional y cultural. Se expresa a través de un conjunto de ideas, discursos y prácticas de invisibilización, estigmatización, discriminación, exclusión, explotación, agresión y despojo.”⁷ Esta definición fue aportada por Daniel Buraschi y María-José Aguilar-Idáñez quienes además afirman que el racismo se basa en dos elementos: 1) la dominación como principio estructurador del sistema, del poder y la opresión, y 2) la racialización, es decir, el considerar naturales o esenciales, las diferencias fenotípicas, sociales, culturales, como supuestos marcadores de un “raza”; ambos como condiciones deterministas de quién es o cómo deber ser

⁵ Véase INEGI, Estadísticas a propósito del Día Internacional de los Pueblos Indígenas, sala de prensa, 8 de agosto de 2022. Disponible en «<https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/noticia.html?id=7519>» [Consultado el 20 de mayo de 2024].

⁶ Véase INEGI, Censo Nacional de Sistemas Penitenciarios Estatales 2023, México 2023. Disponible en «https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnsipee/2023/doc/cnsipee_2023_resultados.pdf» [Consultado el 20 de mayo de 2024].

⁷ Buraschi, Daniel; Aguilar Idáñez, María José, “Herramientas conceptuales para un antirracismo crítico-transformador”, *Revista Tabula Rasa*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, núm. 26, 2017, pp. 171-191. Disponible en «<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39652540009>». [Consultado el 25 de mayo de 2024].

una persona. Dicho concepto va de la mano con el de Interculturalidad crítica, planteada por Ximena Amariles González como una perspectiva que critica que se erige desde abajo, desde las comunidades, como:

“(…) un proyecto social, político, educativo, cultural y epistémico que apunta a la decolonialidad del ser y del saber. Y en este sentido, representa un proyecto existencial y ontológico que debe estar presente en cada una de las dimensiones de la vida del individuo y de la comunidad, en la medida en que se configura desde el día a día, desde el encuentro con el otro y con el mundo, promoviendo así la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida alternativas, a partir de las cuales los saberes, tradiciones, luchas e intereses de las poblaciones que han sido oprimidas a lo largo de la historia empiecen a ser escuchadas, visibilizadas y reconocidas auténticamente. Por tanto, la interculturalidad crítica “(…) se asienta en la necesidad de una transformación radical de las estructuras, instituciones y relaciones de la sociedad; por eso, es eje central de un proyecto alternativo” (Walsh, 2008, pp. 140-141).”⁸

Siguiendo estas ideas, desde la mirada de la antropología y sociología jurídicas, es pertinente mencionar que el sistema de justicia penal en México mantiene un perfil racista, pues de la historia colonial se demuestran claramente las estructuras de poder que aún se mantienen vigentes y siguen perpetuando la cárcel para la población racializada y el poder para las personas blancas y blanqueadas. El recorrido histórico que hemos realizado pone de manifiesto cómo se fue armando la estructura del derecho penal en México y las leyes que lo legitiman. Asimismo, tampoco podemos negar que el sistema de justicia penal y el de ejecución penal contenidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la LNEP, por mencionar el fundamento básico, constituyen la única forma de ejercer dicha justicia, pues vivimos en un país donde convergen múltiples Sistemas Normativos Internos (SNI), expresiones de los cientos de localidades indígenas en México en las que coexiste también el pluralismo en la ejecución penal.

⁸ Amariles González, Ximena, “Interculturalidad crítica en América Latina: abriendo caminos”, *Revista CoPaLa. Construyendo Paz Latinoamericana*, Red CoPaLa. Construyendo Paz Latinoamericana, año 4, núm. 8, julio-diciembre, 2019, p. 230. Disponible en «<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=668170995015>» [Consultado el 30 de mayo de 2024].

B. Marco jurídico, estándares normativos y jurisprudenciales de protección a la población indígena en materia de ejecución penal

El marco normativo fundamental es el contenido en la Carta Magna, pues desde los artículos 1 y 133 constitucionales reconoce el control de convencionalidad que abre la puerta al principio de progresividad y pro persona de los derechos humanos. En este sentido, los instrumentos internacionales que son aplicables a las personas indígenas (individuales o colectivas) y que encontramos con mayor relevancia son los siguientes.

I. Carta de las Naciones Unidas

Es el instrumento más relevante a pesar de su carácter exclusivamente declarativo, se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre organización internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Contiene dentro de su artículo 1 el respeto al principio de igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos, así como a la no discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Por lo tanto, ninguna persona indígena debe ser señalada por su origen étnico o cultural, sin importar cuál sea su lengua materna y sus prácticas culturales.

II. Convenio Número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

Adoptado en Ginebra, Suiza, por la 76a Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 1989, recopila antecedentes promulgados también por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), especialmente el Convenio núm. 107, adoptado en 1957, aplicable a los pueblos tribales en países independientes, cuyas características especiales los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional y a aquellos pueblos, también en países independientes, considerados indígenas debido a su ascendencia. Dentro de sus artículos 9 y 10 establece el derecho de los pueblos a utilizar sus propios métodos tradicionales para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, siempre y cuando el sistema jurídico nacional

la permita en reconocimiento de los Derechos Humanos (DDHH), y por otro lado establece el derecho de las personas indígena a tener un trato diferenciado ante el sistema penal del Estado, indica que al momento de imponerse penas se deben tomar en cuenta las costumbres, sus características económicas, sociales y culturales; y no priorizar el encarcelamiento como pena. Los numerales 11 y 12 protegen a los miembros de los pueblos, al indicar que las leyes internas deben proteger sus derechos, incluyendo el poder iniciar procedimientos legales, personalmente o por conducto de organismos representativos, y el derecho de acceder a la justicia, así como contar con la garantía de contar con las medidas para comprenderse a través de intérpretes u otros medios.

III. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007 en Nueva York, continua la línea de la Convención 169 de la OIT y a la Convención 107, establece, entre otros derechos, algunos relevantes para el tema que nos ocupa, en los artículos 1, 5, 34 y 40: El derecho a la no discriminación y a vivir sin ningún tipo de violencia por pertenecer a un pueblo indígena; el derecho de los pueblos a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, así como las costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos y prácticas; manteniendo a la vez su derecho a participar en la Justicia del Estado, caso en el cual tendrán derecho a que sean tomadas en cuenta sus costumbres, tradiciones y normas jurídicas internas (que tienen derecho a promover, desarrollar y mantener), así como el DIDH.

IV. Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX) el 21 de diciembre de 1965, define el término “discriminación racial” como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o

por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. Prevé que los Estados parte se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a *eliminar la discriminación racial en todas sus formas* y a promover el entendimiento entre todas las razas. Contempla entre otros derechos el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia.

V. Reglas de Bangkok

Fueron aprobadas el 16 de marzo de 2011 por la Asamblea General de la ONU y tienen como objetivo establecer un piso mínimo en materia de prevención del delito y justicia penal relacionadas principalmente con el tratamiento de las personas privadas de su libertad. En este sentido, estas reglas retoman el análisis de grupos minoritarios, específicamente, de las personas indígenas y las pertenecientes a determinados grupos étnicos y raciales, por lo que es necesario que los Estados provean de programas y servicios amplios en que se aborden esas necesidades como grupo.

VI. Declaración Americana de Derechos Humanos

Es el instrumento jurídico fundante del SIDH, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica. Contiene el reconocimiento de los derechos humanos sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

VII. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Adoptada en la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 14 de junio 2016 en su 46a. Asamblea General, reconoce una amplia gama de derecho, entre

ellos: el derecho a la libre determinación de los pueblos, por la que determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural; el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; el derecho a sus sistemas o instituciones jurídicas, sociales, políticos y económicos; a su personalidad jurídica como pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos humanos; tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas; a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

VIII. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

A nivel nacional, México, como ya dijimos, reconoce el derecho de los pueblos en el artículo 2 de la CPEUM, dispositivo compuesto por tres apartados. El primero, letra “A” contiene todos los derechos sustantivos de las personas indígenas, entendiendo que existen personas físicas con derechos individuales y personas morales con derechos colectivos, dentro de estos derechos encontramos la libre determinación y en consecuencia autonomía para decidir sus formas internas de convivencia y organización; elegir de acuerdos a sus propias normas, procedimientos, y prácticas tradicionales a sus autoridades y/o representantes para el ejercicio de sus formas internas y propias de gobierno garantizando la participación real y efectiva de las mujeres; preservar y enriquecer sus lenguas maternas y otros elementos propios de la identidad y cultura de cada pueblo, acceder a las diferentes modalidades de tenencia y propiedad de la tierra; y a elegir representantes indígenas ante ayuntamiento bajo el principio de paridad. Respecto al acceso a las justicias la fracción II otorga el derecho a:

(...) Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución

Federal, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.⁹

Y en caso de así decidirlo, también será posible acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, tomando en cuenta en todo momento las costumbres y especificidades culturales.

El apartado “B” se enfoca a las obligaciones del Estado en esta materia, tales como promover la igualdad de oportunidades de todas las personas indígenas y eliminar prácticas discriminatorias; impulsar el desarrollo de las economías locales en las distintas regiones indígenas en todo territorio del país buscando mejorar las condiciones de vida de las personas; otorgar asignaciones presupuestales directo en las comunidades indígenas a través de las autoridades municipales. Otra tarea del Estado es establecer la obligatoriedad de crear un sistema de becas para estudiantes indígenas en todos los niveles, así como crear programas educativos con contenido propio de las comunidades que reivindique su historia y herencia cultural; proporcionar y asegurar el acceso efectivo a los derechos de salud con perspectiva intercultural, implementar acciones que faciliten el acceso al derecho a la vivienda y al financiamiento público y privado, a las redes de comunicaciones, vías de comunicación y telecomunicaciones estableciendo las condiciones para que sean los pueblos quienes puedan adquirir, operar y administrarlos. Asimismo, también deben establecer políticas sociales para proteger a las personas indígenas migrantes incluyendo a los jornaleros agrícolas, dentro y fuera del territorio nacional garantizando los derechos laborales, las condiciones de salud especialmente de las mujeres e infancias, protegiendo y promoviendo sus DDHH y sus culturas originarias.

El apartado “C” adicionado en el año 2019, reconoce por primera vez a los pueblos y comunidades afromexicanas independientemente de la autodenominación, y reconoce su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social en los términos de los apartados anteriores.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2.

A este numeral, se suman los artículos 1, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 de la misma, que contienen las garantías de legalidad y seguridad jurídica que toda la ciudadanía goza, términos y plazos en caso de detenciones, flagrancia, las etapas de investigación, complementaria, la disposición de que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, aquellos casos donde es aplicable la prisión preventiva. También contempla los derechos de cualquier víctima e imputado dentro de las diferentes etapas del procedimiento penal (investigación inicial, investigación complementaria, etapa intermedia, juicio oral, sentencia y ejecución penal). El artículo 18 determina respecto al sistema penitenciario que:

(...) se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.¹⁰

Cabe resaltar que en los artículos constitucionales que contemplan la justicia penal en México no encontramos ninguna mención ni alusión a las formas de organización indígena, tampoco un enfoque Intercultural y mucho menos una perspectiva antirracista.

IX. Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas

Se publicó el 4 de diciembre de 2018 en el *Diario Oficial de la Federación*, abrogando la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, por medio de ésta se creó el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) con el carácter de organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, no sectorizado, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía operativa, técnica, presupuestal y administrativa. El objeto del INPI es definir, normar,

¹⁰ *Ibidem*, artículo 18.

diseñar, establecer, ejecutar, orientar, coordinar, promover, dar seguimiento y evaluar las políticas, programas, proyectos, estrategias y acciones públicas, para garantizar el ejercicio y la implementación de los derechos de los pueblos indígenas y afroamericanos, así como su desarrollo integral y sostenible y el fortalecimiento de sus culturas e identidades, conforme a lo dispuesto en la CPEUM y en los instrumentos jurídicos internacionales que México ha firmado.

X. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

Es marco para las leyes locales en prevención y eliminación de la discriminación, contiene el concepto de discriminación, el cual se entiende como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo. También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia.¹¹

Este instrumento establece la obligación y necesidad de las autoridades de establecer medidas de nivelación, es decir aquellas que buscan hacer efectivo el acceso de todas las personas a la igualdad real de oportunidades eliminando las barreras físicas, comunicacionales, normativas o de otro tipo, que obstaculizan el ejercicio de derechos y libertades prioritariamente a las mujeres y a los grupos en situación

¹¹ Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, artículo 1.

de discriminación o vulnerabilidad. Entre estas medidas encontramos el realizar diseño y distribución de comunicaciones oficiales, convocatorias públicas, libros de texto, licitaciones, entre otros, en formato braille o en lenguas indígenas y el uso de intérpretes y traductores de lenguas indígenas.

También será necesario realizar acciones afirmativas, es decir medidas especiales, específicas y de carácter temporal, a favor de personas o grupos en situación de discriminación, cuyo objetivo es corregir situaciones patentes de desigualdad en el disfrute o ejercicio de derechos y libertades, aplicables mientras subsistan dichas situaciones. Y éstas serán prioritariamente aplicables hacia personas pertenecientes a los pueblos indígenas, afrodescendientes, mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores.

XI. Ley General de Educación

Establece la obligatoriedad del Estado de promover mediante la enseñanza el conocimiento de la pluralidad lingüística de la Nación y el respeto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas, es decir contar con educación bilingüe e intercultural. Dicta que el Sistema Educativo Nacional atenderá de manera especial las escuelas en que, por estar en localidades aisladas, zonas urbanas marginadas o comunidades indígenas, puedan estar en mayor la posibilidad de atrasos o deserciones, mediante la asignación de elementos de mejor calidad, para enfrentar los problemas educativos de dichas localidades.¹²

XII. Ley Nacional de Ejecución Penal

Se publica el 16 de junio de 2016, como parte del sistema penal acusatorio en ese momento, de reciente creación, nace con el objeto de establecer las normas a cumplir durante el internamiento por prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad impuestas por resolución judicial; los conflictos que puedan surgir de esto y para regular los medios para lograr la reinserción

¹² Ley General de Educación.

social. Contempla a la población indígena de forma somera pero relevante al ordenar que los centros penitenciarios deben evaluar la pertenencia a su comunidad indígena y adoptar los medios necesarios para que las personas indígenas privadas de la libertad puedan conservar sus usos y costumbres, dentro de las limitaciones naturales que impone el régimen de disciplina del Centro y que no padezcan formas de asimilación forzada, se menoscabe su cultura, o se les segregue.

XIII. Estándares internacionales

Ahora bien, dentro del marco jurídico internacional de protección a la población indígena se derivan algunos estándares internacionales mínimos, que nos permiten precisar el alcance y las obligaciones de los Estados frente a estos derechos humanos:

- En materia de reconocimiento del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas se prevé el derecho a establecer, promover y desarrollar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales.
- En materia de derecho a la identidad e integridad de los pueblos indígenas de manera amplia, se protegen las prácticas tradicionales y su revitalización, el mantener, proteger y transmitir expresiones culturales pasadas, presentes y futuras de su cultura, y a tener a su propio patrimonio cultural; en consecuencia, tienen derecho a la tierra, territorio y recursos naturales base para el desarrollo de sus actividades culturales.
- En materia de reconocimiento del derecho a la tierra, territorio y recursos naturales de los pueblos indígenas, se contempla el derecho a la propiedad y posesión sobre las tierras de ocupación ancestral, a fortalecer su propia relación espiritual con las tierras y recursos naturales, a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen por propiedad tradicional; derecho a la reparación y/o restitución, o en su caso, una indemnización justa y equitativa por las

tierras, a los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. También incluye el derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos; a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o el uso de las mismas, y a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

- En materia de derecho a la participación, consulta y consentimiento previo, libre e informado, tanto a nivel individual como colectivo, y desde una dimensión interna y otra externa.
- En materia de reconocimiento del derecho a la participación y consulta de los pueblos indígenas, incluye el derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos con los Estados u otras partes; y a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales; a un proceso de deliberación pronta bajo el debido proceso, a que se les reconozca y respeten sus métodos propios de justicia, en términos de la constitución política; y a acceder a procesos legales en protección de sus derechos humanos.
- En materia de reconocimiento del derecho a la salud de los pueblos indígenas la atención se debe recibir sin discriminación y obtener el más alto nivel posible de salud física y mental, y con pertinencia cultural; a promover, desarrollar y mantener la medicina y prácticas tradicionales de salud, y el espacio territorial para desarrollarla.
- En materia de reconocimiento del derecho a la educación de los pueblos indígenas el poder acceder a todos los niveles de educación, sin discriminación, a la creación y administración propia de sus instituciones y sistemas de educación, a adquirir educación con pertinencia lingüística, a promover educación intercultural reconociendo la diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones.

- En materia de derecho a la vivienda, los pueblos indígenas tienen derecho a alcanzar iguales condiciones de vida que el resto de la población y acceso a una vivienda digna y adecuada, sin discriminación; a ser consultados, a participar en el diseño de programas de vivienda y el previo consentimiento libre e informado; y a la tierra y territorio de ocupación ancestral.
- En materia del derecho de los pueblos indígenas al trabajo se contempla el derecho al pleno goce de todos los derechos laborales garantizados por el derecho internacional del trabajo y el derecho nacional de los Estados, sin discriminación de ningún tipo, al mejoramiento de sus condiciones de vida, y disponer de garantías sociales del trabajo para ello, en igualdad con los demás trabajadores, y a asociarse de manera libre y colectiva para la defensa de sus derechos laborales.
- En materia del derecho de los pueblos indígenas a sus idiomas propios se protege el derecho a transmitir, fomentar y revitalizar sus idiomas propios, su cultura oral y sistemas de escritura propios, a controlar y mantener sus medios de comunicación propios y a difundir su propia lengua por dichos medios; a acceder a una educación en su propia lengua, así como también a acceder y dominar la lengua oficial de los Estados.
- En materia del derecho de los pueblos indígenas al patrimonio incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, así como también tienen derecho a manifestarlo, practicarlo y enseñarlo; a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual sobre sus objetos culturalmente significativos o rituales, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

XIV. Sistemas normativos internos

Los sistemas de justicia indígena existen y coexisten en América desde antes de 1542. El orden social se regulaba, al igual que en muchas partes del mundo, bajo reglas preestablecidas por la costumbre, la moral, la visión ética, desde la influencia

religiosa e incluso la espiritualidad. En México es hasta el 14 de agosto de 2001 que se establece en el texto constitucional, armonizando la legislación interna con la externa, y que hoy se robustece de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Como ya hemos expuesto anteriormente, poco se sabe del sistema de justicia penal antes del período colonial, pues como toda campaña colonialista, ésta tuvo entre sus objetivos exterminar la historia e identidad de los pueblos, situación que no lograron, pero sí se perdió material escrito y oral en torno a esta materia en especial, el mismo caso corre la Ejecución Penal Indígena (EPI). Sin embargo, los sistemas jurídicos indígenas siguen vivos y vigentes y es a partir de su reconocimiento que también reluce la coexistencia de la EPI.

Los Sistemas Normativos Indígenas (SNI) también son conocidos como usos y costumbres, y aunque algunas personas afirman que no es el término correcto, éste sigue siendo ampliamente utilizado en las comunidades. El doctor Orlando Aragón Andrade, considera que contienen diferencias contundentes respecto al sistema jurídico del Estado, y dice al respecto a los SNI:

“(…) Podemos decir que tienen tres características comunes: su naturaleza oral, su orientación cosmológica y su carácter colectivista (...) nuestra propuesta para definir al sistema normativo indio es la siguiente: La intuición de un orden, enmarcado en un eje cultural propio y materializado en un sistema que regula la vida social (o comunal), con capacidad de adaptación histórica, que es practicado y desarrollado por los pueblos indígenas en donde todas las fuerza, elementos, energías y razones que existen en la naturaleza son solidarias, y donde el hombre es tomado en cuenta como parte de ellas como ente colectivo.”¹³

Desde mi perspectiva, los SNI, a diferencia del sistema jurídico estatal, son aquellas estructuras jurídicas que crean y recrean normas de convivencia preponderantemente orales, basadas en las formas de vida ancestrales y con una cosmovisión

¹³ Aragón Andrade, Orlando, “Los sistemas jurídicos Indígenas Frente al Derecho Estatal en México, una defensa del pluralismo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núm. 118, enero-abril de 2007. Disponible en: «https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000100001». [Consultado el 23 de mayo de 2024].

concreta. Éstos recogen un legado cultural e histórico propio de las culturas originarias donde se expresa el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación. Gracias a la permanencia de estos sistemas, en algunos casos podemos acceder a la justicia de forma más pronta y expedita, mayormente asequible y con transparencia.

C. México, Bolivia, Ecuador y Canadá, pasado colonizador y necesidad presente de reivindicación indígena a través de la mirada intercultural y antirracista en la ejecución penal

Desde la década de los noventa del siglo pasado se empezó a gestar en Latinoamérica una intención de transformar el sistema penal, esto como una necesidad de otorgar mayor certeza a procedimientos infestados de irregularidades. Se pretendía que con la oralidad se aceleraran los procesos y había un anhelo de disminuir la corrupción e impunidad, realidades comunes en toda Latinoamérica. Los primeros países en dar el paso fueron Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Venezuela y Argentina, siendo éste último el país que marcó una pauta trascendente, por la profundidad de sus reformas. Para la primera década del siglo XXI se sumaron Bolivia, Paraguay, Chile, Ecuador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Colombia, Perú, Panamá, Uruguay y México (que lo hizo en 2008). En esta transición de la justicia penal se llevaron a cabo encuentros académicos, institucionales y de la propia sociedad civil con el fin de aportar a los siguientes pasos de dichas reformas, pues no sólo se limitarían a una cuestión meramente administrativa sino también abarcarían aspectos filosóficos de cómo materializar el nuevo paradigma y llevarlo a las aulas de enseñanza universitaria; incluso de las múltiples capacitaciones para servidores públicos como para cualquier profesional del derecho.

México tiene mucho en común con los países vecinos: el lenguaje, la diversidad natural y cultural, así como similitudes en sus procesos históricos. Algunos de estos países fueron colonizados por países europeos y les fue impuesta una estructura basada en la idea de la superioridad de razas y creencias religiosas, siguió un proceso de independencia, en algunos casos, procesos de revueltas populares y, finalmente, guerras civiles para consolidar el Estado que hoy conforman. Otros

elementos comunes con los países ya mencionados es el español como lengua dominante que permite la comunicación a nivel jurídico y político para relacionarse exitosamente entre ellos, pero además muchas de estas naciones cuentan con múltiples lenguas originarias. Finalmente, no menos importante es el esquema político y económico, incluso de problemáticas sociales compartidas como la seguridad pública, la gobernabilidad y la tendencia a gobiernos populistas; que mantienen en la misma línea a estos países, ya que el sistema penal acusatorio llega como parte de una propuesta introducida a presión de países extranjeros como Estados Unidos y Canadá, como parte de compromisos económicos plasmados en tratados internacionales; sumado a que varios forman parte de la OEA.

Ahora bien, como ya hemos dicho con antelación, en la aplicación de penas y su ejecución el elemento racial en las estadísticas de personas privadas de su libertad es trascendente, pues gran parte de éstas, son personas racializadas, entre ellas, indígenas. Partiendo de este enfoque consideramos relevante comparar el contexto social y jurídico institucional de México con el de Bolivia y Ecuador. En los tres casos, los pueblos indígenas resguardaron parte de sus formas de vida y hoy defienden su libre determinación y también han emprendido una lucha por su autonomía para ejercer sus propios sistemas normativos internos. No sólo se insertaron en el modelo de justicia penal acusatorio a tiempos similares, también a nivel constitucional encontramos diversas coincidencias que nos permiten realizar un análisis comparado de la tendencia constitucional multicultural y cómo ésta ha evolucionado al reconocimiento intercultural, pero con deudas aún pendientes.

A pesar de lo anterior, también encontramos referentes norteamericanos respecto a la multiculturalidad, de hecho, Canadá es el referente internacional de la multiculturalidad y dado el cuestionamiento de sus naciones originarias, hoy se implementan medidas específicas en materia penal para personas indígenas. En este punto, es importante recordar que la tendencia constitucional multiculturalista de los noventa llega a gran parte de América del Norte y América Latina. Por este motivo también nos parece importante comparar el sistema de ejecución penal canadiense con el mexicano a efecto de poder mostrar las diferencias y coincidencias.

El colonialismo en Canadá inició en 1492 con la llegada de los europeos en búsqueda de recursos, principalmente metales valiosos; las comunidades indígenas se vieron asediadas y violentadas. Francia e Inglaterra fueron las potencias que se instalaron en este territorio; países que, en una lucha por dominar el comercio y la exploración de nuevas tierras, buscaron aniquilar a la población originaria; pero ante la resistencia indígena, Francia firmó algunos tratados que reconocían derechos a los pueblos. Dos de las propuestas para “solucionar el problema indígena”, a finales del siglo XIX, fueron el aislamiento y la asimilación. La primera se basó en la creación de internados o escuelas residenciales para niñas y niños; y la segunda, permanecer confinados en reservas donde el control de la vida estaba vigilado por los europeos. Ambos casos aún tienen repercusiones negativas en la vida de las personas de las naciones indígenas. El marco jurídico aún no alcanza para resarcir los daños a la población originaria que hasta la fecha presenta altos índices de pobreza, analfabetismo, drogadicción, desintegración familiar, entre otros asuntos de derechos humanos y salud pública.

I. Reconocimiento constitucional de la multiculturalidad, interculturalidad y plurinacionalidad

Los cuatro países cuentan con el reconocimiento constitucional a la multiculturalidad; es decir, la coexistencia de diversas culturas en un solo territorio, pero lo hacen con distintos matices y por lo tanto, diferentes niveles de alcances jurídicos. México, como se detalló en el apartado anterior, se nombra una nación única con una composición pluricultural, lo que encontramos en el artículo segundo, como podemos leer en dicho dispositivo, coarta desde un inicio, la existencia de otras naciones; reconoce el derecho a la libre determinación en un marco constitucional de autonomía que “asegure” la unidad nacional, reconoce los sistemas normativos internos, es decir el derecho indígena.

Bolivia, por su parte, transversaliza la visión indígena en prácticamente todo el texto de la Constitución Política del Estado, promulgada el 7 de febrero de 2009 (con mayor énfasis en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 11, 21, 26, 30, 31, 32, 35, 42, 190, 191, 192, 197, 206, 209, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 403,

entre otros). Por lo menos a nivel jurídico se encuentra en gran avanzada en comparación con México, se constituye como un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”. La concepción del Estado Social de Derecho aún sigue siendo, en muchos países, una postura teórica sin alcanzar, como el caso de México, además, añade que dicho Estado es libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, reconoce el pluralismo jurídico, pero también el político, económico, cultural y lingüístico. Todo lo anterior, dentro del proceso integrador del Estado boliviano.

La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que éste es un Estado constitucional de derecho y justicia social, democrático, soberano, unitario, intercultural, plurinacional y laico; es decir, reconoce la existencia de más de una nacionalidad dentro del Estado, tal como lo son las nacionalidades indígenas. Asimismo, reconoce como idiomas oficiales de relación intercultural, el *kichwa* y el *shuar*. Encontramos el fundamento en sus artículos 1, 2, 6, 56, 57, 60, 171 y 257; en los cuales reconoce la justicia y jurisdicción indígena basada en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. Impone como garantía la participación y decisión de las mujeres. Enlista los derechos colectivos de los pueblos y llama la atención su enfoque antirracista al otorgar como un derecho el no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación, así como el reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por el racismo, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación.

Por su parte, Canadá, en los textos que componen su Constitución específicamente en la Ley Constitucional de 1867, reconoce los derechos de los pueblos y les llama pueblos aborígenes de Canadá. La Ley Constitucional de 1982 en concreto reconoce a las Primeras Naciones también conocidos como *indios* (se componen por más de 600 naciones con más de 60 lenguas), el pueblo *inuit* (que habitan en Inuit Nunangat al norte de Canadá), y el pueblo Métis. Entre estos derechos sobresalen los de representación, que se encuentran organizados a través de una articulación a nivel regional, provincial y nacional, entre otras, la Asamblea de Primeras Naciones, el Congreso de Pueblos Aborígenes, el Inuit Tapiriit Kanatami, el Consejo Nacional Métis y la Asociación de Mujeres Nativas

de Canadá; también cuentan con derechos patrimoniales que actualmente existen mediante acuerdos de reivindicación de tierras.

El Tribunal Supremo ha definido la protección de estos derechos como “un importante valor constitucional subyacente” y “un compromiso nacional”; sin embargo, en 2007, Canadá fue uno de los cuatro Estados que votaron en contra de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En 2010, el Gobierno canadiense anunció su adhesión a la Declaración y, en 2016, Canadá reafirmó su apoyo “sin matices”, pero no ha ratificado el Convenio N° 169 de la OIT. La Red de Televisión de los Pueblos Aborígenes da servicio a los pueblos indígenas de Canadá como red de televisión independiente y cadena de noticias, retransmitiendo programas realizados por, para y sobre pueblos indígenas, con apoyo gubernamental.”¹⁴

Como observamos, los países que se mencionan cuentan con un reconocimiento constitucional en materia de derechos de los pueblos y comunidades indígenas y éste nos permite partir de un piso común para elaborar una comparativa en materia de justicia penal y, en específico, en materia de ejecución penal, dirigida a personas indígenas. Es pertinente dicho análisis ante la necesidad presente de reivindicación de la población indígena a través de la mirada antirracista e intercultural en la ejecución penal, donde pueda subrayarse cómo se desarrolla la ejecución de las penas en este momento en distintos países con características comunes.

Preciso que se hablará desde estas dos dimensiones y, al mismo tiempo, mediante el método del derecho comparado desde el enfoque sociológico jurídico realizaremos una comparación entre las formas de ejecución penal como resultado de un fenómeno jurídico y como parte de una serie de acontecimientos sociohistóricos y culturales. Ahora bien, para realizar un ejercicio comparativo es preciso acotar a qué nos referimos cuando hablamos de ejecución penal, pues como se

¹⁴ Mamo, Dwayne (ed.), *El Mundo Indígena 2021*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), 2021, p. 576. Disponible en: «<https://www.iwgia.org/es/canada/4125-mi-2021-canada.html>» [Consultado el 21 de mayo de 2024].

ha reiterado a lo largo del texto, no sólo nos referimos al sistema de justicia positivo vigente, incluso aunque éste reconozca la jurisdicción indígena; también nos referimos a las justicias indígenas, a aquellas que se desarrollan en las comunidades, lo que en México ya se ha denominado SNI.

II. México

La ejecución penal desde el derecho positivo mexicano se materializa al dar cumplimiento a una pena impuesta por un Juez de Juicio Oral, ya sea a través del internamiento u otras medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial, asegurando la aplicación de los medios para lograr la reinserción social. La LNEP toma en cuenta a la población indígena a cuentagotas, imponiendo a las autoridades penitenciarias a que dentro de las bases de datos de las personas privadas de la libertad (Sistema Único de Información Criminal) se recaben, entre otros, las características sociodemográficas tales como: sexo, fecha de nacimiento, estatura, peso, nacionalidad, estado de origen, municipio de origen, estado de residencia habitual, municipio de residencia habitual, condición de identificación indígena y condición de habla indígena. Como parte de los derechos de toda persona privada de su libertad, el derecho a la educación como el conjunto de actividades de orientación, enseñanza y aprendizaje, contenidas en planes y programas educativos, otorgadas por instituciones públicas o privadas que permitan a las personas privadas de su libertad alcanzar mejores niveles de conocimiento para su desarrollo personal, tratándose de personas indígenas, la educación que se les imparta será bilingüe y acorde a su cultura, para conservar y enriquecer sus lenguas, y la instrucción deberá ser proporcionada por maestros o profesores que comprendan su lengua; es decir, debe proporcionarse una educación intercultural. También ordena la creación de un protocolo de actuación en casos que involucren personas indígenas privadas de la libertad que garantice las mejores condiciones de internamiento, dignas, seguras y, en este caso con perspectiva intercultural, que tome en cuenta las desigualdades históricas y las formas de vida propias de las comunidades; lo que será observado en todos los centros penitenciarios. Cabe resaltar que hasta la fecha no se cuenta con dicho instrumento.

III. Bolivia

En Bolivia, el Código Penal y Código de Procedimiento Penal indica en su numeral 391 que, cuando una persona indígena o indígena campesina sea imputada por la comisión de un delito y sea necesario que sea procesada en la jurisdicción ordinaria, además de las reglas propias de su código, también deberán seguirse dos reglas específicas:

1) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y, 2) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate.¹⁵

En caso de imponerse una pena, ésta podrá atenuarse cuando la persona sentenciada sea indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la Ley. Sin embargo, da impulso al uso del Derecho Consuetudinario Indígena, siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales y garantías constitucionalmente reconocidas. En caso de resoluciones en este sistema se extinguirá la acción penal, en el caso de que ésta haya iniciado en el sistema ordinario. Algo que me gustaría apuntar es que dentro del catálogo de delitos reconocidos en el Código Penal y Código de Procedimiento Penal de Bolivia se encuentra el de *racismo* (artículo 281 quinquies), entendiéndolo como la acción arbitraria e ilegal de restringir, anular, menoscabar o impedir el ejercicio de derechos individuales o colectivos por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, ascendencia, pertenencia a naciones y pueblos indígenas originarios campesinos o el pueblo afroboliviano o uso de su vestimenta o idioma propio.

Por cuanto hace a la ejecución de las penas, no se abunda, pues el artículo 159 de la Ley de Ejecución Penal y Supervisión (Ley número 2298) sólo hace alusión

¹⁵ Código Penal y Código de Procedimiento Penal de Ecuador, artículo 391.

a la facultad del Consejo Penitenciario de tomar en cuenta, cuando el condenado sea miembro de una comunidad indígena o campesina y al momento de la clasificación de la pena, la opinión de la autoridad originaria de la comunidad a la que pertenece, con el objeto de que la ejecución de la condena cumpla eficazmente las finalidades de la pena y respete la identidad cultural del condenado. Es decir, es necesaria una individualización intercultural que tome en cuenta las formas de vida y, además, la intervención en un diálogo con autoridades tradicionales en la determinación de dicha decisión.

IV. Ecuador

Para el caso de Ecuador, como mencionamos con anterioridad, a nivel constitucional encontramos todo lo referente a la justicia indígena, incluso el reconocimiento de su jurisdicción de casos que ya tenga en conocimiento, y que por alguna otra circunstancia lleguen al derecho ordinario; en éste último sólo encontramos algunas referencias, como el Código Orgánico Integral Penal que reconoce la calidad de víctimas a las comunidades, pueblos, nacionalidad y comunas indígenas, cuando las infracciones afecten colectivamente a miembros de dichos grupos. También encontramos esta referencia en el artículo 441 del Código Orgánico Integral Penal. Sin embargo, el Código de Ejecución de Penas y de Rehabilitación Social no contiene una sola mención a la posibilidad de que las personas indígenas sean condenadas en el sistema jurídico del Estado.

V. Canadá

Canadá cuenta con un sistema jurídico distinto en materia civil de corte romano y en materia penal de la familia anglosajona. Se rige bajo el Código Penal y los precedentes. El sistema penitenciario se conforma de cárceles provinciales o territoriales y las penitenciarías federales; las primeras se encargan de las personas condenadas a penas inferiores a dos años y las segundas a sanciones por penas de dos años o más, los dos tipos de instituciones distribuyen a las personas privadas de la libertad en tres niveles de seguridad: *mínima*, *media*, *máxima*. En el caso de Quebec, las personas que llegan a una penitenciaría pasan primero por un centro

regional de recepción, durante tres meses se evalúa a la persona con respecto a las infracciones cometidas, se revisa si tiene antecedentes, problemas de salud mental o física, trastornos diversos, y se define su grado de peligrosidad, así como su capacidad de adaptación al entorno carcelario, para evaluar a qué tipo de establecimiento se trasladará a la persona, y a los dos años se reevalúa el grado de peligrosidad.

Desde la década de 1970, se empezó a documentar la sobrerrepresentación de los pueblos aborígenes en prisión dentro del sistema de justicia penal de Canadá; frente a esta preocupación se propuso:

(...) como parte de las enmiendas al Código Penal introducidas en 1996, el Parlamento promulgó la sección 718.2(e), una disposición correctiva destinada a aliviar el encarcelamiento excesivo de indígenas mediante sentencias. En abril de 1999, la Corte Suprema de Canadá interpretó el art. 718.2(e) por primera vez en *R vs Gladue* (“Gladue”), decisión en la que una mujer indígena fue condenada a prisión por el homicidio involuntario de su cónyuge de hecho. La decisión de la Corte Suprema en *Gladue* tuvo importantes ramificaciones para los participantes y partes interesadas del sistema de justicia. Para lograr el propósito y mantener los principios establecidos en *Gladue*, se establecieron una serie de programas, financiados por los gobiernos federal y provincial.¹⁶

El informe “Gladue” se refiere al documento aportado a la autoridad (personas juzgadoras) por parte de organizaciones de la sociedad civil, que para abonar al dictado de la sentencia respecto a quienes hayan sido condenadas por algún delito o hayan aceptado su culpabilidad en un ilícito. En dicho informe se documentan los antecedentes y circunstancias únicas de la persona sentenciada, como persona indígena, pues un gran número de personas indígenas en Canadá vive en malas condiciones socioeconómicas, discriminación y trauma generacional debido al colonialismo y las prácticas racistas. Se comparte el informe para que las autoridades identifiquen el contexto específico en que se cometió el ilícito y

¹⁶ Gobierno de Canadá, *Enfoque en Gladue: desafíos, experiencias y posibilidades en el sistema de justicia penal de Canadá*, 2023. Disponible en «<https://www.justice.gc.ca/eng/tp-pr/jr/gladue/p1.html>» [Consultado el 11 de mayo de 2024].

aborde aquellos escenarios en los que se cometió; también promueve un sistema de justicia equitativo. El informe se estructura en cuatro secciones:

(...) El primero es un breve panorama estadístico de la sobrerrepresentación de personas indígenas en el sistema de justicia penal y de la reforma legislativa que condujo al art. 718.2(e) y de las decisiones Gladue e Ipeelee. La segunda sección analiza cuestiones clave en la aplicación del art. 718.2(e). La tercera sección presenta iniciativas y programas modelo que brindan procesos de sentencia, sanciones y programas de rehabilitación que están destinados a reflejar los principios de Gladue. La sección final destaca las experiencias de personas acusadas y actores del sistema de justicia con Gladue y con iniciativas y programas de Justicia Indígena.¹⁷

El caso *R. vs. “Gladue”* de la Corte Suprema de Canadá emitió su primer caso, brindando información de cómo debe aplicarse y expresó que se deben tomar en cuenta dos puntos al momento de dictar una sentencia a una persona indígena: i) los factores sistémicos o de antecedentes únicos que pueden haber contribuido a que el infractor en particular comparezca ante los tribunales; y, ii) los tipos de procedimientos de imposición de sentencia y las sanciones que pueden ser apropiados en las circunstancias para la persona infractora debido a su herencia o conexión indígena.

La información recabada con estos informes demuestra que influye la experiencia con el racismo, el colonialismo; se observan también, la discriminación, la pérdida del idioma, el trauma intergeneracional, entre otras características. El objetivo es reducir el alto número de personas reclusas y hacer uso de la justicia restaurativa, no necesariamente disminuye las penas, pero la determinación corresponde a cada caso concreto.

VI. La ejecución penal en el derecho indígena

El caso de Canadá nos muestra cómo la pobreza y la marginación social de las personas racializadas se refleja en la ocupación en las cárceles; esto como resultado

¹⁷ *Idem.*

de la criminalización de la pobreza. Quienes no cuentan con sentencia o con sentencia condenatoria por no haber tenido una representación legal que analizara profundamente su caso son mayoritariamente personas indígenas empobrecidas. De ahí la importancia de reivindicar el derecho propio como una alternativa al hacinamiento, empobrecimiento y poca efectividad en la “reinserción” de las cárceles. Desde el ámbito del derecho indígena, la EPI, puede mirarse de formas distintas al derecho del Estado. Por ejemplo, en la justicia indígena no predomina la privación de la libertad como fin, sino como medida preventiva e incluso sólo como una medida urgente, pero no como la pena y la ejecución.

Es constante encontrar en los sistemas normativos internos de las comunidades penas relacionadas a los castigos corporales, punto en el que encontramos un quiebre con la lógica occidental de los derechos humanos. En este punto se requiere verdaderamente de la mirada intercultural que invite a los sistemas jurídicos que se encuentran, a buscar puntos de diálogo, pero no de censura, pues tampoco existe una homogeneidad en cómo se entienden esos derechos fundamentales. Por ello es importante interpelar a estos momentos, pues tampoco se trata de idealizar modelos de justicia que dañan la dignidad de las personas y en especial de las mujeres.

De acuerdo con la investigación de Miguel Sarre y Diana Figueroa, en algunas comunidades de la montaña de Guerrero se suele usar la justicia comunitaria, la cual es administrada por la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias Policía-Comunitaria (CRAC-PC), y en las que la figura de la Asamblea determina la inocencia o culpabilidad de la persona señalada, no sin antes primero, exponer el contexto del arresto y los cargos por los cuales se le señala. Si la persona es declarada responsable del hecho, la policía comunitaria será la que supervise que se cumpla la sentencia dictada al ingresar a un proceso al que llaman “reeducación”.

“Una vez que la persona es declarada responsable, los policías comunitarios se encargan de supervisar el cumplimiento de la sentencia y el bienestar de la persona, que entra en un proceso designado de reeducación. Este proceso consiste en trabajo comunitario, que puede incluir la reparación de puentes; tareas de limpieza

en las comunidades; mantenimiento de escuelas, caminos o iglesias; o actividades similares, definidas por la asamblea comunitaria. Antes de iniciar las jornadas de trabajo, la policía comunitaria lee a la persona sus derechos y el reglamento que rige dicho proceso. La mayor parte del tiempo, cuando la persona está realizando el trabajo comunitario puede interactuar con miembros de la comunidad donde está prestando el servicio. Al finalizar cada día de trabajo, la persona en proceso de reeducación es alojada en la Comisaría Municipal o la Casa de Justicia de la CRAC-PC, bajo custodia de la autoridad, por lo que la libertad deambulatoria se restringe durante las noches.”

Este tipo de sanciones podemos verlas en diferentes pueblos indígenas con sus variaciones, pero con la misma lógica de reeducar a quien cometió una falta, y que frente al escrutinio público y señalamiento social adquiere gran peso para no volver a transgredir el orden comunitario. También será necesario poner atención cuando una de las partes involucrada acuda a la justicia del Estado en búsqueda de intervención, caso en el cual no puede sólo remitir competencia a la comunidad, sino aplicar un estándar probatorio adecuado, por ejemplo, una visita *in situ*, una inspección ocular o una pericial en antropología social y cultural que ofrezca una visión completa a las autoridades del Estado.

D. Buenas prácticas para el acceso a la justicia en materia de ejecución penal con perspectiva intercultural y antirracista

De acuerdo con el Organismo de las Naciones Unidas para la Educación, la ciencia y la Cultura (UNESCO), entendemos como buenas prácticas a la “acción o conjunto de acciones que, fruto de la identificación de brechas o necesidades, son sistemáticas, eficaces, eficientes, sostenibles y flexibles, y que suponen una mejora evidente en la eliminación de estas brechas o satisfacción de estas necesidades”.¹⁸

¹⁸ OEA, *Buenas prácticas en la justicia de género*, México, 2013. Disponible en «[https://oas.org/es/mesec-vi/docs/CIM-GoodPracticesGenderJustice\[Sept2013\].ppt](https://oas.org/es/mesec-vi/docs/CIM-GoodPracticesGenderJustice[Sept2013].ppt)» [Consultado el 30 de mayo de 2024].

Bajo esta definición y ya que se ha comparado el sistema de ejecución penal de México, con Bolivia, Ecuador y Canadá, y sus respectivos contextos jurídicos, podemos identificar algunas prácticas positivas que pueden ser implementadas en nuestro país, por así permitirlo el marco jurídico y la estructura administrativas del Estado. México cuenta ya con dieciséis años de experiencia en este modelo de justicia penal, que incluye la ejecución penal, pero aún carece de mayor perspectiva intercultural y antirracista. Consideramos que entre las buenas prácticas que pueden homologarse entre los países estudiados, podemos encontrar:

- El reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad que otorga mayor autonomía a las diferentes naciones indígenas, reforzando sus formas internas de organización, incluyendo el fortalecimiento de su justicia local que disminuiría parte de los asuntos que hoy se resuelven en la justicia del Estado, y lo retomarían la jurisdicción indígena para desahogarlo conforme a su derecho interno.
- La creación de un Protocolo de actuación para casos que involucren personas indígenas privadas de su libertad. Si bien es cierto que ya existen múltiples protocolos, muchos de ellos demasiado largos o tediosos para ser estudiados al interior de las prisiones; un documento ágil, sencillo y práctico sí puede aportar al mejoramiento del trato que da el Estado a las personas indígenas dentro de sus cárceles. Debe incluirse: el proporcionar educación y atención en salud con una perspectiva intercultural, así como otorgar intérpretes y/o traductores a personas monolingües de su lengua materna.
- Implementar la obligatoriedad de que la persona juzgadora o tribunal durante el juicio debe ser asistida por una persona perita especializada en cuestiones indígenas; y, hasta antes de la sentencia, emitir un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales de la persona imputada, a los efectos de que en su caso se atenúe la pena.
- Incluir el delito de racismo dentro de los códigos penales, aunque esta medida no se encuentra propiamente en la etapa de ejecución penal,

y que la tendencia penal no es punitivista, contar con un delito de racismo como medida afirmativa general en la conciencia colectiva la gravedad del racismo en la vida de las personas, claro, allegada de otras estrategias políticas y jurídicas.

- Reconocer a la justicia indígena de manera pormenorizada desde la constitución política resulta trascendente, pues le otorga mayor fuerza y validez.
- Reconocimiento de los pueblos indígena a nivel colectivo como víctimas y ofendidos cuando se transgrede la forma de vida comunitaria.
- Implementación del informe de “Gladue” que otorgue elementos antropológicos y científicos a las autoridades antes de emitir la sentencia y determinar las sanciones correspondientes desde un enfoque intercultural y antirracista.

Además de las buenas prácticas que identificamos en el derecho del Estado, no podemos dejar de lado aquellas aportada de los sistemas jurídicos indígenas, como la ejecución de penas asociadas al trabajo comunitario, las aportaciones en especie hacia las víctimas, y otras medidas de reparación integral del daño que se otorgan de forma inmediata. En esta línea de ideas, la revisión de las penas se desarrolla conforme se va cumpliendo y se logra observar de primera mano el arrepentimiento y las enseñanzas que las sanciones van dejando en la persona que cumple dicha pena (sumado a la carga social que estas sanciones implican), y el proceso de reeducación. Implementar estas medidas en nuestra justicia comunitaria puede ser una forma pronta de acceder a la justicia. Asimismo, sincretizar estas prácticas en las sentencias del derecho positivo fomentaría un verdadero diálogo intercultural. Es necesario seguir apuntando que quienes están en las cárceles son en su mayoría personas en situación de pobreza, que tienden a delinquir por la vulnerabilidad en que el sistema económico les ubica, por lo que la criminalización de la pobreza es un factor que nadie puede negar; también no debemos dejar de subrayar que si existe un sesgo racial y de género. Ejemplo de ello es el número de mujeres indígenas que se ven forzadas a involucrarse en

delitos contra la salud por colaborar directa o indirectamente con el narcotráfico, principalmente mujeres campesinas en situación de pobreza e indígenas. Respecto a esto, la investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS), Rosalva Aída Hernández Castillo dice:

(...) En México, la criminalización de integrantes de pueblos indígenas y su prisionización han implicado una forma más de despojo y desplazamiento forzado, al romper sus vínculos comunitarios, reubicándolos en prisiones lejos de sus familias y ejerciendo sobre sus cuerpos múltiples formas de violencia físicas y simbólicas, que van desde la tortura hasta el aislamiento. En el caso particular de las mujeres indígenas, sufren violencias antes, durante y después de la detención: desde el hostigamiento y la violación sexual hasta la separación de sus hijas e hijos, sus familias y su entorno comunitario, que para ellas representa otra forma de tortura.¹⁹

Un punto de análisis donde el papel de las personas juzgadas es fundamental, que no se debe dejar de lado, es la criminalización a las personas defensoras del territorio, encarceladas por ejercer el derecho a la libre determinación de los pueblos y a la protesta, la militarización de sus comunidades. Donde las violaciones a sus derechos humanos son evidentes desde la privación arbitraria de libertad, la tortura, la incomunicación, el desprestigio social, el involucramiento indebido en temas de delincuencia organizada, la intervención del Ejército Mexicano y la Guardia Nacional, todo esto sin perspectiva Intercultural y utilizando prisión preventiva oficiosa, ya declarada contra los derechos humanos.

Esto se acompaña de la violencia institucional que caracteriza al servicio público en México, malos tratos, violencia verbal, física y sexual; servidoras y servidores públicos que infringen un trato discriminatorio a la población indígena, producto del racismo estructural. Y que se visibiliza en todos los aspectos del acceso a la justicia en la ejecución penal y de la vida cotidiana.

¹⁹ Hernández Castillo, Rosalva Aída, *Muertes prematuras y violencias carcelarias en México: mujeres indígenas presas y racismo estructural*, México 2021. Disponible en: «<https://www.iwgja.org/es/noticias/4319-muertes-prematuras-y-violencias-carcelarias-en-m%C3%A9xico-mujeres-ind%C3%ADgenas-presas-y-racismo-estructural.html>». [Consultado el 6 de mayo de 2024].

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas

AMARILES GONZÁLEZ, Ximena, “Interculturalidad crítica en América Latina: abriendo caminos”, *Revista CoPaLa. Construyendo Paz Latinoamericana*, Red CoPaLa. Construyendo Paz Latinoamericana, año 4, núm. 8, julio-diciembre, 2019, pp. 227-237. Disponible en «<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=668170995015>» [Consultado el 30 de mayo de 2024].

ARAGÓN ANDRADE, Orlando, “Los sistemas jurídicos Indígenas Frente al Derecho Estatal en México, una defensa del pluralismo jurídico”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XI, núm. 118, enero-abril de 2007. Disponible en «https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332007000100001&script=sci_abstract» [Consultado el 23 de mayo de 2024].

BURASHI, Daniel y AGUILAR IDÁÑEZ, María José, “Herramientas conceptuales para un antirracismo crítico-transformador”, *Revista Tabula Rasa*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, núm. 26, pp. 171-191, 2017, disponible en «<https://www.redalyc.org/journal/396/39652540009/html/>» [Consultado el 25 de mayo de 2024].

Gobierno de Canadá, Enfoque en Gladue: desafíos, experiencias y posibilidades en el sistema de justicia penal de Canadá, 19 de enero de 2023, disponible en «<https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/jr/gladue/p1.html>» [Consultado el 11 de mayo de 2024].

Gobierno de México, *Algunas penas y prácticas penitenciarias en la Nueva España*, Archivo General de la Nación, 2022. Disponible en «<https://www.gob.mx/agn/es/articulos/algunas-penas-y-practicas-penitenciarias-en-la-nueva-espana?idiom=es>» [Consultado el 11 de mayo de 2024].

MAMO, Dwayne (ed.), *El Mundo Indígena 2021*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), 2021. Disponible en «<https://www.iwgia>»

org/es/canada/4125-mi-2021-canada.html» [Consultado el 21 de mayo de 2024].

HERNÁNDEZ CASTILLO, Rosalva Aída, “Muertes prematuras y violencias carcelarias en México: mujeres indígenas presas y racismo estructural”, 2021. Disponible en «<https://iwgia.org/es/noticias/4319-muertes-prematuras-y-violencias-carcelarias-en-m%C3%A9xico-mujeres-ind%C3%ADgenas-presas-y-racismo-estructural.html>» [Consultado el 6 de mayo de 2024].

INEGI, Censo Nacional de Sistemas Penitenciarios Estatales 2023, 2023. Disponible en «<https://www.inegi.org.mx/programas/cnsipee/2023/>» [Consultado el 20 de mayo de 2024].

ISLAS DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga, “La pena de muerte en México”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, Instituto de Investigaciones jurídica-UNAM, México, núm. 131, 2011, pp. 907-915. Disponible en «https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000200019» [Consultado el 14 de mayo de 2024].

OEA, Buenas prácticas en la justicia de género, 2013. Disponible en «[https://oas.org/es/mesecvi/docs/CIM-GoodPracticesGenderJustice\[Sept2013\].ppt](https://oas.org/es/mesecvi/docs/CIM-GoodPracticesGenderJustice[Sept2013].ppt)» [Consultado el 30 de mayo de 2024].

SARRE, Miguel; FIGUEROA Diana, “Derecho de ejecución penal indígena, en La justicia penal indígena en México”, en Guzmán Ruíz, Héctor Manuel *et al.* (coord), *La justicia penal indígena en México*, Editorial UBIJUS, México, 2019. Disponible en «<https://www.palermo.edu/derecho/inejep/documentacion-archivos/doctrina/Sarre-Figueroa-Derecho-de-ejecucion-penal-indigena.pdf>» [Consultado el 23 de mayo de 2024].

B. Legislación nacional

Ley Nacional de Ejecución Penal

C. Legislación de otros países

Código de Ejecución de penas y rehabilitación social de Ecuador.

Código Orgánico Integral Penal.

Código de procedimiento penal de Ecuador.

Código de procedimiento penal (R. O. 360-S, 13-I-2000) de la República de Bolivia.

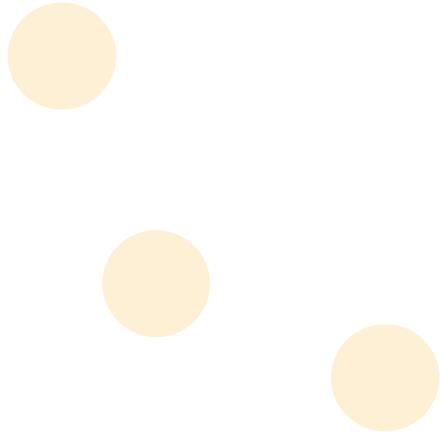
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución de la República de Ecuador.

Constitución Política del Estado (CPE) (7-febrero-2009) de la República de Bolivia.

D. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

ONU, A/HRC/54/CRP.7: Mecanismo internacional de expertos independientes para promover la justicia y la igualdad raciales en el contexto de la aplicación de la ley - Visita a los Estados Unidos de América, Informe de países, 2023. Disponible en «<https://www.ohchr.org/en/documents/country-reports/ahrc54crp7-international-independent-expert-mechanism-advance-racial>» [Consultado el 20 de mayo de 2024].



Capítulo

8.

Estándares y retos para garantizar los derechos de las personas mayores en la fase de ejecución penal

Mónica Mendoza-Molina*

* Directora de posgrados en Responsabilidad Social y Sostenibilidad en la Universidad Externado de Colombia. Socióloga, magister en Desarrollo Educativo y Social, y candidata a Doctora en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia.

Estándares y retos para garantizar los derechos de las personas mayores en la fase de ejecución penal. Introducción. A. Importancia del enfoque diferenciado en la atención penitenciaria y carcelaria de las personas mayores privadas de la libertad. B. Marco normativo sobre personas mayores privadas de la libertad. C. Perspectiva comparada entre países de la región: elementos de enfoque diferenciado y posibilidades de réplica. D. Buenas prácticas en la atención de personas mayores privadas de la libertad. Bibliografía.

Introducción

El presente capítulo recoge aspectos fundamentales de la definición y comprensión de la etapa vital denominada vejez o adultez mayor en relación con la privación de la libertad (-PdL), lo cual confiere a la población que experimenta esta doble condición, una serie de características propias que la ubican en los ámbitos de la vulnerabilidad y la necesidad de especial protección. Los sistemas penitenciarios y carcelarios en la región latinoamericana se caracterizan, tal como se ha documentado de manera amplia y suficiente por diferentes organismos, por la carencia, las violencias, la corrupción, la falta de recursos, la debilidad de los sistemas de justicia y la vulneración sistemática de los derechos de las personas-PdL, entre otras cuestiones.

Estas condiciones de precariedad afectan de manera diferenciada a las personas que habitan las prisiones, cuyas particularidades las hacen más o menos vulnerables frente a situaciones propias del contexto y a aquellas relacionadas con la atención y el tratamiento penitenciario que reciben. De allí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) realice un llamado a la implementación de enfoques diferenciados en las políticas y lineamientos dirigidos a la población privada de la libertad, que consideren las necesidades particulares de cada persona en términos de edad, género, pertenencia étnica y condición de discapacidad.

Sobra resaltar que muchas de las personas que se encuentran en condición de internamiento, cuentan con una o más de estas condiciones, lo que aumenta su situación de riesgo y vulnerabilidad.

En el marco de su trabajo de grado Villareal-Vargas identifica una serie de factores de riesgo asociados al envejecimiento en prisión que incluye:

Las dificultades propias de la adaptación al contexto penitenciario, los cambios en las relaciones con el núcleo familiar y social, el aislamiento, la falta de expectativas y motivación hacia el desarrollo del proyecto de vida a futuro, la discriminación social, el temor a la dependencia, enfermedad e invalidez y la desesperanza en cuanto a la obtención de la libertad.¹

Las personas mayores, debido a su edad y a sus procesos de envejecimiento, enfrentan por un lado, situaciones relacionadas con la salud física y mental (enfermedades crónicas, discapacidad, dolores, afecciones respiratorias, pérdidas sensoriales, demencias, etc.); y, por otro, con los estereotipos negativos en relación con la productividad (jubilación, pérdida de facultades físicas y mentales, generación de ingresos, dependencia económica, pasividad) y el comportamiento (conflictividad, terquedad, resabios, irascibilidad, intolerancia).

Esto hace que se asocie a la persona mayor con la enfermedad, la limitación física y mental, la dependencia, la no generación de recursos económicos y las dificultades relacionales; la demanda en tiempo y cuidados especiales, así como la inversión económica en temas de salud y sostenimiento, conllevan a la percepción de estas personas como una “carga” difícil de llevar, lo que en determinadas situaciones se traduce en violencias, abandono o aislamiento social.

Las violencias específicas contra las personas en razón de su edad han sido exploradas y documentadas, de tal manera que se ha construido un concepto para

¹ Cfr. Villareal-Vargas, Carlos, *Envejecimiento del adulto mayor en reclusión de establecimiento penitenciario de mediana seguridad*, EPMSC–Pamplona, UNAD, Bogotá, 2018.

acuñarlas: “El término edadismo fue definido como un prejuicio sistemático y una discriminación contra las personas por el hecho de ser mayores”.²

Este edadismo puede influir en la atención y tratamiento penitenciario que reciben personas mayores-PdL al considerar que la mayoría de los recursos debería destinarse a personas jóvenes “que tienen toda la vida por delante” y no a personas “que van de salida” y que posiblemente no volverán a experimentar la vida en libertad.

La mayor parte de la literatura sobre tratamientos en las correccionales se centra en el desafío de la “reintegración”: la mejor manera de alentar y apoyar a los delincuentes a vivir vidas pro-sociales una vez que regresan a la comunidad. Este es un objetivo correccional loable. Pero se olvida dentro de este paradigma la proporción considerable y creciente de los delincuentes que se sabe que envejecerán y muy probablemente morirán en la cárcel (prisioneros a largo plazo y de cadena perpetua) o que ya son ancianos y se enfrentan a vivir la mayoría, si no todos sus “Años de oro” en el contexto penitenciario.³

El estudio realizado por Penal Reform International refuerza esta afirmación, señalando que “las personas mayores que cumplen cadena perpetua suelen quedar relegadas en términos de rehabilitación y reinserción, ya que las autoridades penitenciarias dan prioridad a ‘mejorar las capacidades’ de la población en prisión que es más joven.”⁴

Así pues, en el caso que nos convoca, el estigma por edad se suma al estigma por la comisión de un delito, o mejor, al estigma de estar o haber estado en prisión, lo que confiere al sujeto una condición de doble estigmatización con todas las implicaciones que esto conlleva. Los retos en atención, tratamiento penitenciario y reintegración social corresponden a todos los niveles y deben

² De Haro, Alejandro, “El estigma en la vejez. Una etnografía en residencias para mayores”, *Intersecciones en Antropología*, 2014, pp. 445-459.

³ Porporino, Frank, “Viejos y olvidados detrás de las barras: enfrentando la crisis de los ancianos en las prisiones”, *Justice Trends*, 2018.

⁴ Penal Reform International, *Personas mayores en detención, un marco para el monitoreo preventivo*, PRI, Londres, 2021.

involucrar, por tanto, a los diferentes actores que de una u otra forma hacen parte del proceso (personal de guardia y custodia, funcionarios públicos, familia, comunidad, instituciones públicas y privadas, organizaciones de la sociedad civil, empresa, etcétera).

Lo que busco con este capítulo es contextualizar la situación de las personas mayores-PdL y documentar buenas prácticas en materia de atención y tratamiento penitenciario dirigidas a esta población, que puedan ser replicadas en escenarios con condiciones contextuales similares, o que permitan ajustes y adaptaciones para dar respuesta a los retos y realidades que supone este fenómeno. Considero que la visibilización de esta población y sus necesidades especiales puede aportar a unir esfuerzos desde diferentes sectores para contribuir al mejoramiento de su calidad de vida. La recopilación de experiencia exitosas a nivel de la región se consolida como una caja de herramientas que puede orientar la toma de decisiones de los operadores jurídicos, en pro de la garantía de los derechos fundamentales.

A. Importancia del enfoque diferenciado en la atención penitenciaria y carcelaria de las personas mayores privadas de la libertad

Aunque no es posible determinar una edad específica para la definición de la adultez mayor, dado que ésta cambia de un país a otro en correspondencia con su legislación, es común que se establezca alrededor de los 60 o 65 años. El proceso de envejecimiento, sin embargo, no se da la misma forma en todas las personas y está condicionado por factores medioambientales, de acceso a servicios, alimentación, hábitos de vida saludable y oportunidades del medio, entre otros. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud:

Aunque la mayoría [de personas mayores] goza de buena salud, muchos corren el riesgo de presentar afecciones de salud mental como depresión y ansiedad. Muchos también pueden experimentar movilidad reducida, dolor crónico, fragilidad, demencia u otros problemas de salud, para los que necesitan algún tipo de cuidados

a largo plazo. Es más, a medida que se envejece aumenta la probabilidad de padecer varias afecciones al mismo tiempo.⁵

Adicional a ello, la situación de las personas mayores cobra especial relevancia a nivel global, toda vez que el promedio de años de vida tiende a aumentar, lo que implica un incremento en el número de personas mayores en el mundo. Se proyecta que:

En 2030, una de cada seis personas en el mundo tendrá 60 años o más. En ese momento, el grupo de población de 60 años o más habrá subido de 1000 millones en 2020 a 1400 millones. En 2050, la población mundial de personas de 60 años o más se habrá duplicado (2100 millones). Se prevé que el número de personas de 80 años o más se triplique entre 2020 y 2050, hasta alcanzar los 426 millones.⁶

Esto significa que la población mundial enfrenta un proceso de envejecimiento acelerado que implica retos a nivel de política pública en temas de salud, trabajo, asistencia social y educación, entre otros. Este proceso, tal como se ha venido mencionando, no se reduce de manera estricta a un asunto de edad, pero sí implica un deterioro en las capacidades físicas y mentales de la persona, lo que conlleva a la propensión a enfermedades y a cambios biológicos importantes que se acompañan de determinantes socio ambientales. En el caso que nos ocupa, es preciso mencionar entonces, que el proceso de envejecimiento al interior de un establecimiento de reclusión puede acelerarse, más en un contexto como el latinoamericano en el que los sistemas penitenciarios y carcelarios han sido reconocidos y denunciados desde sus fallas estructurales, que llevan en la mayoría de los casos, a la vulneración sistemática de los derechos de las personas que allí habitan.

Condiciones como el hacinamiento, la corrupción, los problemas de infraestructura, la insalubridad, la alimentación deficitaria, los hábitos de vida, el acceso limitado o inoportuno a servicios de salud, y en general las condiciones ambien-

⁵ OMS, *Salud mental de los adultos mayores*, WHO, 2023.

⁶ OMS, *Envejecimiento y salud*, WHO, 2022.

tales, influyen de manera determinante en los procesos de envejecimiento, haciendo que éstos se desarrollen de manera acelerada.

En el contexto de la prisión convergen una serie de factores ambientales que son adversos para el desarrollo psicosocial de quienes se encuentran allí [...] Estos factores, junto con las enfermedades vinculadas al envejecimiento, las prácticas del estilo de vida en la cárcel y las necesidades de un trato diferencial, han sido claramente expresados por los AM [Adultos Mayores] y no les es difícil establecer la relación con el deterioro en la salud tanto mental como física.⁷

En el mismo sentido, la Escuela Libre de Derecho de México señala en un documento sobre enfoques diferenciados al interior de la prisión, que:

El trato que reciben [las personas mayores-PdL] no debe ser el mismo que al resto de la población penitenciaria, normalmente olvidándose por las autoridades penitenciarias, la edad y aquellas condiciones físicas y médicas específicas de este grupo etario y vulnerable, lo que deriva en una falta de enfoque diferenciado, que puede generar que se violenten, durante su encarcelamiento, sus derechos humanos, tales como la vida e integridad personal.

Este grupo de personas, cuando se encuentran privadas de la libertad, reúnen en ocasiones condiciones que se incrementan por estar privados de la libertad y además por tener algún padecimiento, discapacidad o cualquier otra característica, que las puede colocar en desventaja.⁸

En un estudio desarrollado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), denominado “Guía de Introducción a la prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes”, que aborda de manera amplia y multidimensional el asunto de la reintegración en la normativa internacional en la materia, la documentación de programas y casos exitosos, las penas alternativas y la atención postpenitenciaria, se señala la condición excepcional

⁷ Abaunza-Forero, Carol Iván *et al.*, *Adultos Mayores Privados de la Libertad en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014, pp. 82 y 83.

⁸ Escuela Libre de Derecho, *Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad (Amicus curiae)*, México, 2020, p. 69.

de algunos grupos poblacionales y se reconoce la necesidad de implementar medidas diferenciadas en el orden de sus particularidades. Para el caso de las personas mayores, se resalta que:

El estrés de la prisión impacta más sobre la salud de los prisioneros adultos mayores que sobre la población de la prisión en general. La investigación sugiere que el proceso de envejecimiento en las prisiones, debido las condiciones en que se vive adentro, es aún más acelerado que fuera de ellas. Debido a su edad, al ser encarcelados muchos prisioneros mayores sufren un choque psicológico peor que los prisioneros más jóvenes y son menos capaces que éstos de ajustarse a sus nuevos alrededores.⁹

Adicional a esto, la UNODC refiere la importancia de mantener a la población de personas mayores-PdL en espacios separados del resto de la población carcelaria, de no someterles a trabajos forzados o pesados y de permitir la vinculación a trabajos y actividades acordes a su edad. Se introduce en este documento un aspecto de particular relevancia, la realidad que experimentan muchos adultos mayores una vez que cumplen su pena y son liberados, dado que muchos de ellos han experimentado condenas muy largas y no cuentan con una red de apoyo a la hora de su salida, aunado a las afectaciones de salud y a las escasas o prácticamente nulas posibilidades de vincularse al mercado laboral. En ese sentido, la atención postpenitenciaria dirigida a esta población cobra especial importancia y debería consolidarse como un elemento prioritario en la política criminal de los países de la región.

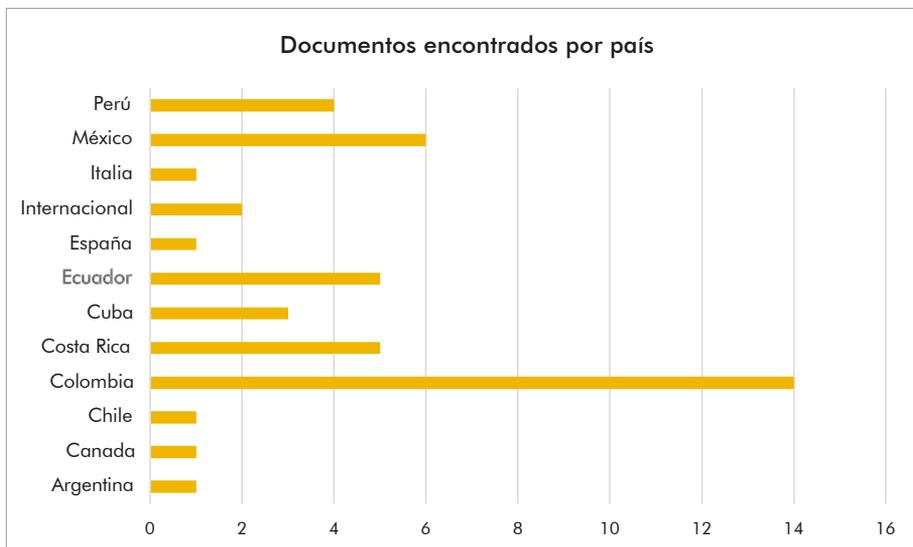
Con estas consideraciones, la información que presento en este capítulo sobre la importancia del enfoque diferenciado para la atención y tratamiento de personas mayores-PdL, encuentra su fundamento en la revisión de 44 documentos; identificados en diferentes gestores bibliográficos con las categorías: prisión, cárcel, privación de la libertad, encierro, reclusión, adulto mayor, vejez, personas mayores, ancianidad, tercera edad y envejecimiento, en sus diferentes combinaciones. Estos

⁹ UNODC, *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes*, EUA, 2013.

documentos se dividen en: doce artículos, cuatro capítulos de libro, tres informes especiales, dos libros, tres textos normativos, dos noticias, una ponencia, cinco tesis de posgrado y doce tesis de pregrado.

La mayoría corresponde a documentos producidos en la región, exceptuando tres que fueron producidos en España, Italia y Canadá, y otros tres que tienen un carácter internacional, tal como se aprecia en la tabla 1.

Tabla 1. Documentos encontrados por país

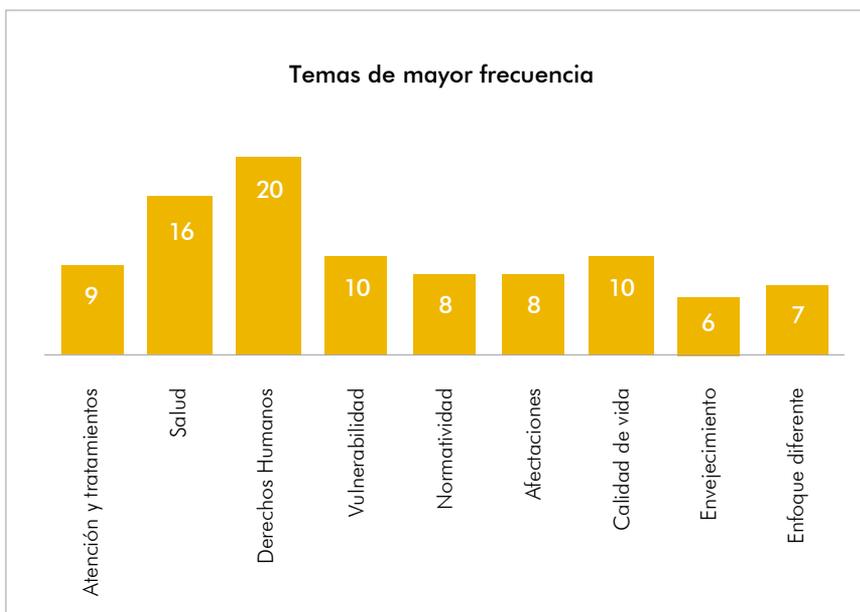


Fuente: elaboración propia

Después de revisar y analizar la información contenida en esta masa documental, me fue posible establecer las temáticas de mayor frecuencia con relación a las personas mayores-PdL, que permiten identificar aquellos aspectos de su realidad que los afectan y condicionan de manera determinante. Así, la mayoría de los textos priorizan asuntos de derechos humanos, salud, calidad de vida y vulnerabilidad, entre otros no menos importantes, sin que necesariamente pueda establecerse una división entre los mismos; por el contrario, es posible determinar que

éstos se traslapan, se mezclan y se complementan, profundizando vulnerabilidades y materializando violencias concretas sobre esta población.

Tabla 2. Temas de mayor frecuencia con relación a la persona mayor-PdL



Fuente: elaboración propia

En ese sentido, los textos hacen referencia a una violación de los derechos humanos que puede desglosarse en: afectaciones a la salud, la educación, el trabajo, la dignidad o la calidad de vida en general y se enmarcan en un escenario de hacinamiento carcelario y vulneración sistemática; lo que, en Colombia, por ejemplo, ha dado lugar a la declaración de un Estado de Cosas Inconstitucional,¹⁰

¹⁰ “El Estado de Cosas Institucional es una decisión judicial, por medio de la cual la Corte Constitucional declara que se ha configurado una violación masiva, generalizada y estructural de los derechos fundamentales. Es de tal magnitud, que configura una realidad contraria a los principios fundantes de la Constitución Nacional y, por lo tanto, ordena al conjunto de las instituciones involucradas, poner fin a tal estado de anormalidad constitucional, por medio de acciones íntegras, oportunas y eficaces”

proferido por la Corte Constitucional en tres oportunidades, a través de las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

La primera sentencia enfatiza en la situación de hacinamiento presentada en la mayoría de los establecimientos penitenciarios del país, que responde a fenómenos de diversa índole como el crecimiento poblacional, el aumento criminógeno, la detención preventiva, o el deterioro de la infraestructura carcelaria, lo que tiene efectos negativos sobre la población detenida. Resulta importante mencionar que estas características impiden por principio cumplir con el fin resocializador de la pena, representan una vulneración sistemática y continua tanto de los derechos fundamentales como del principio de dignidad humana. La segunda sentencia reitera que la situación carcelaria colombiana es incompatible con el Estado social y democrático de derecho; la misma comprende una crisis estructural en términos de la vulneración masiva y generalizada de derechos e implementación de prácticas que van en contravía al orden constitucional. La tercera sentencia, por su parte, se enfoca en la política criminal y su tendencia al endurecimiento punitivo; así como a la toma de decisiones aceleradas en procura de ofrecer una imagen de eficiencia ante la opinión pública, lo que la ubica en un escenario de debilidad institucional. Estas condiciones afectan de manera diferenciada a la población de personas mayores-PdL.

(...) todas aquellas personas que presenten condiciones individuales que supongan formas de desempeño que se alejan de los parámetros más habituales tendrán una mayor dificultad para adecuarse a dicho régimen de vida, motivando que los diversos estatutos consideren modalidades “excepcionales” orientadas a adaptar las condiciones del encierro a este tipo de situaciones de carácter particular.¹¹

Para Maldonado-Fuentes, algunas regulaciones han procurado ofrecer este tratamiento excepcional a la población de personas mayores-PdL a través de programas

Colombia. Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas, Participapaz. “La ruta de los derechos” en *Diplomado en políticas públicas para las víctimas y construcción de paz*. OIM-USAID. Colombia, 2015.

¹¹ Maldonado, Francisco, “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos?”, *Política criminal*, Corte IDH, Julio 2019, N° 27, Art. 1, p. 2. Disponible en «<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A1.pdf>».

o actividades orientados a prevenir afectaciones de salud, a adecuar espacios y rutinas específicos, al traslado a otras reclusiones como la institución psiquiátrica, o a medidas extramurales como la prisión domiciliaria vigilada. En estos casos, “se regulan supuestos asociados al padecimiento de patologías de salud mental o basados en la acreditación de complejas afecciones a la salud física de los condenados, cuyo tratamiento o mantención resulta difícil de compatibilizar con las condiciones que supone la vida en prisión”.¹²

De acuerdo con la literatura revisada, este tipo de tratamiento diferenciado se fundamenta en las características propias del adulto mayor cuyo proceso de envejecimiento se ve acelerado en un estado de reclusión, que por demás resulta vulnerador de sus derechos fundamentales, y se tienen en consideración para el diseño de las políticas y lineamientos de atención asuntos de diverso orden y nivel, como: penas que rebasan la expectativa de vida, capacidad de reincidencia, penas de larga duración que se asocian al deterioro físico, déficit de atención en salud, condiciones medioambientales adversas, enfermedades crónicas o terminales, diagnóstico de discapacidad mental, o infraestructura inadecuada.

Las adultas y adultos mayores en prisión deben enfrentar la escasez de baños adecuados, la presencia de escaleras, la ausencia de espacio, de elementos de seguridad y de camas adecuadas, de pisos antideslizantes, rampas y barandas, entre otras deficiencias edilicias que tornan difícil el desplazamiento y permanencia en los establecimientos carcelarios para las personas de edad avanzada.¹³

Las estrategias por implementar, por tanto, deben contemplar medidas intra y extramurales fundamentadas en la caracterización específica de las personas mayores-PdL, sus necesidades de salud y alimentación, el requerimiento de ayudas técnicas, las posibilidades reales de participación y vida en comunidad, las adecuaciones físicas, la sensibilización frente a los estereotipos y las posibilidades de penas alternativas a la prisión.

¹² *Ibidem*, p. 4.

¹³ Bassotti, María, “Tercera edad en prisión. Invisibilidad de las personas adultas mayores”, *Pensamiento Penal*, 2022, p. 7.

Este reconocimiento de la necesidad de implementar un enfoque diferenciado para las personas mayores-PdL, sin embargo:

(...) no se explica por un aumento en la frecuencia de los delitos que cometen o por una mutación en su caracterización, sino que se atribuye preferentemente al paulatino envejecimiento que ha experimentado la población mundial y, en mayor medida, a la amplia y distendida prolongación que han experimentado las condenas de encierro en el sistema penal en general.¹⁴

En concordancia, en un estudio realizado en Argentina por Bassotti, quien se apoya en otros estudios sobre el particular, se señala que, de la misma forma que la población mundial, la población carcelaria tiene una tendencia a envejecerse y que “el sistema penitenciario mundial no está preparado para hacer frente a la vejez en prisión, lo que requiere mayores costos y una atención específica y especializada.”¹⁵ La autora reitera que este aumento de la población mayor responde al incremento en los tiempos de condena y a cierta reticencia para la implementación de penas alternativas a la prisión. Igualmente recuerda que las prisiones han sido concebidas para personas jóvenes, por tanto, no se adaptan a las condiciones y necesidades particulares de los adultos mayores. Por lo que,

Los reclusos adultos mayores sufren no sólo del impacto del encarcelamiento, sino también las consecuencias del hacinamiento y la falta de recursos y servicios penitenciarios acordes a sus necesidades, permaneciendo invisibles a las gestiones carcelarias, quienes con frecuencia se muestran indiferentes a ellos.¹⁶

En este orden de ideas, el envejecimiento acelerado de la población de personas mayores-PdL, el aumento de personas mayores dentro de la población carcelaria, la situación general de vulneración que presentan los establecimientos de reclusión, así como las necesidades puntuales de las personas mayores en términos físicos, sociales y psicológicos, obligan a la concepción e implementación de estrategias de atención, tratamiento penitenciario y reintegración social, desde un enfoque diferenciado fundamentado en la edad.

¹⁴ Maldonado, Fuentes, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

¹⁵ Bassotti, María, *op. cit.*, p. 2.

¹⁶ *Idem*, pp. 4-5.

B. Marco normativo sobre personas mayores privadas de la libertad

Además de los derechos humanos que se le confieren a toda persona por su condición de humanidad, se han producido lineamientos y principios que cobijan a la población de personas mayores-PdL. En este apartado recojo las disposiciones más importantes que cobijan a la población de adultos mayores en general; aquellas dirigidas a personas privadas de la libertad (algunas comprenden aspectos puntuales sobre adultez mayor); y las que involucran de manera directa a la población de personas mayores-PdL; las cuales deberían ser tenidas en cuenta en los procesos de atención y tratamiento penitenciario a los que está sometida esta población.

I. Disposiciones aplicables a la población de personas mayores en general

Ilustración 1.

Disposiciones internacionales sobre las personas mayores.



Fuente: elaboración propia.

En 1991, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó cinco principios en favor de las personas mayores: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. Éstos enfatizan en las posibilidades para la garantía de sus necesidades básicas, el derecho al trabajo, el acceso a programas de formación, el ejercicio político, la actividad social y comunitaria, el derecho de asociación, el acceso a servicios de cuidado y atención en salud, servicios legales y sociales, el desarrollo de su potencial y el trato digno.¹⁷ Estos principios son aplicables a toda la población de personas mayores, pero cobran particular relevancia en escenarios de encierro porque, como lo he venido exponiendo, los procesos de envejecimiento se exacerbaban dadas las condiciones de precariedad de los sistemas penitenciarios latinoamericanos; los cuales, lejos de garantizar posibilidades de autorrealización y resocialización, resultan vulneradores de derechos.

En este contexto, la *independencia* será posible sólo en la medida en que se garanticen los espacios físicos y sociales adecuados a las particulares necesidades físicas y psicológicas. La *participación* será efectiva mediante la oferta de espacios seguros e incluyentes. Los *cuidados* deberán ser una decisión institucional que involucre los sistemas de salud, los funcionarios penitenciarios, las familias, las organizaciones no gubernamentales, como a los mismos compañeros de patio y celda. La *autorrealización* deberá estar orientada a las expectativas de la población que, por su doble condición de edad y encierro, puede experimentar sensaciones asociadas a la depresión u otras afectaciones a la salud mental.¹⁸ Por último, la *dignidad* deberá ser la bandera que oriente las actuaciones institucionales en el espacio de prisión, lo cual ha sido un reto histórico de los sistemas penitenciarios.

La Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento¹⁹ define, por su parte, medidas puntuales con respecto a las personas

¹⁷ ONU. *Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad*. Asamblea General, 74a sesión plenaria del 16 de diciembre de 1991. Nueva York, EUA.

¹⁸ A este respecto, un aspecto relevante a nivel psicológico en la población de personas mayores-PdL es el sentimiento de “fin de la vida” o imposibilidad de proyección de la propia vida, que responde en parte al miedo de morir en prisión y a las escasas expectativas frente a una futura vida en libertad. Las situaciones de enfermedad crónica o las largas condenas desempeñan también un papel determinante en este sentido.

¹⁹ ONU. *Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*. Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento del 8 al 12 de abril de 2002. Madrid, España.

mayores que se centran en los aspectos de su desarrollo, salud, bienestar y al logro de entornos emancipadores y propicios. En ese sentido, establecen un plan de acción para garantizar las posibilidades de plenitud en el orden del aumento de la esperanza de vida, de la consecuente transformación demográfica y de los retos que dicho logro plantea a la humanidad. Entre los elementos que recoge el Plan cabe resaltar el acceso en materia de trabajo, educación y capacitación permanente, solidaridad intergeneracional, salud y atención de la discapacidad. Todo ello enmarcado en esfuerzos para la erradicación de la pobreza, el mejoramiento de las condiciones de vida, la promoción de la independencia de las personas mayores, además del reconocimiento y posicionamiento de su valía en la sociedad. Tal como ocurre con los distintos mecanismos mencionados con anterioridad, la aplicabilidad de esta Declaración enfrenta retos aún mayores en el ámbito de la prisión latinoamericana.

Posterior a la emisión de esta Declaración, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) promulgó el Plan de acción sobre la salud de las personas mayores incluido el envejecimiento activo y saludable CD49/8, que enfatiza las condiciones de envejecimiento de la población que no son las mismas en todas las regiones ni en todos los contextos:

Todos los países de la Región envejecen, pero en América Latina y el Caribe esta transición no se ha asociado con una situación económica favorable como sucedió en las regiones de mayor desarrollo económico. Se envejece demográficamente cuando todavía no se dispone de suficientes recursos económicos; cerca de 50 % de los mayores entrevistados para el estudio SABE [salud, bienestar y envejecimiento], dijeron no tener recursos económicos para satisfacer sus necesidades diarias, y una tercera parte de ellos no disponía de jubilación, pensión ni trabajo remunerado. Los niveles de escolaridad son más bajos que los de la población general y los niveles de analfabetismo son muy altos. No es inevitable tener mala salud en la vejez y se ha demostrado que hay una asociación entre la mala salud y las condiciones sociales y sanitarias.²⁰

²⁰ OMS. *Plan de acción sobre la salud de las personas mayores, incluido el envejecimiento activo y saludable: Informe final*. Organización Panamericana de la Salud (OPS), Julio 2019. Washington D.C., EUA.

Estas consideraciones puntuales sobre el envejecimiento en los países de la región latinoamericana se suman a las condiciones propias de los frágiles sistemas penitenciarios; los cuales –reitero– no cuentan con la infraestructura, los recursos ni la voluntad política para garantizar derechos fundamentales y menos aún, aquellos orientados a la garantía de necesidades diferenciadas en la población reclusa. El envejecimiento en el marco de esta doble condición resulta más acelerado y más contundentes los procesos de deterioro físico y mental.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) emitió la Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe en la cual se reconoce que “la edad sigue siendo un motivo explícito y simbólico de discriminación que afecta el ejercicio de todos los derechos humanos en la vejez, y que las personas mayores requieren atención especial del Estado”.²¹ En el caso de las personas mayores-PdL entonces se presenta una doble discriminación, en razón de su edad y la comisión de un acto delictivo. Dicha Carta invita a la erradicación de todas las formas de discriminación, enfatiza en el acceso a la justicia y en el derecho a la participación social, política y pública, como derechos fundamentales; exhorta a la protección de los derechos humanos en general.

En ese marco, la Declaración señala la importancia de implementar un enfoque diferenciado y preferencial en todos los ámbitos; formular leyes específicas para esta población; además de adelantar acciones para concientizar y sensibilizar a la población general sobre las condiciones y necesidades particulares de este segmento particular de la población. Como acciones puntuales se priorizan –en este lineamiento– los asuntos de seguridad social, salud y servicios sociales; mismos que deben ser priorizados, por lo tanto, en el espacio de prisión que demuestra serias limitaciones al respecto –en particular– en el acceso a médicos especialistas, adaptaciones espaciales y programas de atención con enfoque diferenciado.

La Carta aborda el derecho al trabajo y el acceso a actividades de generación de ingresos, en términos de igualdad de oportunidades, capacitación o fomento a

²¹ CEPAL, Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, ONU, San José, 2012.

emprendimientos. Estos factores en especial deberían ser incorporados en las políticas de atención y tratamiento penitenciario. También invita a la erradicación del maltrato y, en el marco de la perspectiva de aprendizaje permanente, a la vinculación de esta población a procesos educativos. Estos aspectos deben fortalecerse sobre todo en el contexto de encierro, donde los maltratos son reiterativos por parte de personas-PdL más jóvenes o, en ocasiones, del personal de guardia, en donde la oferta educativa no suele tener un enfoque diferenciado que incorpore las características puntuales de las personas mayores-PdL (capacidad de concentración y memoria, escucha, visión, analfabetismo, etc.).

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de la OEA, por su parte, tiene por objeto: “Promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad”.²²

En ese sentido, define unos principios generales que deben garantizarse a toda persona mayor, entre los que pueden destacarse: la dignidad humana, el derecho a la no discriminación, la seguridad, el bienestar, el buen trato y atención preferencial, y el enfoque diferenciado para el goce efectivo de derechos. Estos principios deben ser priorizados por los Estados Parte, a través de la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona mayor. Los principios y su garantía son extensivos, por supuesto, a la población de personas mayores-PdL que –como lo he venido enfatizando– enfrenta situaciones y realidades propias del ámbito penitenciario que incrementan su condición de vulnerabilidad, por tanto, deben ser estrictamente monitoreados y evaluados.

En particular, el artículo 10 de esta Convención hace referencia al derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; por tanto, debe evitarse a toda costa la exposición de las personas mayores-PdL a este

²² OEA, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, OEA, Washington, 2015, art. 1. D. C., EUA.

tipo de prácticas y situaciones que, de manera ilegal, ocurren en el campo de la prisión como dinámicas naturalizadas. Igualmente, el artículo 13, sobre el derecho a la libertad personal, afirma lo siguiente:

Los Estados Parte garantizarán que cualquier medida de privación o restricción de libertad será de conformidad con la ley y asegurarán que la persona mayor que se vea privada de su libertad en razón de un proceso tenga, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratada de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención.

Los Estados Parte garantizarán el acceso de la persona mayor privada de libertad a programas especiales y atención integral, incluidos los mecanismos de rehabilitación para su reinserción en la sociedad y, según corresponda, promoverán medidas alternativas respecto a la privación de libertad, de acuerdo con sus ordenamientos jurídicos internos.²³

Los artículos 30 y 31 hacen referencia al igual reconocimiento como persona ante la ley y al acceso a la justicia, respectivamente; ambos son aspectos determinantes al momento de enfrentar la ley penal debido a la comisión de un acto tipificado como delictivo.

Por último, a nivel internacional, se deben retomar los planteamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el documento “Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas”, del apartado especial sobre el acceso a la justicia en el que se señala que “los Estados Parte se comprometen a garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales”²⁴ y que, resulta necesario “desarrollar y fortalecer políticas públicas y programas dirigidos a la promoción de mecanismos alternativos de solución de controversias y para la capacitación del personal relacionado con la administración de justicia, incluido

²³ *Idem*.

²⁴ CIDH, Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas, OEA, 2022, p. 143.

el personal policial y penitenciario, sobre la protección de los derechos de la persona mayor”.²⁵

Si bien estas disposiciones internacionales visibilizan y posicionan la situación de los adultos mayores, resaltando aquellas condiciones que los ubican en el ámbito de la vulnerabilidad, y ofrecen lineamientos para la atención y garantía de sus derechos; no resultan suficientes o aplicables a cada contexto en particular, por lo que cada país debe desarrollar por su parte, la jurisprudencia necesaria para la protección de esta población.

1. Las personas mayores en la legislación de Colombia y México

Para ejemplificar la función de los países en la emisión de jurisprudencia dirigida a este grupo poblacional, abordo en este apartado los casos de Colombia y México, a través de algunas disposiciones concebidas para este fin.

En Colombia se han desarrollado instrumentos como la Sentencia T-252 de 2017 a través de la que se reconoce al adulto mayor como un sujeto de especial protección constitucional afirmando que:

Respecto de los adultos mayores existe una carga específica en cabeza del Estado, la sociedad y la familia para que colaboren en la protección de sus derechos, ya que éstos se encuentran en una situación de vulnerabilidad mayor en comparación con otras personas. Sin embargo, el Estado es el principal responsable de la construcción y dirección de este trabajo mancomunado, que debe tener como fin último el avance progresivo de los derechos de la población mayor.²⁶

También en Colombia se emitió el documento denominado *Política Nacional de envejecimiento y vejez, 2007-2019*, concebido por el Ministerio de la Protección Social, en el que se definen unas líneas estratégicas de atención para la promoción y garantía de los derechos de las personas mayores.

²⁵ *Ibidem*, p. 144.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 252, Bogotá, República de Colombia, 2017.

Esta Política expresa el compromiso del Estado Colombiano con una población que por sus condiciones y características merece especial atención. Se plantea fundamentalmente, una visión de futuro con el proceso de envejecimiento, y acciones a corto, mediano y largo plazo para la intervención de la situación actual de la población adulta mayor.²⁷

Por su parte, en 2002 se expidió en México la Ley de los Derechos de las personas Adultas Mayores, que estipula las disposiciones para la garantía de los derechos de las personas mayores desde una perspectiva de género, prevención del abuso, abandono, negligencia, maltrato y violencia. Esta Ley regula, por tanto, la política pública nacional; los principios, responsabilidades, objetivos e instrumentos de aplicación y seguimiento; y, el Instituto Nacional de Personas Adultas Mayores.²⁸

En el mismo orden, en el año 2022 se publicó en México un documento importante con enfoque de derechos humanos, que aborda las condiciones particulares de la población de adultos mayores, titulado *Manual para juzgar casos de personas mayores* en el que se consideran aspectos como la discriminación por razón de edad, los derechos a la vida, la dignidad, el cuidado, la independencia, la autonomía, la seguridad, la vida libre de violencia, la seguridad, la participación y la salud, entre otros; en ese sentido, el texto ofrece herramientas prácticas, teóricas y jurisprudenciales, para “contar con un enfoque especializado, diferenciado e integral que tiene como principal objetivo incorporar la perspectiva de persona mayor en todos los procesos judiciales en los que formen parte quienes pertenezcan a este grupo.”²⁹

Este tipo de iniciativas a nivel de los países comprende un avance relevante en materia de acceso a la justicia y garantía de derechos frente a una población que resulta vulnerada en muchos de los ámbitos que enfrenta.

²⁷ Ministerio de Protección Social de Colombia, *Política Nacional de Envejecimiento y Vejez 2007-2019*, Bogotá, República de Colombia, 2007, p. 6.

²⁸ Cámara de diputados, *Diario Oficial de la Federación de México (2002-2022)*. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDPAM.pdf>

²⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual para juzgar casos de personas mayores*, SCJN, Ciudad de México, 2022, p. XV.

II. Disposiciones para la atención penitenciaria y carcelaria de las personas privadas de la libertad en general

Ilustración 2. Disposiciones internacionales para el tratamiento penitenciario y carcelario



Fuente: Elaboración propia

En esta sección retomo tres disposiciones internacionales para el ámbito penitenciario, haciendo énfasis en aquellos apartados que involucran de manera directa o indirecta a la población de personas mayores-PdL.

Las Reglas Penitenciarias Europeas³⁰ tienen en cuenta el enfoque diferenciado basado en la edad en el apartado correspondiente a régimen alimentario señalando que: “Los internos podrán disfrutar de un régimen alimentario que tenga en cuenta su edad, su estado de salud, su estado físico, su religión, su cultura y la naturaleza de su trabajo” (Regla 22.1); sin embargo, no hace referencia a las personas adultas mayores. En el mismo sentido, estas reglas acogen el enfoque de edad para indicar que, en cuanto a la designación de espacios los internos adultos jóvenes deben estar separados de los adultos más mayores; no obstante, no se establece un criterio puntual frente a la edad que defina los límites de dicha separación (Regla 18.8, inc. c). En cuanto a las Reglas de Bangkok,³¹ resulta importante mencionar, que, si bien aplican para la población general de mujeres privadas

³⁰ Consejo de Europa, *Reglas Penitenciarias Europeas*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2006.

³¹ UNODC, *Reglas de Bangkok*, ONU, Nueva York, 2011.

de la libertad, no comprenden en sí un apartado especial orientado al trato y atención diferenciada de mujeres adultas mayores. Por el contrario, estas normas sí comprenden un apartado dirigido especialmente a reclusas menores de edad (Reglas 36-39), y un apartado aplicado a categorías especiales que comprende: reclusas embarazadas, lactantes y con hijos en la cárcel; extranjeras; grupos minoritarios y pueblos indígenas, y en prisión preventiva o en espera de juicio. La vejez o adultez mayor no se considera una categoría especial, ni se establecen reglas con este enfoque diferenciado basado en la edad.

Por último, las Reglas Mandela tienen por objeto enunciar “los principios y prácticas que hoy en día se reconocen como idóneos en lo que respecta al tratamiento de los reclusos y la administración penitenciaria”.³² Si bien no se hace referencia puntual a la población de personas mayores-PdL, todas las reglas allí propuestas les son aplicables en términos de su humanidad. La Regla número 2.1 estipula lo siguiente: “Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá 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”. Así pues, si bien no se hace referencia específica a la categoría de edad como motivo de discriminación, ésta estaría comprendida en la categoría “cualquier otra índole”.

Por su parte, la Regla 11 señala la necesidad de una separación por categorías al interior de la prisión: “Los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles”. En este caso, tampoco se hace referencia a la población de adultos mayores, sino que se plantea la necesidad de separar a los jóvenes de los adultos. Extendiendo la lógica que motiva a la formulación de esta regla, podría implementarse la modalidad de pabellones especiales para adultos mayores, adecuados y dotados en términos de sus características particulares.

³² UNODC, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, ONU, Nueva York, 2015, p. 1.

Las Reglas 109 y 110 mencionan a reclusos con discapacidad o enfermedades mentales; en éstas tampoco se hace referencia explícita a las personas mayores, ni a la prevalencia de dichas condiciones en razón de la edad, pero aplicarían para esta población en caso de ser necesario. En ese sentido, lo que se recomienda es el traslado a una institución de salud que garantice el tratamiento ajustado a la condición del sujeto. Con respecto a estas condiciones, también la Regla 5.2 señala que: “Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables 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”. En conclusión, el término ‘edad’ se recoge 3 veces en las Reglas Nelson Mandela haciendo referencia a la edad de los hijos al momento de la privación de la libertad, separación de reclusos por edad, y ejercicio físico y deporte (cuando la edad y condición física lo permitan). En ningún momento se enfatiza de manera particular a la población adulta mayor, ni se concibe la edad como un criterio para la aplicación de enfoques diferenciados.

Como puede observarse, si bien estas tres disposiciones aplican para la población general privada de la libertad, llama la atención el hecho de que la categoría de personas mayores y las características asociadas a la vejez no son consideradas de manera particular en ninguno de los documentos.

III. Disposiciones aplicables a la población de personas mayores privadas de la libertad

Ilustración 3.
Disposiciones aplicables para personas mayores-PdL



Fuente: elaboración propia.

El *Manual sobre reclusos con necesidades especiales* dedica uno de sus capítulos a las personas mayores; detalla aquellas características que deberían ser tenidas en cuenta el momento de juzgarlas, condenarlas y atenderlas en el momento en el que se ven involucradas en la comisión de un delito. Al respecto, indica, por ejemplo, que “las autoridades que emiten la condena deben tomar en cuenta la edad de los delincuentes, su salud física y mental, las posibilidades de recibir atención adecuada en el recinto penitenciario, a fin de garantizar que la condena no comprenda un daño desproporcionadamente severo”.³³

En el documento se identifican los retos propios de las personas mayores-PdL: acceso a la justicia; valoración (condenas muy largas siendo jóvenes, reincidentes, condenados siendo adultos mayores); distribución (pabellones especiales); cuidado de la salud; vínculos familiares; programas penitenciarios (habilidades e intereses); preparación para la liberación y apoyo después de la liberación; liberación condicional temprana y necesidades múltiples (discapacidades). Igualmente, propone una serie de consideraciones para tener en cuenta al momento de determinar la condena de las personas mayores, entre éstas sugiere la pertinencia de sistemas de juzgamiento diferenciados para esta población, tal como ocurre en el caso de los jóvenes; esto permitiría la contemplación de medidas o penas no privativas de la libertad para delitos no graves y para personas muy mayores o con condiciones de salud crónicas.

En este apartado no debe faltar el informe elaborado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de México en 2017, sobre las personas mayores en los centros penitenciarios de la República mexicana, que se emitió “para impulsar acciones encaminadas a reforzar la protección y observancia plena de sus derechos humanos, y para asegurar su reinserción social efectiva.”³⁴ En ese sentido, el informe recoge un diagnóstico de la población de personas mayores-PdL en el que se evidencian condiciones de vulnerabilidad y desventaja con respecto a otras poblaciones; entre las que se mencionan, por ejemplo, la ausencia de ayudas técnicas

³³ UNODC, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, ONU, Nueva York, 2009, p. 126.

³⁴ CNDH, Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre personas mayores en los centros penitenciarios de la República Mexicana, Ciudad de México, 2017, p. 2.

(caminadores, bastones y sillas de ruedas); instalaciones inaccesibles y falta de equipos médicos, entre otras. De acuerdo con el documento:

Otro factor que perjudica la vida de los internos son las penas de larga duración que se vinculan con el deterioro físico al que se ven enfrentados; este tipo de sentencias conllevan en sí mismas, afectaciones a la salud y pueden propiciar depresión, ansiedad, violencia, entre otros efectos; planteando que existe un vínculo entre penas de prisión de larga duración y la edad avanzada de las personas sentenciadas.³⁵

Con esas consideraciones, el informe establece unas propuestas concretas dirigidas a esta población que incluyen: análisis de los casos para libertad anticipada; registro de caracterización para personas mayores de 60 años en los centros de reclusión penitenciarios; programas diferenciados para evitar la discriminación; recursos presupuestales para la adaptación de instalaciones y políticas públicas para la garantía de una vida digna. Estas disposiciones podrían ser evaluadas y acogidas por otros países de la región que demuestren contextos similares en cuanto a las personas mayores-PdL.

Otro documento relevante en la materia fue emitido por la organización Penal Reform International, titulado *Personas mayores en detención, un marco para el monitoreo preventivo*. Allí se identifican y definen algunos factores y situaciones de riesgo de las personas mayores-PdL asociados con: arresto y custodia policial; evaluación y clasificación en prisión; alojamiento e infraestructura; asistencia sanitaria adecuada; enfermedad y cuidado paliativo; muerte en custodia; violencia y discriminación; discapacidad; cadena perpetua; rehabilitación y reinserción.

En cuanto a la etapa de arresto, Penal Reform International hace un llamado para aplicar el enfoque diferenciado basado en edad, pues afirma que el desconocimiento de algunos funcionarios públicos de las características específicas de esta etapa vital, “puede derivar en arrestos debido al comportamiento ocasionado por la demencia, o a un trato más severo por no obedecer a los agentes de la policía durante la detención, debido a la pérdida de la audición”.³⁶

³⁵ CNDH, Informe especial..., p. 11.

³⁶ PRI, *Personas mayores en detención, un marco para el monitoreo preventivo*, Londres, 2021, p. 5.

Igualmente, en el momento de la detención se hace necesario realizar un examen que incluya aspectos de salud física y mental, historia delictiva y vinculación familiar, con el fin de identificar y atender necesidades particulares; las instalaciones deben estar equipadas, dotadas y dispuestas de tal forma que permitan la satisfacción de necesidades diferenciadas, “en algunos casos, será necesario realizar adaptaciones del entorno para satisfacer las capacidades sensoriales, funcionales y cognitivas de la persona”.³⁷ Se debe procurar un ambiente salubre y el acceso a atención médica especializada debe estar garantizado, considerando la prevalencia de enfermedades crónica o terminales, de salud mental y asociadas al desarrollo de una discapacidad, que no sólo implican la asistencia médica sino el acompañamiento y cuidado en caso de no poder llevar una vida independiente. Todos estos aspectos, por supuesto, deben estar contemplados en los planes de tratamiento y atención, contar con financiamiento, herramientas y estrategias realmente inclusivas.

C. Perspectiva comparada entre países de la región: elementos de enfoque diferenciado y posibilidades de réplica

La información que presento en este apartado se construyó con base en la literatura revisada; permitió la identificación de elementos diferenciados en materia de atención, tratamiento penitenciario y proceso de reintegración de personas mayores-PdL en distintos países de la región. Desarrollo entonces los elementos asociados a: pabellones especiales para personas mayores; atención postpenitenciaria; libertad anticipada o “compasiva”; vínculos familiares o redes de apoyo, salud física y mental y calidad de vida intramural. Es posible, por tanto, referir que varios países han establecido la categoría específica de personas mayores-PdL dentro de sus lineamientos y políticas, aunque dicha población haya sido considerada con posterioridad al reconocimiento de otras poblaciones diferenciadas. Así, por ejemplo:

En Cuba, a partir del Reglamento Penitenciario de 2008 se incluye la categoría adulto mayor dentro de la clasificación penitenciaria, situada a partir de la edad

³⁷ *Idem*, p. 7.

cronológica de 60 años en adelante, abriéndose paso a su regulación independiente y valorándose como colectivo distinto, conllevando una diferenciación. Esta conceptualización ocurrió tardíamente, pues desde décadas anteriores ya el Código Penal cubano tenía regulado beneficios para estas personas.³⁸

Algunas de estas medidas se han implementado sin que su efectividad o beneficio real para la población pueda determinarse con exactitud, por el contrario, se encuentran opiniones en tensión con respecto a algunas de estas disposiciones. Un ejemplo de esto, son las discusiones alrededor de la pertinencia de pabellones o patios especiales para esta población, en cuyo marco, los partidarios señalan que resultaría más sencillo adecuar estos espacios a las condiciones particulares de las personas mayores-PdL, que los índices de discriminación por razones de edad disminuirían o que en dichos espacios sería más sencillo garantizar la seguridad de la población y del mismo establecimiento de reclusión, partiendo de la idea de que la peligrosidad del sujeto disminuye proporcionalmente al aumento de la edad. En este sentido, los pabellones para personas mayores implican menos medidas de seguridad, garantizan más seguridad a quienes los habitan, son más fácilmente adaptables en términos de infraestructura y ayudas técnicas (pasamanos, rampas, etc.), y favorecen la implementación de actividades adaptadas a la edad. Por su parte, los detractores de la medida señalan que aislar a la población de personas mayores-PdL, puede comprenderse como un tipo de discriminación y favorecer los estereotipos negativos.

Para ejemplificar este asunto de los pabellones especiales, me permito retomar el caso de las personas mayores-PdL en el CERESO número 2, en Apodaca, Nuevo León, México, que cuenta con una *casa de retiro* o asilo para las personas de la tercera edad; de acuerdo con la autora, éste corresponde a un espacio provisional y sin adaptaciones, en el que conviven 63 personas.³⁹ El análisis de este caso aborda varios elementos que permiten dilucidar la realidad de esta población en

³⁸ Pérez, Celín *et al.*, “Efectos de la prisionalización en el adulto mayor recluso en la Prisión Provincial de Ciego de Ávila en Cuba”, *Revista de Derecho*, 2022, p. 169.

³⁹ Rosas-Treviño, Heidi, “La realidad carcelaria en la tercera edad”, en Cerda-Pérez, Patricia, *Reinserción social: entre urgencias penitenciarias y normatividad jurídica*, Universidad de Nuevo León, Nuevo León, pp. 333-358.

términos familiares, laborales, de subsistencia, de seguridad, entre otros. Es importante mencionar que el 95 % refiere no haber recibido castigos al interior del penal y también la mayoría refiere que cuenta con mecanismos para mantener la comunicación con el exterior. Algo similar ocurre con el tema de salud, frente a lo que en un 80 % indicó haber recibido atención médica, las afectaciones más recurrentes se relacionan con fracturas, dolores musculares, enfermedades crónicas y deterioro de la vista; no se reporta un alto porcentaje de afectaciones a la salud mental. Así pues, la decisión de aislar a las personas mayores-PdL, como medida garante de derechos, puede funcionar en varios aspectos (seguridad, espacios físicos, trato, salud) y podría potenciar la satisfacción de otras necesidades particulares, como el acceso al trabajo o a la educación desde un enfoque diferenciado.

Sin embargo, si esta decisión no está acompañada de otros aspectos de atención diferenciada, no sólo resulta insuficiente, sino inoperante tal como lo documenta Méndez-Rodríguez en dos establecimientos estudiados en Costa Rica: “Este centro al ser exclusivo para población longeva enfoca el esfuerzo en la atención de esta población, sin embargo, las labores son básicas, y la línea que divide la afectación o no de un adulto mayor cumpliendo condena, está más cerca de incumplirse, que de avanzar en la protección y respeto de los derechos humanos”.⁴⁰

En materia de atención postpenitenciaria identifiqué un artículo que aborda el tema específicamente en la ciudad de Bogotá, en el que se afirma que, si bien las políticas públicas distritales comprenden una variada oferta en términos de programas o proyectos dirigidos a personas mayores, dicha oferta no contempla de manera particular el caso de los adultos mayores que, después de pagar su pena en prisión, deben reintegrarse a la sociedad, muchas veces atravesando situaciones de extrema vulnerabilidad. En ese sentido, el documento señala que “las necesidades que tienen los pospenados de la tercera edad no están siendo suplidas en su totalidad, lo cual redundan en el deterioro que presentan. La atención que actualmente reciben estos seres humanos inhibe sus herramientas de integración y, por

⁴⁰ Méndez-Rodríguez, Nazareth, *Análisis jurídico del respeto y protección de los derechos humanos de la población adulta mayor en los centros de atención institucional de Sistema Penitenciario Nacional*, Universidad Latina de Costa Rica, Heredia, 2017, p. 177.

ende, sus oportunidades de cambio y su bienestar”.⁴¹ Por tanto, se propone la generación de alianzas y convenios entre las autoridades penitenciarias y las instituciones distritales, de manera que el proceso para la liberación contemple la atención del sujeto una vez en libertad. Este tipo de alianzas puede implementarse en los distintos países de la región, involucrando además a la empresa privada en el marco de sus políticas de responsabilidad social y empleabilidad, y a las instituciones que albergan personas mayores con condiciones de salud crónicas o sin redes de apoyo para su supervivencia.

En diversos documentos se habla sobre la posibilidad y pertinencia de implementar la libertad anticipada o “compasiva” con personas mayores que, aunque no hayan cumplido con su condena, se encuentran en una edad muy avanzada, padecen enfermedades crónicas o están en situaciones de extrema vulnerabilidad asociadas a discapacidades. En estos casos, se presume que la capacidad criminal o “peligrosidad” de la persona se encuentra disminuida o nula, por lo que la privación de la libertad resulta innecesaria o improcedente.

El deterioro de la salud física y psicológica derivada del encierro disminuye la esperanza de vida, por lo que las sentencias [tiempos largos de condena] contra los años edad de las personas mayores, incrementan el riesgo de morir en prisión, por lo que se ha insistido en analizar y atender el tema de sus libertades anticipadas.⁴²

La aplicación de esta medida no implica, sin embargo, que la persona recupere su libertad, se trata más bien de que pase sus últimos años de vida en instituciones adaptadas a sus requerimientos puntuales. Se habla, por tanto, de la implementación de otros tipos de internamiento en casos en los que no es posible la vida independiente o se requiere de atención especializada en materia de salud y cuidado (geriátricos, instituciones de salud mental, detención domiciliaria, etcétera).

⁴¹ Calderón, Sandra, *et al.*, “La realidad del adulto mayor en la pospensa”, en Gutiérrez-Quevedo, Marcela, *et al.*, *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 487.

⁴² CNDH, Informe especial..., *op. cit.*, p. 21.

Con respecto a la implementación de este tipo de medidas, en una tesis de postgrado desarrollada en Callao-Perú⁴³ se encontró que no siempre es posible acudir a este tipo de internamiento alternativo, no sólo por falta de regulación o voluntad institucional, sino por las mismas condiciones de vulnerabilidad de algunos adultos mayores, quienes no cuentan con una unidad de vivienda que permita su detención domiciliaria. En estos casos, sin embargo, la institución encargada de la atención y tratamiento de estas personas debería disponer de espacios que se adecuen a sus necesidades especiales.

La detención domiciliaria es una medida coercitiva inusual que se dicta a los adultos mayores, sin embargo, la no aplicación de esta medida se origina porque los adultos mayores suelen no tener un lugar estable donde residir y el trámite para que el INPE les asigne un espacio es engorroso, por lo que, toman la decisión de imponerles una prisión preventiva, no obstante, que su inaplicación no afecta a todos los adultos mayores sino solamente a aquellos que estén incapacitados por tener una enfermedad grave o impedidos de desplazarse por voluntad propia.⁴⁴

El mismo asunto fue abordado en una tesis de pregrado realizada en Ecuador, en la ciudad de Ibarra, país en el que la Constitución de la República reconoce a los adultos mayores como grupo de atención prioritaria. En caso de decretarse la medida privativa de la libertad, la legislación contempla la detención domiciliaria para personas mayores de 65 años: “La prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de 65 años de edad, excepto cuando se trate de delitos sexuales y trata de personas”.⁴⁵ Una medida similar está contemplada en el Código de Procedimiento Penal colombiano (Ley 906 de 2004) en su artículo 314.2 con respecto a la sustitución de la detención preventiva: “Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de

⁴³ Cfr. Cruz Rivera, Katherine, *La frecuente inaplicación de la detención domiciliaria frente a la imponente prisión preventiva en adultos mayores en el Callao-2022*, Lima, Universidad César Vallejo, 2022.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁵ Aguirre-Vallejo, Laura, *La prisión preventiva del adulto mayor y el arresto domiciliario*, Ibarra, Universidad Regional Autónoma de Los Andes, 2012, p. 16.

residencia”,⁴⁶ sin embargo, esta disposición no resulta clara siempre que incluye la *personalidad* del detenido como uno de los aspectos a considerar para aplicar la sustitución, lo que, en últimas, supedita la decisión a la consideración de la persona juzgadora.

En México, por su parte, el artículo 55 del Código Penal Federal señala que:

En el caso de que el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, el Órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan, en todo caso la valoración por parte del juez se apoyará en dictámenes de peritos. La revisión de la medida cautelar podrá ser promovida por las partes quienes además ofrecerán pruebas para dicho efecto.⁴⁷

Así pues, el tema de las liberaciones anticipadas o condicionadas de las personas mayores-PdL ha sido discutido e incluido en la legislación de varios países en la región, fundamentando la medida principalmente en las condiciones de salud física y mental de dicha población, y supeditando la decisión al tipo de delito y a la consideración del Juez o Jueza.

Ambas figuras (libertad anticipada y libertad condicionada), por ejemplo, están previstas en la legislación mexicana, en la Ley Nacional de Ejecución Penal, y pudieran considerarse como ejemplo de normas internas que permiten generar criterios o enfoques en el ámbito interamericano, y a su vez pueden servir para regular estas dos figuras en la legislación sobre ejecución penal en esta región del mundo.⁴⁸

Otra figura encontrada en la literatura es “el arresto domiciliario”, medida abordada y desarrollada por Fuentes-Buste y Meza-Macías en Ecuador, para abarcar la situación de derechos humanos de las personas mayores-PdL.

⁴⁶ Congreso de la República de Colombia, Ley 906. Código de Procedimiento Penal, Bogotá, República de Colombia, 2004.

⁴⁷ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Diario Oficial de la Federación de México*, 1931-2024, Código Penal Federal, México, 2016.

⁴⁸ Escuela Libre de Derecho, *op. cit.*, p. 73.

[el arresto domiciliario] es un derecho creado justamente para ser impuesto por los juzgadores con la finalidad de asegurar la presencia del imputado al estrado, pues mientras que la prisión preventiva lo mantiene encerrado dentro del centro de rehabilitación, el arresto lo debe de cumplir dentro de su domicilio, como antecedente para su aplicabilidad es que la persona sometida a juicio debe de formar parte del grupo de personas vulnerables, como son los adultos mayores y las embarazadas.⁴⁹

Otro aspecto diferenciado con relación a las personas mayores-PdL tiene que ver con la calidad de sus vínculos familiares y redes de apoyo, varios estudios señalan que es común que esta población no cuente con los apoyos suficientes para el desarrollo de su vida en prisión. Las condenas largas, el juzgamiento, el fallecimiento del cónyuge, el abandono o los traslados a reclusiones lejos de su lugar de origen son algunos de los factores que inciden en este fenómeno. Al respecto, los resultados del estudio realizado por Rosas-Treviño en 2017 en el CERESO número 2 demuestran que hay un patrón de abandono (50 %) y que este responde a cuestiones como los tiempos de condena, la distancia, dificultades económicas o muerte de sus familiares, entre otras no especificadas; este debilitamiento de los lazos sociofamiliares se ha documentado también en países como Colombia, Perú⁵⁰ y Argentina, al respecto, Bassotti señala que:

Las adultas y adultos mayores en prisión reciben escasas visitas de su entorno familiar, debido a diferentes factores, entre los que podemos mencionar: la falta de recursos de sus allegados para solventar los gastos de transporte, el fallecimiento de sus referentes más próximos, las dilatadas distancias entre sus residencias y los centros de detención, motivos que obstaculizan la continuidad de los vínculos familiares, sociales y comunitarios, al tiempo que dificultan los procesos de resocialización y generan impacto negativo en la salud.⁵¹

⁴⁹ Fuentes-Buste, Félix *et al.*, Caso No. 103-19-Jh/21, Hábeas Corpus concedido a favor de Ortiz Rojas Úrsulo Guillermo, adulto mayor privado de libertad en una UVC: "Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, integridad personal, salud y libertad, Manabí, Universidad San Gregorio de Portoviejo, 2022, p. 15.

⁵⁰ En una tesis de pregrado desarrollada en el Establecimiento Penitenciario San Judas Tadeo, Carquín, se encontró que el 43 % de personas mayores-PdL tenía un soporte familiar y, dentro de este porcentaje, dicho soporte podía clasificarse como medio en un 43 %, bajo en un 40 % y alto en un 16 %. En: Navidad, Gloria *et al.*, *Soporte familiar al adulto mayor interno del establecimiento penitenciario San Judas Tadeo, Carquín*, Huacho, 2023.

⁵¹ Bassotti, María, *op. cit.*, pp. 10-11.

Por su parte, en Cuba las personas mayores-PdL reconocen un sentimiento de depresión o frustración relacionado con el escaso contacto con sus familiares y amigos, pese a que reconozcan otros avances frente a su tratamiento diferenciado: "Los gerontes reclusos no se consideran un grupo de riesgo victimal; la existencia de un tratamiento diferenciado en los centros penitenciarios, la incidencia mayor en la afectación psicológica o social se muestra en el sentimiento solitario que poseen al no poder encontrarse junto a los familiares y amigos".⁵²

En ese sentido, resulta necesario concebir políticas, planes y proyectos que se orienten al fortalecimiento de dichos vínculos o, en los casos en los que no se cuenta con el apoyo familiar o de amigos, generar otro tipo de redes o apoyos institucionales que soporten la vida en prisión de las personas mayores-PdL y a las que puedan recurrir con posterioridad a su liberación.

Esta carencia de vínculos afectivos y de apoyos socio emocionales y económicos, por su puesto incide en la calidad de vida de las personas mayores-PdL, que en ocasiones no están en capacidad para cubrir sus necesidades básicas o acceder a los elementos de cuidado y aseo personal que requieren. Por tanto, es preciso también concebir estrategias orientadas a la generación de recursos propios. Sobre esto, una cuestión para remarcar en la jurisdicción mexicana es esta posibilidad que tienen las personas-PdL para generar recursos, lo que no está debidamente reglamentado en otros países como por ejemplo en Colombia.

Al respecto, el estudio de Rosas-Treviño⁵³ señala que sólo el 10 % de los encuestados manifiesta estar desempleado, aunque el 80 % considera que tiene problemas económicos, lo que indica que, aunque se encuentren desempeñando oficios o labores remuneradas, éstos no resultan suficientes para cubrir sus necesidades, por lo que la familia debe asumir los costos adicionales. Retomando el comparativo anterior, en México las personas-PdL deben pagar por su mantenimiento en el establecimiento penitenciario, mientras que en Colombia los gastos y la manutención de las personas-PdL recaen sobre el Estado, aunque la familia debe acarrear con los implementos de aseo y artículos de uso personal.

⁵² Pérez, Celín, *et al.*, *op. cit.*, p. 180.

⁵³ Rosas-Treviño, Heidi, *op. cit.*, pp. 333-358.

Según el Reglamento Interior de los Centros de Readaptación Social y de los centros preventivos de reclusión del estado de Nuevo León en sus artículos 48 y 49 se enuncia lo siguiente: “El trabajo es el medio para promover la readaptación del interno permitiéndole atender sus necesidades. El director del CERESO vigilará que la remuneración por la realización de dicha actividad se encuentre ajustada a Derecho” por lo que los ingresos adquiridos son responsabilidad de las autoridades penitenciarias en turno.⁵⁴

El tema de atención en salud de las personas mayores-PdL ha sido ampliamente desarrollado y denunciado, pues es común enfrentar baja cobertura, mala calidad y limitación de acceso a servicios especializados. Si bien las condiciones varían dependiendo del país, estas características resultan comunes y afectan de manera diferenciada a quienes tienen preexistencias o enfrentan enfermedades crónicas o asociadas al proceso de envejecimiento. En México, por ejemplo:

Dentro del penal no existe el servicio médico continuo por lo que los internos que lo requieren deben solicitarlo. Asimismo, y como sucede en muchos penales del país, carecen de medicamentos, no se les atiende las 24 horas, y en situaciones de gravedad tienen que esperar a que se les traslade a un hospital fuera del penal. Esta situación los ubica como una población altamente vulnerable, pues al depender totalmente de los servicios de la institución y estar totalmente bajo su tutela, muchas veces han tenido que sufrir, padecer y aguantar los malestares de enfermedades de fácil curación.⁵⁵

Además de los temas de salud que en general se asocian al proceso de envejecimiento, es muy frecuente encontrar en la literatura referencias y estudios específicos sobre la salud mental de la persona mayor-PdL. Un estudio realizado en Costa Rica⁵⁶ sugiere que las afectaciones de salud mental en los centros de reclusión

⁵⁴ Rosas-Treviño, Heidi, *op. cit.*, p. 350.

⁵⁵ Ramírez-García Telésforo, *Envejeciendo en reclusión un estudio de caso de los adultos mayores mexicanos en situación de cárcel*, Kairos, 2009, p. 167.

⁵⁶ Leal Maleos, Manrique, *et al.*, “Prevalencia de depresión en la población privada de libertad del centro de atención institucional adulto mayor del ministerio de justicia”, *Revista Costarricense de Salud Pública*, 2004, pp. 55-59.

están infradiagnosticadas y que los efectos de la prisión pueden incidir de manera directa en los estados depresivos.

Los acontecimientos vitales relacionados con eventos desafortunados de la vida resultan particularmente nocivos para los adultos mayores. La pérdida de su propia imagen, su salud, sus seres queridos y su propia seguridad económica, son factores que deben ser considerados a la hora de abordar los trastornos depresivos en esta población. El sistema penitenciario del país no se escapa de esta realidad. El envejecimiento de la población penal sumado a la pérdida de su libertad son elementos importantes por considerar cuando se estudian los factores que inciden sobre la salud de las personas reclusas.⁵⁷

Otros estudios como el de Bravo-Cucci en Perú establecen relaciones entre la enfermedad crónica, la salud mental y la discapacidad en las personas mayores-PdL. Concluyen que tanto la clasificación de las personas-PdL al momento del ingreso a prisión como la atención en salud, son susceptibles de mejora. Esta necesidad puede extrapolarse a otros países de la región en donde también se identifican deficiencias en los censos de población privada de la libertad y más aún en la cobertura y calidad de los servicios de salud especializada.

[La] evidencia precisa que se hace necesario fortalecer el instrumento del censo nacional penitenciario, a fin de recoger información que permita definir mejor las intervenciones, estrategias y orientaciones en promoción, prevención y atención de la población en las prisiones, especialmente de adultos mayores en prisión, dado que los servicios de salud son limitados y no se cuenta con todas las especialidades médicas.⁵⁸

Estos autores señalan también que es pertinente desarrollar investigaciones o estudios primarios centrados en padecimientos físicos, manejo médico, nutricional, psicológico, o adherencia al tratamiento, para comprender y abordar la situación de discapacidad en las prisiones.

⁵⁷ Leal-Maleos, Manrique, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁸ Bravo Cucci, Sergio, et al, “Comorbilidad de depresión-diabetes asociada a la discapacidad en el adulto mayor en prisión”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 2022, p. 67.

En el marco de su trabajo de grado, Figueroa-Palomino⁵⁹ en 2020 revisó de literatura sobre la relación entre privación de la libertad y prevalencia de afectaciones a la salud mental; recoge los aportes de Herrera (2000), Pons (2009) y Arroyo (2014), quienes señalan, entre otros asuntos, que: hay escasez de personal especializado en psicología y servicios terapéuticos al interior de los penales; los índices de patologías mentales tienden a aumentar por factores como el consumo de sustancias psicoactivas; hay precariedad en el relacionamiento con la familia; la adaptación a la cultura carcelaria se dificulta y la discapacidad mental afecta de manera particular a las personas-PdL por todo lo que implica la experiencia carcelaria.

Esta última afirmación se ve reforzada con el estudio de Blanco-Álvarez de 2015 en Costa Rica, el cual se concentra de manera particular en la ansiedad ante la muerte que puede provocar la prisión en la población de adultos mayores.

En el caso de los privados de libertad, la ansiedad ante la muerte está asociada al hecho de que no reciben una atención médica adecuada, situación que los hace más vulnerables a morir en prisión; además de que por su condición de adultos mayores presentan un mayor deterioro físico, el cual aumenta en un ambiente como la prisión, debido a las condiciones a las cuales se ven expuestos.⁶⁰

Otro factor que interviene de manera directa en la salud de las personas mayores-PdL son los regímenes alimentarios al interior de los penales, pues no siempre resultan inocuos y no se adecuan a las necesidades alimenticias particulares de esta población. Al respecto, en un estudio realizado en Ecuador por Pico-Pico y otros se indica que:

Los hábitos alimenticios de las personas mayores incluyen el bajo consumo de proteínas producto de carnes rojas o blancas; además se ha encontrado que eso no

⁵⁹ Figueroa-Palomino, Luisa, *Afectación de la salud mental en relación al aislamiento y el abandono familiar. Experiencias de vida de tres adultos mayores privados de la libertad por el delito de violencia sexual en la cárcel del municipio de Jamundí*, Fundación Universitaria Lumen Gentium, Cali, 2020.

⁶⁰ Blanco-Álvarez, Tatiana, "Ansiedad ante la muerte y factores de vulnerabilidad asociados en ofensores sexuales reclusos en el Centro de Atención Institucional Adulto Mayor", *Anales de gerontología*, 2015, p. 38.

guarda relación con la hipertensión arterial, ya que tanto aquellos que poseen sobrepeso como aquellos con peso normal padecen de esta patología. Dentro de los factores de riesgo identificados se tiene la falta de actividad física, el alto consumo de carbohidratos y el bajo consumo de carnes con alto contenido de omega3.⁶¹

Así pues, sobre el tema de salud, la revisión de literatura me permitió identificar estudios en particular sobre: diabetes, hipertensión, salud bucal, discapacidad, ansiedad, depresión y otras afectaciones en salud mental.

La calidad de vida de las personas mayores-PdL aparece recurrentemente en los estudios de manera directa o indirecta, por ejemplo, para su trabajo de grado Bonilla, Parra y Vélez en 2021⁶² encontraron que el bienestar físico alrededor de la salud y la actividad física ha sido ampliamente abordado, al igual que los asuntos de derechos humanos y legales, mientras que el bienestar asociado a la autodeterminación debería profundizarse en mayor medida, es decir, aquellas cuestiones asociadas a autonomía, decisiones, autorregulación, valores y metas. De igual forma debería profundizarse en la investigación sobre la normatividad en reeducación y reinserción social.

Con base en la literatura revisada y en las investigaciones que he podido adelantar, considero que también resultarían pertinentes el desarrollo de investigaciones y el diseño de políticas y estrategias de programas en materia de educación, salud y trabajo con enfoque interseccional; el análisis sobre la pertinencia y viabilidad de un sistema de responsabilidad penal especial para adultos mayores, tal como ocurre con los menores de edad infractores de la ley penal; los esfuerzos alrededor de la sensibilización de servidores penitenciarios en asuntos interseccionales; y, la profundización alrededor de las penas no privativas de la libertad.

⁶¹ Pico-Pico, Ángela *et al.*, “Factores de riesgo de la hipertensión arterial en adulto mayor en la comunidad de cárcel Montecristi-Ecuador”, *Revista Científica Dominio de las Ciencias*, 2020, p. 74.

⁶² Bonilla, María *et al.*, *Calidad de vida de los adultos mayores privados de la libertad en cárceles/ penitenciarías*, Universidad del Quindío, Armenia, 2021.

D. Buenas prácticas en la atención de personas mayores privadas de la libertad

En este último apartado recojo algunas iniciativas identificadas en la región para la garantía de derechos fundamentales y protección de las personas mayores-PdL, la información se construyó con base en la literatura analizada.

Me permito iniciar con una investigación de la que hice parte,⁶³ que con posterioridad dio lugar al diseño de un programa de atención especial dirigido a la población de personas mayores-PdL en Colombia, denominada “Siempre hay tiempo”.⁶⁴ Este programa fue incluido en los *Lineamientos, normas, programas y proyectos dirigidos a población vulnerable* emitidos por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia (INPEC); invitando a su implementación “de acuerdo a los recursos humanos disponibles, incluido el apoyo de estudiantes de prácticas y pasantías”.⁶⁵ Se fundamenta en los ejes: expectativa de vida, familiar, psicológico, prevención de la reincidencia e identificación de la conducta delictiva. Tiene por objeto “brindar atención diferencial tanto individual, como grupal a los adultos mayores durante su tiempo de internamiento, con el fin de aportar al mejoramiento de sus condiciones de vida”.⁶⁶ En ese sentido, brinda las herramientas tanto teóricas como prácticas para el trabajo directo con esta población e invita a profesionales de distintas disciplinas, estudiantes practicantes y organizaciones no gubernamentales a apropiarse el programa e implementarlo al interior de los establecimientos de reclusión. Si bien, el programa incluye elementos característicos del contexto colombiano, comprende la flexibilización requerida para adaptarlo y ejecutarlo en otros países de la región.⁶⁷

⁶³ Abaunza Forero, Carol, *op. cit.*, 2014.

⁶⁴ Mendoza Molina, Mónica *et al.*, *Siempre hay tiempo. Atención al adulto mayor privado de la libertad en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016.

⁶⁵ INPEC, *Lineamientos, normas, programas y proyectos dirigidos a población vulnerable de acuerdo con su misión y la normatividad aplicable*, Bogotá, INPEC, 2017, p. 10.

⁶⁶ Mendoza Molina, *op. cit.*, p. 1.

⁶⁷ El documento es de acceso libre y se puede consultar en: <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/adultos-mayores-privados-de-la-libertad-en-colombia-9789587385328.pdf>

En este orden, son importantes las alianzas de cooperación que se establecen entre los establecimientos de reclusión y entidades públicas o privadas para ofrecer alternativas a las personas mayores-PdL. La revisión documental me permitió identificar casos puntuales como el de la cárcel de Valledupar en Colombia, que cuenta con un programa de adulto mayor orientado al mejoramiento de la calidad de vida y la generación de oportunidades post liberación.

La identificación permite que estos hombres adultos se vinculen a los proyectos previstos para la vigencia por parte del Establecimiento con el apoyo de la Oficina de Gestión Social de la Alcaldía de Valledupar. De esta manera la Alcaldía contribuye al desarrollo y bienestar de los Reclusos a través de procesos sociales; aplicando principios de justicia social y equidad. Los programas están enfocados al adulto mayor, promocionando los derechos, deberes, valores y la inclusión social. Al término de sus condenas se busca que los Internos cuenten con estrategias de responsabilidad social empresarial que contribuyan al éxito de sus propias alternativas laborales.⁶⁸

Algunos de los documentos revisados se fundamentan en intervenciones puntuales al interior de los penales e incluyen aspectos de promoción y prevención de la salud, que pueden demostrar resultados positivos en la calidad de vida de la población de personas mayores-PdL, en términos del autocuidado. Tal es el caso de las investigaciones adelantadas por Ley-Sifontes y otros, que incluyeron un componente pedagógico orientado al:

ofrecimiento de una estrategia para la futura reinserción a la vida social, dadas las barreras sociales y personales que dificultan un exitoso proceso de readaptación a la vida en libertad. En este sentido, se busca facilitar al adulto mayor recluso la construcción de una mejor visión de su propio futuro, donde pueda replantear su proyecto de vida y potencializar sus habilidades y talentos para enfocarle, en los aspectos positivos del envejecimiento y orientarle hacia el mantenimiento de sus capacidades y nuevos aprendizajes.⁶⁹

⁶⁸ INPEC, Alternativas sociales y laborales para Internos Adultos Mayores, NotInpec, 2018, Julio 4.

⁶⁹ Ley-Sifontes, Luis, *et al.*, *Fundamentos del modelo educativo sistémico procesual en salud bucal del adulto mayor en centros penitenciarios*, Camaguey, 2021, p. 8.

Considero que este tipo de experiencias se consolidan como buenas prácticas al producir conocimiento científico, pero además generar aprendizajes y habilidades dentro de la población, orientadas al mejoramiento de la calidad de vida en prisión y a una futura vida en libertad. Este modelo fue presentando también en escenarios académicos, mediante documentos adicionales generados a modo de ponencia.

En el mismo orden, se han diseñado modelos para el mejoramiento de la calidad de vida de personas mayores-PdL basados en evidencia, como el de Espinosa-Salazar y Libreros-Gutiérrez,⁷⁰ en los que proponen medidas correspondientes a diferentes áreas: biológica (ampliar la cobertura en la atención a través de convenios con instituciones de educación y empresas privadas); social (enfoque gerontológico en la atención, alianzas con empresas privadas para la oferta laboral, rebaja de pena); psicológica (valoración psicológica al momento de ingreso, pabellones especiales), cultural y recreativa (alianzas con entidades externas).

Vincular las prácticas profesionales al escenario penitenciario y carcelario es otra buena práctica en varios sentidos; por un lado, representa el acompañamiento de la academia y, por otro, la posibilidad de aplicación de programas o proyectos especiales dirigidos a personas mayores-PdL, que en otras condiciones no sería posible por la insuficiencia de personal de atención en las prisiones. Muchas de estas prácticas permiten, asimismo, la producción de conocimiento especializado, al estar vinculadas a proyectos de investigación de los docentes acompañantes del proceso. Un ejemplo de esto es el trabajo realizado por Castro-Gómez en Costa Rica de 2018,⁷¹ en el que concluye que cada atención debe ser personalizada, pues no todas las personas mayores-PdL se encuentran en las mismas condiciones y, a su vez, éstas no dependen de la edad, deben contemplarse, por tanto: un historial médico detallado (traumas cráneo encefálicos, enfermedades crónicas, consumo de medicamentos, consumo de sustancias psicoactivas);

⁷⁰ Espinoza Salazar, E., Libreros-Gutiérrez, J. *Modelo básico para el mejoramiento de la calidad de vida del viejo recluso, durante su permanencia en la cárcel del distrito de Cali Villahermosa*, ICESI, 2010.

⁷¹ Castro Gómez, María, *El rol de la psicología en el Centro de Atención Institucional Adulto Mayor: una aproximación desde la neuropsicología forense*, San José, 2018.

prevalencia de estados depresivos, de ansiedad o desregulación emocional; aplicación de test neuropsicológicos; enriquecer el ambiente carcelario para enfrenar problemas de desinhibición conductual y abordar el asunto de delitos sexuales de manera particular.

Otra experiencia interesante es la cátedra del adulto mayor implementada en algunas prisiones en Cuba, que vincula a las personas mayores-PdL con el fin de mejorar su calidad de vida, mostrando resultados importantes en términos de la participación masiva de la población en las actividades que desde allí se les proponen. Sobre las personas participantes:

El 100 % evaluó como efectiva la implementación de la cátedra del adulto mayor, expresaron las siguientes consideraciones: que contribuye a la calidad de vida desde la educación como un derecho; profundiza sus temáticas en el desarrollo humano dedicado al conocimiento de la edad y de la seguridad social sobre dicho régimen; se potencia el mejoramiento humano y la socialización de los reclusos gerontes; fomenta una mejor preparación y capacitación sobre la cultura gerontológica y el trato personalizado y los propios gerontes más capacitados se insertan como monitores de los diferentes temas.⁷²

Por último, resulta relevante incluir en el diseño e implementación de estrategias de atención y tratamiento penitenciario y pospenitenciario, aquellos factores protectores identificados en algunos estudios como:

Alto nivel de participación social, cantidad y calidad de relaciones interpersonales, apoyo social percibido por parte de compañeros, familiares y amigos, hábitos de vida saludables por medio la actividad física e intelectual y de la alimentación sana, altas expectativas de vida a futuro que fortalecen el desarrollo de su proyecto de vida, interés por aportar conocimiento y experiencia a la sociedad, compromiso activo con la vida, resiliencia y adaptación favorable al entorno penitenciario.⁷³

⁷² Pérez, Celín, *op. cit.*, p. 180.

⁷³ Villareal Vargas, Carlos, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

Finalizo este capítulo recogiendo un estudio adelantado por UNODC que ilustra algunas experiencias exitosas de atención a personas mayores-PdL que, sin embargo, no se ubican en la región latinoamericana, sino en países como: Canadá (viviendas transitorias para adultos mayores una vez liberados); Reino Unido (Departamento de Salud y Asistencia Social) cubre necesidades de salud y empleabilidad); Estados Unidos (hospicios al interior de las prisiones que atienden personas con enfermedades terminales a través de un programa de voluntariado al cual se vinculan otras personas-PdL);⁷⁴ sería pertinente explorar estas experiencias a profundidad y evaluar la posibilidad de adaptarlas a las realidades latinoamericanas.

⁷⁴ UNODC, Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes, ONU, Nueva York, 2013.

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas

ABAUNZA FORERO, C. *et al.*, *Adultos Mayores Privados de la Libertad en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2014.

AGUIRRE VALLEJO, L., *La prisión preventiva del adulto mayor y el arresto domiciliario*, Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Ibarra, 2012.

BASSOTTI, M., “Tercera edad en prisión. Invisibilidad de las personas adultas mayores”, *Pensamiento penal*, 2022, pp. 1-22.

BLANCO ÁLVAREZ, T., “Ansiedad ante la muerte y factores de vulnerabilidad asociados en ofensores sexuales reclusos en el Centro de Atención Institucional Adulto Mayor”, *Anales en gerontología*, 2015, pp. 26-40.

BONILLA, M., PARRA, H., *et al.*, *Calidad de vida de los adultos mayores privados de la libertad en cárceles/penitenciarias*, Universidad del Quindío, Armenia, 2021.

BRAVO CUCCI, S. *et al.*, “Comorbilidad de depresión-diabetes asociada a la discapacidad en el adulto mayor en prisión”, *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, 2022, pp. 56-65.

BUSTE, F., y MEZA MACÍAS, G., “Caso No. 103-19-Jh/21, Hábeas Corpus concedido a favor de Ortíz Rojas Úrsulo Guillermo, adulto mayor privado de libertad en una UVC: de las personas y grupos de atención prioritaria, integridad personal, salud y libertad”, en *Revista de Derecho*, 2022.

CALDERÓN, S., y CONDE, E., “La realidad del adulto mayor en la pospena”, en M. Gutierrez-Quevedo y A. Olarte-Delgado (coords.), *Política criminal y abolicionismo, hacia una cultura restaurativa*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2018, pp. 457-492.

- CASTAÑO, D., y ÁLVAREZ, J. C., *Las posibles medidas de protección aplicables para la población carcelaria de la tercera edad - adultos mayores teniendo en cuenta los artículos 13 y 46 de la Constitución Política de Colombia*, Medellín, s.e., 2020.
- CASTRO GÓMEZ, M., *El rol de la psicología en el Centro de Atención Institucional Adulto Mayor: una aproximación desde la neuropsicología forense*, San José, s.e., 2018.
- CNDH, *Ley de los derechos de las personas adultas mayores*, México, CNDH, 2015.
- CNDH, *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre personas mayores en los centros penitenciarios de la República Mexicana*, Ciudad de México, CNDH, 2017.
- CRUZ RIVERA, K., *La frecuente inaplicación de la detención domiciliaria frente a la imponente prisión preventiva en adultos mayores en el Callao-2022*, Universidad César Vallejo, Lima, 2022.
- DE HARO, A., “El estigma en la vejez. Una etnografía en residencias para mayores”, *Intersecciones en Antropología*, 2014, pp. 445-459.
- ELD, *Escuela Libre de Derecho Enfoques diferenciados en materia de personas privadas de la libertad (Amicus curiae)*, México, 2020.
- ESPINOZA SALAZAR, E., y LIBREROS GUTIÉRREZ, J. *Modelo básico para el mejoramiento de la calidad de vida del viejo recluso, durante su permanencia en la cárcel del distrito de Cali*, ICESI, Villahermoso, 2010.
- FIGUEROA PALOMINO, L. *Afectación de la salud mental en relación al aislamiento y el abandono familiar. Experiencias de vida de tres adultos mayores privados de la libertad por el delito de violencia sexual en la cárcel del municipio de Jamundí*, Fundación Universitaria Lumen Gentium, Cali, 2020.

- LEAL MALEOS, M., y SALAZAR SOLIS, R., “Prevalencia de depresión en la población privada de libertad del centro de atención institucional adulto mayor del ministerio de justicia”, *Revista Costarricense de Salud Pública*, 2004, pp. 55-59.
- LEY SIFONTES, L. *et al.*, “Modelo educativo de salud bucal sistémico-procesual del adulto mayor en el contexto penitenciario”, *Revista Archivo Médico de Camaguey*, 2021.
- MALDONADO FUENTES, F. “Adulto mayor y cárcel: ¿cuestión humanitaria o cuestión de derechos *Política criminal*, 2019, pp. 1-46.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, N., *Análisis jurídico del respeto y protección de los derechos humanos de la población adulta mayor en los centros de atención institucional de Sistema Penitenciario Nacional*, Heredia, Universidad Latina de Costa Rica, 2017.
- MENDOZA MOLINA, M. *et al.*, *Siempre hay tiempo. Atención al adulto mayor privado de la libertad en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016.
- NAVIDAD, G., y OYOLA, Y. *Soprote familiar al adulto mayor interno del establecimiento penitenciario San Judas Tadeo*, Carquín, Huacho, Perú, 2023.
- OMS. *Envejecimiento y salud*, 1 de octubre de 2022. Disponible en: «<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/ageing-and-health>». [Consultado el 28 de agosto de 2024].
- OMS, *Salud mental de los adultos mayores*, WHO, 20 de octubre de 2023. Disponible en: «<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-health-of-older-adults>». [Consultado el 28 de agosto de 2024].
- OPS, *Plan de acción sobre la salud de las personas mayores incluido el envejecimiento activo y saludable*, Organización de las Naciones Unidas, Washington, 2009.

PRI Penal Reform International *Personas mayores en detención, un marco para el monitoreo preventivo*, Penal Reform International, Londres, 2021.

PÉREZ, C., *et al.*, “Efectos de la prisionalización en el adulto mayor recluso en la Prisión Provincial de Ciego de Ávila en Cuba”, *Revista de Derecho*, 2022, pp. 168-185.

PICO PICO, Á. *et al.* “Factores de riesgo de la hipertensión arterial en adulto mayor en la comunidad de cárcel Montecristi-Ecuador”, *Revista Científica Dominio de las Ciencias*, 2020, pp. 64-76.

PORPORINO, F., “Viejos y olvidados detrás de las barras: enfrentando la crisis de los ancianos en las prisiones”, *Justice Trends*, 2018.

RAMÍREZ GARCÍA, T., *Envejeciendo en reclusión un estudio de caso de los adultos mayores mexiquenses en situación de cárcel*, Kairos, 2009, pp. 149-180.

ROSAS TREVIÑO, H., “La realidad carcelaria en la tercera edad”, en P. Cerda Pérez (coord.), *Reinserción social: entre urgencias penitenciarias y normatividad jurídica*, Universidad de Nuevo León, Nuevo León, 2017, pp. 333-358.

SCJN *Manual para juzgar casos de personas mayores*, México, SCJN, 2022.

VILLAREAL VARGAS, C. *Envejecimiento del adulto mayor en reclusión de establecimiento penitenciario de mediana seguridad*, EPMSC-Pamplona, Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, Bogotá, 2018.

B. Legislación nacional

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Diario Oficial de la Federación de México, 1931-2024, Código Penal Federal*, México, 2016.

C. Legislación internacional

Consejo de Europa. Reglas Penitenciarias Europeas, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2006.

Colombia, Congreso de la República. Ley 906. Código de Procedimiento Penal, Bogotá, República de Colombia, 2004.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia 252, Bogotá, República de Colombia, 2017.

Colombia, INPEC (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario). “Alternativas sociales y laborales para Internos Adultos Mayores”, NotInpec, 4 de julio de 2018.

Colombia, Ministerio de Protección Social. Política Nacional de Envejecimiento y Vejez 2007-2019, República de Colombia, Bogotá, 2007.

Colombia, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Participaz. La ruta de los derechos. Diplomado en políticas públicas para las víctimas y la construcción de paz, OIM-USAID, Bogotá, 2015.

INPEC, *Lineamientos, normas, programas y proyectos dirigidos a población vulnerable de acuerdo con su misión y la normatividad aplicable*, INPEC, Bogotá, 2017.

D. Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano

1. Otros documentos

CIDH, *Derechos humanos de las personas mayores y sistemas nacionales de protección en las Américas*, s.c., OEA, 2022.

OEA, *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*, Washington, Organización de Estados Americanos, 2015.

E. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

1. Otros documentos

CEPAL, Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, San José, Organización de las Naciones Unidas, 2012.

ONU, Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad, ONU, 1991.

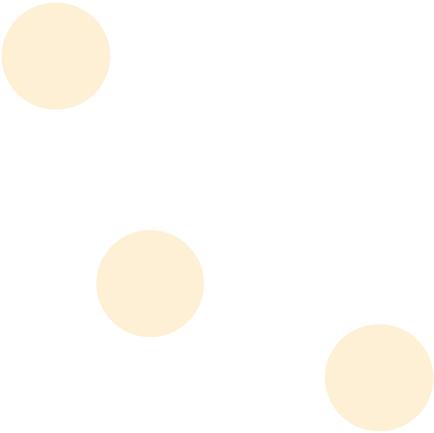
ONU, Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2002.

UNODC, *Manual sobre reclusos con necesidades especiales*, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2009.

UNODC, Reglas de Bangkok, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2011.

UNODC, *Guía de Introducción a la Prevención de la Reincidencia y la Reintegración Social de Delincuentes*, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

UNODC, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2015.



Capítulo

9.

Personas con discapacidad privadas de la libertad

María Sirvent Bravo-Ahuja*

* Licenciada en Derecho. Directora general de Documenta, Análisis y acción para la justicia social, A.C. Este artículo se realizó con la colaboración y en coautoría con Diana Sheinbaum Lerner, quien es maestra en Urbanismo y Coordinadora del Programa Discapacidad y Justicia de Documenta, Análisis y acción para la justicia social, A.C.; y de Nayomi Aoyama, Coordinadora del Programa de Sistema Penitenciario y Reinserción Social de la misma organización. Este artículo refleja en gran medida la experiencia del trabajo que la organización Documenta ha realizado a lo largo de más de una década.

Personas con discapacidad privadas de la libertad. Introducción. A. ¿Cuántas personas con discapacidad hay en las cárceles?. B. Violencias, abusos y riesgos de las personas con discapacidad en prisión. C. Retos y elementos mínimos para la aplicación de la perspectiva de discapacidad en la ejecución penal. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El objetivo de este texto es abordar un tema del que se ha investigado y escrito poco en México: ¿cuál es la situación de las personas con discapacidad que se encuentran en el sistema penitenciario en nuestro país? ¿Es su discapacidad una condición que agrava el cumplimiento de una sanción penal? ¿Cuáles son las obligaciones del Estado con respecto a las personas con discapacidad que se encuentran privadas de su libertad (-PdL)? ¿Es el sistema penitenciario el espacio adecuado para imponer “tratamientos” a personas que han sido declaradas no responsables penalmente, pero que aun así están privadas de su libertad? ¿Cómo garantizar el respeto a los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la ejecución penal?

A lo largo de las siguientes páginas esperamos poder esbozar algunas respuestas a las preguntas planteadas. Nuestras reflexiones se nutren del trabajo realizado por la organización de la sociedad civil Documenta, acompañando casos de personas con discapacidad intelectual y psicosocial que se encuentran cumpliendo una sanción en el espacio penitenciario. También es el producto de la experiencia implementando ajustes de procedimiento en más de seis mil audiencias penales en las que se encontraba involucrada una persona con discapacidad intelectual y psicosocial ya sea como víctima, testigo o imputada.¹

¹ El Programa “Hacia un sistema de justicia incluyente: proceso penal y discapacidad psicosocial” es una colaboración entre Documenta y el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México a partir

En la primera sección de este artículo se ofrece un panorama general sobre el número de personas con discapacidad que se encuentran en las cárceles del país. De este análisis se desprende que la intersección entre cárcel y discapacidad es una que amerita una mirada y un análisis más profundo dado que no son pocas las personas que cumplen con una sanción penal y viven con una condición de discapacidad.

El segundo apartado aborda las vulneraciones, los abusos y los riesgos que enfrentan las personas con discapacidad en prisión. En particular nos centramos en cuatro temas: la falta de adecuación y accesibilidad del espacio penitenciario para asegurar que las personas con discapacidad vivan en igualdad de condiciones y accedan a los mismos servicios y programas que el resto de la población penitenciaria; las violencias y riesgos que enfrentan las personas con discapacidad privadas de su libertad, producto de la situación de dependencia en la que se encuentran y de las barreras cognitivas para comprender las reglas que rigen la gestión de los centros y adaptarse a las dinámicas sociales del entorno en el que cumplen condena; la falta de herramientas adecuadas para que las personas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones a los medios para lograr su reinserción y, finalmente, las vulneraciones que provoca el tratamiento para inimputables, una medida que impacta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad y que implica una privación de libertad por esos motivos.

En este análisis hemos incorporado algunos de los estándares emanados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y las obligaciones que de éstos se derivan. Hemos sumado referencias sobre casos específicos que han sido resueltos tanto en el Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) dado que los mismos ofrecen una hoja de ruta para responder a cómo se podrían asegurar los derechos de las personas con discapacidad en prisión de mejor manera.

del cual un equipo de personas consultoras técnicas en materia de discapacidad implementa ajustes de procedimiento para asegurar que los procesos judiciales responden a las necesidades particulares de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial que participan como víctimas, testigos o imputadas. Véase Sheinbaum, Diana y Vera, Sara, *Hacia un sistema de justicia incluyente: proceso penal y discapacidad psicosocial*, Ediciones Gernika, S.A., Ciudad de México, 2016.

La tercera y última sección titulada “Retos y elementos mínimos para la aplicación de la perspectiva de discapacidad en la ejecución penal” ofrece un análisis en dos niveles: el primero con respecto al marco normativo de ejecución penal mexicano y las áreas de oportunidad para llevar a cabo la necesaria armonización legislativa con respecto a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD); el segundo vinculado con orientaciones y ejemplos de prácticas que han sido implementadas para dar respuesta a las obligaciones que deben cumplir las autoridades jurisdiccionales para hacer efectivos los principios y derechos contenidos en dicho tratado internacional en el ámbito de la ejecución penal.

Esperamos que este texto brinde un primer acercamiento para comprender la situación de las personas con discapacidad en prisión y con ello nos movilice para reevaluar las respuestas sociales que han sido construidas sobre las nociones del castigo, el tratamiento y la diferencia.

A. ¿Cuántas personas con discapacidad hay en las cárceles?

Hoy en día ya no es un hecho controvertido que las personas con discapacidad constituyen una proporción importante de la población penitenciaria. La ex Relatora sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, Catalina Devandas Aguilar señaló en un informe del año 2019 que, aunque las personas con discapacidad “constituyen el 15 % de la población mundial, en muchos países la proporción de personas con discapacidad encarceladas representa hasta el 50 % de los reclusos.”²

En México, el análisis de los datos sobre personas con discapacidad en las cárceles del país da cuenta de la necesidad de abordar su situación con detenimiento, dado que no son pocas las personas que se encuentran en esta condición. La información generada por la autoridad encargada de la administración del sistema penitenciario informa que, en junio del 2024, la población penitenciaria con discapacidad

² ONU, A/HRC/40/54, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, p. 4.

o patologías suman un total de 29,024 personas, de las cuales el 20.13 % tienen dificultades para ver; el 2 %, dificultades para escuchar; 0.39 % personas con dificultades para hablar o que son mudas, 24.75 % dificultades para moverse y 0.37 % con tumores y traumatismos en la cabeza.³

En términos de la distribución de la población con discapacidad en los centros penitenciarios del país, se observa que los cinco estados de la República con un porcentaje más alto son Chihuahua, Puebla, Estado de México, Jalisco y Guerrero. El Centro Federal Penitenciario No. 11 en Sonora ocupa el tercer lugar. Los estados que tienen menos personas con discapacidad son Oaxaca, Nayarit, Baja California Sur, Colima y Tlaxcala.⁴

Los censos oficiales contabilizan de manera independiente a las personas privadas de la libertad con lo que denominan padecimientos mentales e inimputables. Esto ofrece una visión sobre las personas con otro tipo de discapacidades, como intelectual y psicosocial, en las cárceles del país. Un grupo que generalmente suele ser invisibilizado dentro de las estadísticas. Si bien no hay claridad sobre los criterios utilizados para incluir a alguien dentro de esta categoría, es importante recuperar y valorar dichos datos.

La información del mes de junio del 2024 señala que hay un total de 678 personas declaradas inimputables (31 mujeres y el resto hombres) y **6,985 personas con “padecimientos mentales”** (*sic*),⁵ de los cuales 645 son mujeres.⁶ Con res-

³ Los Cuadernos mensuales sobre población penitenciaria vulnerable y de origen extranjero se publican cada mes. Dichos cuadernos empezaron a elaborarse desde el mes de septiembre del 2022 y en ellos se puede consultar información sobre “población privada de la libertad indígena, con padecimientos mentales e inimputables, adultos mayores, con discapacidad y/o patologías, población femenina con hijos, personas de la comunidad LGTBTTIQ+ y población extranjera”. OADPRS, *Cuaderno mensual de datos estadísticos de población penitenciaria vulnerable y de origen extranjero*, junio 2024.

⁴ Ídem.

⁵ El protocolo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para Juzgar con perspectiva de Discapacidad señala que se deberá entender como personas con discapacidad psicosocial o personas con diversidad funcional en el ámbito mental. Véase SCJN, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Discapacidad*, SCJN, México, 2022, pp. 157-158.

⁶ A pesar de no parecernos adecuado el término “enfermedades mentales”, hemos decidido utilizarlo dado que es éste el que emplea el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, la institución rectora penitenciaria, en la sistematización de información. De los censos no

pecto a su situación jurídica, los datos sugieren que el 67.9 % de las personas inimputables tienen una sentencia y el 32.1 % siguen siendo procesadas. En el caso de las personas con “enfermedades mentales” su situación no es tan distinta: 38.5 % son procesadas, mientras que el 61.5 % ya tienen una sentencia.

Con base en los datos oficiales existen entonces **29,024 personas con discapacidad privadas de su libertad** en México, a las cuales hay que sumar **7,663 personas inimputables** y con “**padecimientos mentales** (sic) lo que daría un universo de 36,687 **personas** que representan el **15.82 % de la población penitenciaria**.⁷

B. Violencias, abusos y riesgos de las personas con discapacidad en prisión

Las personas con discapacidad en el contexto penitenciario se enfrentan, como en el exterior, a una discriminación estructural que multiplica los efectos de por sí ya nocivos de la privación de libertad. En las siguientes páginas abordaremos algunos de los aspectos que dan cuenta de las vulneraciones, los abusos y los riesgos que experimentan, producto de una multiplicidad de barreras que no sólo les impiden tener las mismas oportunidades que el resto de las personas privadas de la libertad, sino que los colocan en una situación de extrema vulnerabilidad.

I. El encierro dentro del encierro

La falta de accesibilidad de las prisiones constituye un aspecto que da cuenta de que, en el caso de las personas con discapacidad, la reclusión puede superar el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la misma,⁸ en la medida en que las condiciones del entorno impiden a las personas desplazarse con libertad y seguridad, participar de los programas, actividades y servicios, y tener una vida lo más digna

se desprende información precisa o los criterios utilizados por dicha autoridad para determinar quiénes entran dentro de esta categoría.

⁷ El cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional del OADPRS del mes de junio de 2024 señala que hay 231,954 personas privadas de la libertad. Se utiliza ese dato para obtener el porcentaje.

⁸ Corte IDH, *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencias de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 312, párr. 169.

y autónoma posible dentro de los centros penitenciarios. Así, la falta de accesibilidad se traduce en un encierro de naturaleza distinta al resto de la población penitenciaria. Un encierro dentro del encierro.

El caso de la señora Chinchilla resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) da cuenta de esta situación. La señora Chinchilla Sandoval se encontraba en una cárcel en Guatemala. Durante su reclusión, su estado de salud se fue deteriorando progresivamente debido a diversas enfermedades, entre ellas diabetes mellitus tipo dos. Este padecimiento le provocó la amputación de una pierna y una importante disminución de la vista. A partir de ese momento, la señora Chinchilla tuvo que usar una silla de ruedas.

La falta de accesibilidad del espacio penitenciario provocó su exclusión y aislamiento debido a la imposibilidad de desplazarse y participar en las actividades que se organizaban dentro de la cárcel. Un día, al tratar de desplazarse por el centro con su silla de ruedas, la señora Chinchilla se cayó de unas gradas y murió como consecuencia.⁹

En este caso, la Corte IDH resolvió que, debido a la falta de accesibilidad y ajustes razonables, se le colocó en situación de discriminación y en condiciones de detención incompatibles con el derecho a la integridad física y mental.¹⁰ Señaló, además, que los Estados tienen la obligación de identificar y eliminar los obstáculos y barreras de acceso, a fin de que las personas con discapacidad privadas de libertad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida diaria del lugar de detención, asegurando su acceso en igualdad de condiciones con las demás personas privadas de libertad a los diversos ambientes físicos y servicios, tales como baños, patios, bibliotecas, talleres de estudio o trabajo, servicios médico, psicológico, social y legal.¹¹

Los estándares anteriores también los adopta el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité DPD) en el caso *X vs. Argentina*. El peticio-

⁹ *Cfr. Ibid.*, párr. 99.

¹⁰ *Cfr. Ibid.*, párr. 219.

¹¹ *Cfr. Ibid.*, párr. 213.

nario es una persona con discapacidad física e intelectual que se encontraba detenida de manera preventiva en un centro penitenciario y recibía tratamiento diario en un hospital de rehabilitación lejano a dicho centro. Por la distancia y la necesidad de acudir diariamente al servicio de rehabilitación, el señor X solicitó cambiar de medida cautelar de detención preventiva a arresto domiciliario. Sin embargo, sus solicitudes fueron rechazadas.¹²

Como en el caso de la señora Chinchilla, el señor X refirió que el centro penitenciario no contaba con las instalaciones ni el personal adecuado para brindar el tratamiento que requería. Tampoco contaba con la infraestructura adecuada para personas con discapacidad ya que no le era posible tener acceso al patio, el baño y la ducha dado que no estaban adaptados para el uso de sillas de ruedas.

Sobre estos hechos, el Comité DPD señaló que las personas con discapacidad privadas de su libertad tienen derecho a ajustes razonables y los centros penitenciarios están obligados a garantizar la accesibilidad de las prisiones adoptando medidas pertinentes para que las personas-PdL puedan vivir de manera independiente y participar plenamente en todos los aspectos de vida del centro de detención. Por ejemplo, garantizar el acceso, en igualdad de condiciones, al patio, baños, bibliotecas, servicio médico, talleres de estudio, entre otros.¹³

En el dictamen, el Comité DPD estimó que no se probó de manera fehaciente que los ajustes realizados fueran suficientes para garantizar el acceso del autor a diversos ambientes físicos de la manera más independiente posible. Por consiguiente, el Comité DPD determinó que la falta de accesibilidad y ajustes razonables colocaron al señor X en condiciones precarias de detención.

La falta de accesibilidad es un tema no sólo relevante para las personas con discapacidad motriz o sensorial, sino que también afecta a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, quienes comúnmente son ubicadas en pabellones o

¹² Cfr., ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/11/D/8/2012, *Comunicación N° 8/2012 "X vs. Argentina"*.

¹³ *Ibidem*.

unidades, dentro del espacio penitenciario, reservados para la población penitenciaria clasificada como portadora de una “enfermedad mental”.

El ex Relator especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Juan E. Méndez, dio cuenta en uno de sus informes derivado de la visita a prisiones

(...) que la mayoría de las personas con discapacidades que se encuentran en el sistema penitenciario no están en centros reservados para su debido tratamiento, sino que se albergan en sectores reducidos de las prisiones y sufren condiciones de insalubridad y hacinamiento, agravadas por sus necesidades de salud.¹⁴

Junto con las condiciones insalubres, estos espacios “especializados” suelen implicar un agravamiento de las condiciones de detención, en la medida en que operan bajo lógicas de seguridad más estrictas que evitan que las personas que ahí permanecen tengan las mismas condiciones que el resto de la población penitenciaria.

En un trabajo sobre las unidades psiquiátricas o módulos especiales de las cárceles en México, se encontró, por ejemplo, que en 2021 había más de 2,000 personas en este tipo de módulos. Si bien se suele argumentar que su existencia responde a una medida de atención a la salud mental, las condiciones de estos espacios y el doble aislamiento en el que se encuentran quienes ahí residen resultan en una mayor afectación para las personas con discapacidad privadas de la libertad.¹⁵

Dado que el aislamiento se impone generalmente bajo argumentos relacionados con la supuesta peligrosidad de las personas con discapacidad psicosocial, estos espacios “especializados” cuentan, en la gran mayoría de los casos, con mecanismos de seguridad adicionales como candados, cerraduras o personal de seguridad añadido. Para poner un ejemplo, en unas de las cárceles mexicanas se encontró que:

¹⁴ ONU, A/HRC/28/68/Add.3, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, 2014, párr. 75.

¹⁵ Documenta, *El encierro dentro del encierro*, Documenta, México, 2024 (pendiente de publicación).

Se cuenta con un dormitorio que se denomina de ‘atención psicosocial’, el cual se trata de un área completamente cerrada en su perímetro con muros, malla ciclónica, y que cuenta con medidas de seguridad adicionales en comparación con el resto de los dormitorios de este centro de reinserción social, con el fin de mantener un mayor control y seguridad para las personas privadas de libertad que se encuentran ubicadas en el mismo. Se cuenta con un oficial de seguridad y custodia que lleva el control de todas y cada una de las personas que ingresan y salen del referido dormitorio, y en cuanto a las medidas de seguridad que se implementan dentro, se utilizan únicamente los candados en cada una de las estancias con el fin de mantenerlas cerradas para evitar que las personas por sus propios problemas se salgan de control.¹⁶

Estas circunstancias arrojan luz sobre las limitaciones adicionales que enfrentan las personas consideradas como “enfermas mentales”. Es decir, además de estar privadas de la libertad, no tienen derecho al libre tránsito dentro del espacio penitenciario, dado que están confinadas en pabellones.

La existencia de estos espacios es problemática desde un enfoque de derechos humanos por diversas razones: el doble encierro y la severidad de la pena asociada a las condiciones dentro de esos espacios impone restricciones a la movilidad y al acceso a servicios y programas a los que tiene acceso el resto de la población penitenciaria.¹⁷ A lo anterior hay que agregar que en estos módulos o pabellones aumenta el riesgo de sufrir otras violaciones de derechos humanos, incluido, por ejemplo, el tratamiento farmacológico forzoso.

¹⁶ Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Chihuahua, Unidad de Transparencia. Oficio: SSPE-3C. 1.1.3/784/2021, Solicitud de información pública.

¹⁷ Esto en contraposición a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela) en la Regla 5, establece lo siguiente: “Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables 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.” De igual manera, la Ley Nacional de Ejecución Penal de México en su artículo 4 plantea que: “Las autoridades deben velar porque las personas sujetas a esta Ley sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos. En el caso de las personas con discapacidad o inimputabilidad deben preverse ajustes razonables al procedimiento cuando son requeridos, así como el diseño universal de las instalaciones para la adecuada accesibilidad.”

II. Víctimas de violencia

En este escenario, no es difícil imaginar que las personas con discapacidad que se encuentran en contextos de privación de libertad, como los recintos penitenciarios, vivan en una situación de extrema vulnerabilidad y corran un mayor riesgo de ser víctimas de actos de violencia y tratos crueles, inhumanos y/o degradantes.

Las dificultades que enfrentan las personas con discapacidad en la sociedad se exageran en prisión debido al encierro y las restricciones, a la violencia derivada del hacinamiento, a la falta de una correcta identificación y a la carencia de medidas específicas que permitan que se integren en el medio penitenciario.

Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden requerir apoyos para llevar a cabo actividades cotidianas como comer, vestirse, usar el sanitario, bañarse y desarrollar actividades recreativas, por lo que una inadecuada atención puede derivar en situaciones de malos tratos o abusos, como quedarse sin alimentos, sobrellevar condiciones indignas de higiene o soportar estancias prolongadas de aislamiento.

Asimismo, son susceptibles de sufrir violencia psicológica o tortura, por ejemplo, cuando se mueven las cosas de una persona con discapacidad visual dentro de su celda o bien, cuando los guardias confiscan sillas de ruedas, muletas, aparatos ortopédicos o auditivos, lentes y medicamentos.¹⁸

Por otra parte, la dificultad para comprender las normas y el régimen de la prisión impacta de manera desproporcionada en las personas con discapacidad intelectual o individuos con barreras en la comprensión y la comunicación, quienes tienen más probabilidades de ser declarados culpables por infringir la disciplina

¹⁸ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 10: “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto”. Véase: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), artículo 15 refiere que: a la protección contra los tratos o penas, crueles, inhumanos y/o degradantes y el artículo 17 hace mención del derecho a la integridad personal. Por su parte el principio 1 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Principios de la CIDH) establece que “toda persona privada de la libertad será tratada humanamente, con respeto a su dignidad y derechos humanos. En particular, se les respetará y garantizará el derecho a la vida e integridad personal”.

penitenciaria. En un estudio realizado en las prisiones de Irlanda, las personas con discapacidad denunciaron haber sido castigados por comportamientos relacionados con su discapacidad, a menudo percibidos como problemáticos, sin analizar en qué medida se debían a la inaccesibilidad del entorno penitenciario.¹⁹

Por lo general, las faltas disciplinarias están sujetas a castigos como la segregación administrativa o el envío a unidades de aislamiento, lo cual tiene un impacto sumamente dañino para el bienestar mental, y, en ocasiones, puede llevar a la autolesión o al suicidio. La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha encontrado que es una práctica común someter físicamente por largos períodos de tiempo a las personas con discapacidad que son vistas como problemáticas o que rompen las reglas.²⁰

Es común que en los casos de personas con discapacidad psicosocial e intelectual que se les impone sanciones de aislamiento se prolonguen por más de 15 días, durando a veces meses e incluso años. Estos castigos prolongados se justifican muchas veces no sólo por la condición de “sujeto peligroso”, sino también argumentando que es necesario el aislamiento por su propio bienestar y seguridad.

Para el ex Relator Especial sobre la Tortura para las Naciones Unidas, Juan E. Méndez, el uso de la reclusión en régimen de aislamiento no puede justificarse con motivos terapéuticos. El ex Relator Especial ha abordado la cuestión de la reclusión en régimen de aislamiento y declarado que su imposición, cualquiera que sea su duración, a personas con discapacidad psicosocial e intelectual constituye un trato cruel, inhumano y/o degradante. Además, el efecto de aislamiento penitenciario es tan devastador que la práctica en sí también constituye tortura.²¹ Por su parte, las Reglas Nelson Mandela establecen que en la imposición de las sanciones disciplinarias se debe tomar en consideración la discapacidad de la persona al momento de evaluar si se deben imponer sanciones. En caso de que se deter-

¹⁹ IPRT, *Making Rights Real for People with Disabilities in Prison*, Irlanda, 2020.

²⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de Reclusos con necesidades especiales*. Serie de Manuales de Justicia Penal, 2009, p. 25.

²¹ ONU, A/HRC/22/53, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, párr. 63.

mine que la conducta que haya motivado la falta es resultado directo de la discapacidad, entonces no se impondrá una sanción.²² Además, se prohíbe la sanción de aislamiento a las personas cuya discapacidad física o mental pueda agravarse bajo este régimen.²³

El caso de Víctor Rosario Congo resuelto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aborda estas cuestiones. Víctor Rosario es un hombre con discapacidad psicosocial detenido en un centro penitenciario. Estando privado de su libertad, fue golpeado en la cabeza por un agente de seguridad de la prisión y permaneció en una celda de aislamiento por un lapso aproximado de cuarenta días. En su resolución, la CIDH señaló que la incomunicación en aislamiento puede constituir por sí misma un tratamiento inhumano y degradante, que se agrava cuando se trata de una persona con discapacidad.²⁴

III. La anhelada y poco probable reinserción de las personas con discapacidad

Uno de los principios que rigen el sistema penitenciario es lograr la reinserción social de la persona que ha cometido un delito. La presencia de personas con discapacidad en las cárceles pone de manifiesto el riesgo que supone encontrarse en un contexto que no toma en cuenta las necesidades de este colectivo para acceder en igualdad de condiciones a los medios para lograr su reinserción.

Si bien existen estándares internacionales y nacionales que plantean la obligación de las autoridades penitenciarias de garantizar el derecho a participar en actividades culturales, deportivas, sociales, y a tener oportunidades de esparcimiento sano y constructivo que sean accesibles para todas las personas,²⁵ lo cierto es que

²² ONU, Asamblea General, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). Regla 45.2.

²³ ONU, Asamblea General, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela). Regla 39.3.

²⁴ Cfr. CIDH, Caso 11.427, *Victor Rosario Congo vs. Ecuador*, Informe de Fondo No. 63/99, 13 de abril de 1999. párr. 58.

²⁵ ONU, Asamblea General, Reglas Mandela. Regla 5. “Las administraciones penitenciarias facilitarán todas las instalaciones y acondicionamientos razonables para asegurar que los reclusos con discapaci-

son pocos los contextos carcelarios que toman en cuenta la situación y las necesidades de apoyo de las personas con discapacidad.

Ello tiene un impacto negativo sobre el acceso a beneficios penitenciarios. A diferencia de las personas privadas de libertad sin discapacidad, que comprenden su situación jurídica, que solicitan información a su defensor, que gestionan trámites y demás recursos legales a su alcance para exigir sus derechos sin necesidad de ajustes de algún tipo, las personas con discapacidad, particularmente psicosocial e intelectual, requieren en ocasiones que esta información se les proporcione mediante formas accesibles de comunicación, con los ajustes que se requieran de acuerdo a su caso particular, así como que se les brinde, como parte de sus derechos, el apoyo para la toma de alguna decisión.

En el estudio irlandés, los participantes señalaron la tremenda dificultad en la transición fuera de prisión para las personas con discapacidad. A menudo, los programas de excarcelación anticipada u otros programas comunitarios suelen basarse en la capacidad de la persona para participar en determinadas formas de trabajo manual y no están adaptados a los presos con discapacidad. Además, una vez fuera de prisión, las personas se enfrentan a barreras para acceder a una vivienda accesible o para encontrar apoyo y gestionar la atención sanitaria.

IV. Sancionar la locura

En México, como en otros países de tradición jurídica continental existe una figura llamada la “inimputabilidad”, que afecta de manera desproporcionada a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. En términos generales, la inimputabilidad cobra relevancia cuando se supone que la persona, en el momento de

dades físicas, mentales o de otra índole participen en condiciones equitativas y de forma plena y efectiva en la vida en prisión.”

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Principio XIII - Educación y actividades culturales. Las personas privadas de libertad tendrán derecho a participar. Los Estados Miembros alentarán la participación de la familia, de la comunidad y de las organizaciones no gubernamentales, en dichas actividades, a fin de promover la reforma, la readaptación social y la rehabilitación de las personas privadas de libertad.

cometer el hecho ilícito, no tuvo la capacidad de comprender la naturaleza ilícita del mismo ni conducirse de acuerdo con esa comprensión en virtud de “padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado”.²⁶ Esto quiere decir que la persona no puede ser considerada penalmente responsable o culpable porque no contó con los elementos necesarios para poder actuar conforme a la ley.

En diversos países de América Latina la consecuencia de ser declarado inimputable es que el juzgado impone lo que es conocido como un “tratamiento para inimputables”, que consiste en muchos casos en el internamiento de la persona en una institución, ya sea psiquiátrica o dependiente del sistema penitenciario. El fundamento del tratamiento para inimputables está basado, en lugar del principio de culpabilidad, en la supuesta peligrosidad del autor del hecho punible y la probabilidad de que pueda cometer nuevos delitos.²⁷ Esto se traduce en la facultad de la autoridad jurisdiccional de privar de libertad a una persona, aun cuando se ha determinado que está exenta de responsabilidad penal. Lo anterior se explica si reconocemos que el tratamiento para inimputables constituye la herencia de un pasado excluyente que busca no sólo sancionar al sujeto por la conducta cometida –aunque no fue culpable de la misma–, sino encerrarlo como un medio para curarlo y rehabilitarlo.

El tratamiento para inimputables es un ejemplo claro del modelo penal de autor basado en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el ‘delincuente’ y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad ‘peligrosa’ o ‘conflictiva’ fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley. Además, el derecho penal de autor asume que el Estado –actuando a través de sus órganos– está legitimado para castigar la ausencia de determinadas cualidades o virtudes en la persona (o, por lo menos, utilizarla en su perjuicio).²⁸

Dado que lo que se busca es corregir a la persona, en diversos países se han encontrado con que el tratamiento para inimputables se extiende bajo la justificación de las

²⁶ Código Penal para el Distrito Federal, artículo 29

²⁷ Mestres Puyol, Gemma, “Las medidas de seguridad”, *Noticias jurídicas*, 2023.

²⁸ Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Tomo 1, marzo del 2014, página 374. Registro digital 160693.

necesidades del tratamiento.²⁹ Ello sitúa a las personas con discapacidad declaradas inimputables en una clara desventaja frente a las personas imputables, dado que estas últimas tienen la certeza jurídica de que, una vez que hayan cumplido con la duración de su pena, podrán obtener su libertad y no estarán sujetas a cuestionamientos adicionales sobre su posibilidad de reinsertarse o no en la sociedad.

El caso Arturo Medina Vela vs. México, resuelto por el Comité DPD, constituye un antecedente fundamental que lleva a cuestionar la figura de inimputabilidad y el tratamiento para inimputables.

Arturo fue detenido por el supuesto robo de un automóvil. Cuando su madre llegó a la estación de policía comunicó su sorpresa porque Arturo no sabe manejar. También informó que Arturo era usuario de los servicios de salud mental y tenía barreras para comprender y comunicarse. Tras un dictamen psiquiátrico, se determinó que Arturo no tenía la capacidad de declarar ni participar en su juicio, aun así, el Juez determinó que Arturo debía cumplir con un “tratamiento para inimputables” de cuatro años en una cárcel psiquiátrica. La imposición de este tratamiento estuvo basada en la condición de discapacidad de Arturo, quien en ningún momento durante su proceso tuvo la oportunidad de elegir a su defensa, presentar pruebas a su favor o declarar ante el tribunal.

En su resolución, el Comité DPD concluyó que:

En el presente caso, el Comité observa que se impuso al autor una medida de seguridad provisional desde el inicio del proceso penal y luego al haberlo condenado (medida de seguridad e internamiento de cuatro años). Aun cuando el juez que determinó su responsabilidad penal estimó que el grado de peligrosidad del autor era “mínimo”, decidió internarlo en el área de rehabilitación psicosocial

²⁹ Artículo 14, segundo párrafo de la CDPD establece que no se verán “privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.” Dicha prohibición se extiende a los supuestos en que se utilicen factores adicionales para privar de la libertad personal, como lo son que la persona represente un peligro para sí misma o para otros o que requiera un tratamiento. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. El principio 3, inciso 3 establece que la discapacidad en ningún caso justifica la privación de la libertad de una persona.

del sistema penal del Distrito Federal. En tal sentido, el Comité observa que, desde el inicio, el internamiento del autor estuvo basado únicamente en los certificados médicos y en la posible peligrosidad que representaba para la sociedad. El Comité recuerda que según el artículo 14, 1, b) de la Convención, “la existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso una privación de la libertad”. De la misma manera, según los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos Relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal, el internamiento basado en una discapacidad psicosocial o intelectual real o percibida está prohibido y los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y reparar los internamientos involuntarios o basados en la discapacidad. De acuerdo a la documentación presentada, el argumento principal utilizado para justificar el internamiento del autor fue que es una persona con discapacidad que necesitaba un tratamiento médico. El Comité advierte además que la solicitud de externamiento que presentaron el autor y su madre fue rechazada por el juez porque no se había determinado cómo se llevaría a cabo el tratamiento que necesitaba el autor. De esta manera, el Comité observa que la discapacidad del autor se convirtió en la causa fundamental de su privación de libertad, así resultando en una violación del artículo 14, párrafo 1 b), de la Convención.³⁰

Hasta la fecha y a pesar del dictamen emitido por el Comité DPD, en diversos países sigue siendo una práctica común la privación de libertad de índole penal por motivos de salud mental o discapacidad. Los operadores de justicia prefieren el uso del término ‘tratamiento’ o ‘internamiento’, pero todas las características de dichos “tratamientos” y el lugar en donde ocurren dan cuenta de que en realidad el uso de estos términos constituye un fraude de etiquetas.

C. Retos y elementos mínimos para la aplicación de la perspectiva de discapacidad en la ejecución penal

Hablar de perspectiva de discapacidad significa partir de una visión fundada en los derechos humanos y en el reconocimiento de que las personas con discapacidad

³⁰ ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/22/D/32/2015, Comunicación 32/2015. Caso *Arturo Medina Vela vs. México*.

deben gozar y ejercer todos los derechos y libertades en igualdad de condiciones que las demás personas. Asimismo, significa transitar de una visión capacitista que limita el acceso a derechos en función de la ausencia de “normalidad” o una en la que se entiende la misma como parte de la diversidad humana.

La perspectiva de discapacidad implica, además, abandonar la idea de la discapacidad como enfermedad o deficiencia individual y poner el foco en las barreras que limitan el ejercicio de derechos y obstaculizan la verdadera inclusión de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad. Dicho de otro modo, la perspectiva de discapacidad nos obliga a reconocer que es la eliminación de estos obstáculos y no la “curación” o rehabilitación de la persona, el punto de partida para la construcción de políticas públicas con enfoque de derechos humanos.

La incorporación de la perspectiva de discapacidad en el ámbito de la ejecución penal sigue siendo una tarea pendiente. El análisis de la legislación actual en materia de ejecución penal en México permite valorar los avances y los retos para incorporar una visión verdaderamente basada en los derechos humanos de las personas con discapacidad.

La Ley Nacional de Ejecución Penal (LNEP) establece como un principio rector del sistema penitenciario la igualdad y plantea que, para garantizarla, en el caso de las personas con discapacidad, deberán implementarse ajustes de procedimiento, así como el diseño universal de las instalaciones penitenciarias para la adecuada accesibilidad.³¹

El diseño universal de las instalaciones para la accesibilidad contempla no solamente la adecuación de las instalaciones a las necesidades particulares de las personas con discapacidad, sino además que las instalaciones sean diseñadas desde su concepción como espacios de accesibilidad universal, a las que las personas privadas de la libertad, como el personal penitenciario y los visitantes –por ejemplo, los familiares de personas privadas de la libertad o personas observadores de

³¹ Ley Nacional de Ejecución Penal, artículo 4.

sectores públicos o privados– puedan acceder efectivamente a los espacios de privación de la libertad de forma segura. Al respecto, Cisternas Reyes establece: “Si bien el estándar jurídico de accesibilidad aparece por primera vez de manera normativa en relación con los derechos de las personas con discapacidad, no es menos cierto que hoy existe consenso en considerar que dicha accesibilidad es universal, toda vez que se relaciona con otros sectores de la población para los cuales facilita el disfrute de sus derechos, como las personas mayores”.³²

Sin restar valor a los avances que significa incorporar estas dos dimensiones –ajustes de procedimiento y accesibilidad– nos interesa destacar los retos que siguen existiendo en la legislación, de manera particular aquellos relacionados con las disposiciones sobre personas inimputables dado que son éstos los que se encuentran en franca oposición con la perspectiva de discapacidad y el enfoque de derechos humanos. En particular quisiéramos abordar tres cuestiones preocupantes: 1) avala la imposición de tratamientos médicos involuntarios; 2) la noción de inimputabilidad contradice la legislación penal sustantiva; 3) justifica la privación de la libertad por motivos de discapacidad.

- La LNEP de manera preocupante avala los tratamientos involuntarios en el ámbito de la ejecución penal, aun cuando desde el año 2022 la Ley General de Salud ha prohibido la imposición de los mismos.³³ En específico en las disposiciones relacionadas con la atención a la salud, la LNEP señala que: “Las intervenciones psicológicas, psiquiátricas o médicas contarán con el consentimiento informado de la persona privada de la libertad, con excepción de los casos en los que, por requerimiento de autoridad judicial, se examine la calidad de inimputable o de incapaz de una persona privada de la libertad”.³⁴ Este planteamiento además se contrapone con la CDPD que claramente señala que los

³² Cisternas Reyes, María Soledad, “Accesibilidad universal como estándar en derechos humanos y desarrollo sostenible”. Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad *Anuario De Derechos Humanos*, vol. 16, núm. 2, 2020, pp. 331-345.

³³ Diario Oficial de la Federación: DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de Salud Mental y Adicciones, de 16 de mayo de 2022.

³⁴ LNEP, artículo 34.

profesionales de la salud están obligados a brindar a las personas con discapacidad atención médica sobre la base del consentimiento libre e informado.

- La LNEP establece que “Cuando el estado de inimputabilidad sobrevenga en la ejecución de la pena, el Juez de Ejecución dispondrá de la medida de tratamiento aplicable, ya sea en internamiento o en libertad.”³⁵ Esta disposición contradice lo planteado en la legislación penal en la medida en que la inimputabilidad es una causa de exclusión del delito que se actualiza al momento de la comisión del hecho ilícito. Ello quiere decir que la inimputabilidad no puede sobrevenir la ejecución de la pena en la medida en que el hecho que la ley señala como delito ya ha sido cometido.
- Finalmente, la LNEP dispone que es competencia de los Jueces de ejecución penal poner a la persona con una discapacidad psicosocial “a cargo de una institución del sector salud, representante legal o tutor, para que se le brinde atención, trato y tratamiento de tipo asilar”.³⁶ En otras palabras, la legislación avala la institucionalización o internamiento en razón de su discapacidad. Lo anterior es contrario a las normas internacionales de derechos humanos, específicamente a la CDPD que prohíbe la privación de la libertad o detención por motivos de discapacidad. Al respecto el Comité DPD ha hecho notar que:

es contrario al artículo 14 permitir la detención de personas con discapacidad sobre la base del peligro percibido de las personas para sí mismas o para los demás. La detención involuntaria de personas con discapacidad por riesgo o peligrosidad, supuesta necesidad de atención o tratamiento u otras razones vinculadas a la deficiencia o diagnóstico de salud es contraria al derecho a la libertad y constituye privación arbitraria de la libertad.³⁷

³⁵ LNEP, artículo 191.

³⁶ *Ibidem*, artículo 25, fracción III.

³⁷ ONU, A/72/55, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Directrices sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad*, 2016.

Más allá de la necesidad de atender y reformar estas disposiciones, la ratificación de la CDPD por parte de México también ha dado lugar a una diversidad de obligaciones que deben cumplir las autoridades jurisdiccionales para hacer efectivos los principios y derechos de dicho tratado internacional en el ámbito de la ejecución penal. La guía práctica contenida en el *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad* de la SCJN constituye un instrumento muy útil para construir un piso mínimo que se debe cumplir en sede judicial cuando en el proceso se encuentra involucrada una persona con discapacidad.³⁸

Dichas obligaciones, como se señala en el texto, no son limitativas, ofrecen más bien una hoja de ruta para incorporar la perspectiva de discapacidad.

Tabla 1. Obligaciones para juzgar con perspectiva de discapacidad

Etapas	Obligaciones
Obligaciones iniciales	Identificar si una de las partes es una persona con discapacidad.
	Analizar la existencia de interseccionalidad.
	Analizar el contexto de las partes.
	Garantizar la asistencia jurídica y representación legal de las personas con discapacidad de acuerdo con su opinión y voluntad.
	Dictar las medidas de protección necesarias para salvaguardar los derechos humanos de las personas con discapacidad.
Obligaciones transversales a todo el proceso	Identificar las barreras del procedimiento e implementar ajustes para superarlas.
	Proporcionar información accesible durante el procedimiento

³⁸ SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, SCJN, México, 2022.

	Utilizar lenguaje que no reproduzca estereotipos o prejuicios.
	Aplicar criterio reforzado de celeridad en el proceso.
	Escuchar a las personas con discapacidad en cualquier momento del proceso.
	Ejercer facultades probatorias de oficio.
	Analizar la necesidad de pronunciarse sobre los sistemas de apoyo para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.
Obligaciones al resolver el fondo de la controversia	Aplicar del marco jurídico de los derechos de las personas con discapacidad.
	Analizar los hechos desde una perspectiva interseccional.
	Análisis de los hechos desde una perspectiva del modelo social de la discapacidad.
	Analizar los hechos y pruebas sin estereotipos.
Obligaciones al dictar sentencia	Establecer reparaciones con perspectiva de discapacidad.
	Emitir la sentencia en formato de lectura fácil.
	Garantizar el derecho a recurrir el fallo.

Fuente: SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de discapacidad*, México, 2022, p.131.

Con base en esta guía, en las páginas que siguen se resaltan algunas de las obligaciones aquí mencionadas, con miras a dotarlas de una dimensión práctica que permita comprender cómo se operativizan algunas de éstas en el ámbito de la ejecución de sanciones penales.

Como ya se ha mencionado, le corresponde a los Jueces identificar si alguna de las partes en el proceso –personas privadas de la libertad, sus familiares o víctimas– tiene una discapacidad y allegarse de personas especializadas en la implementación de ajustes de procedimiento. Una pregunta común es cómo identificar

cuándo estamos frente a un caso de una persona con discapacidad, entendiendo que existen discapacidades que no son visibles.

En ese sentido, resulta interesante destacar el ejercicio realizado en Argentina tras el acuerdo de solución amistosa ante el Comité DPD en el caso del señor Raúl Roberto Cardozo Subia, un hombre con discapacidad intelectual acusado de tráfico de drogas, quien pasó más de un año en la cárcel. Mediante este acuerdo amistoso el Estado argentino asumió una serie de medidas de reparación que contemplan, en lo que hace al ámbito del Servicio Penitenciario Federal, la implementación de una *Guía de actuación para la implementación de apoyos y ajustes razonables para personas con discapacidad intelectual privadas de libertad en establecimientos penitenciarios del Servicio Penitenciario Federal* y el “Cuestionario para identificar posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual”.

En particular interesa resaltar el Cuestionario en la medida en que constituye un elemento de fácil utilización porque permite al menos, generar una sospecha sobre la probable presencia de una condición de discapacidad o barreras en la comprensión y en la comunicación.

Cuadro 1. Cuestionario para identificar posibles limitaciones o dificultades de carácter intelectual

Fecha: / /

Datos personales

1. ¿Cómo es tu nombre y apellido completos?
2. ¿Cuántos años tenés?
3. ¿Podrías decirme en que día, mes y año naciste?
4. ¿Sabes tu número de documento?
5. ¿Tuviste algún accidente con golpe en la cabeza y pérdida del conocimiento?

Preguntas cerradas (si/no)

1. ¿Sabes leer y escribir?
2. ¿Fuiste a la escuela?
Si es afirmativo ¿A cuál?
3. ¿Terminaste la primaria?
4. ¿A qué edad?
5. ¿Te costaba entender o estudiar?
6. ¿Repetiste de grado o año por ese motivo?
Si es afirmativo ¿Cuántas veces y qué grado/s o año/s?
7. ¿Terminaste la primaria?
En caso afirmativo, ¿A qué edad?
8. ¿Terminaste la secundaria?
En caso afirmativo, ¿A qué edad?
9. ¿Trabajaste?
Si es afirmativo, ¿en qué tarea? Describirla
10. ¿Tenés o tuviste certificado de discapacidad?
11. ¿Sabes usar el celular?
Si es afirmativo, decime los pasos para mandar un mensaje
12. ¿Sabes cocinar una milanesa?
Decime los pasos para hacerlo
13. Si vas a comprar cigarrillos que cuestan 75 pesos y vos pagás con 100 pesos ¿cuánto te tienen que dar de vuelto?
14. Si tenés 10 libros y regalas 3, ¿cuántos te quedan?
15. ¿Qué quiere decir?
A río revuelto, ganancia de pescadores
Mucho ruido y pocas nueces
Más vale pájaro en mano que cien volando

Una vez que una discapacidad es identificada, se deriva la obligación de implementar ajustes razonables en el ámbito penitenciario y ajustes de procedimiento en todas las actuaciones procesales. Los ajustes razonables son aquellas “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.³⁹ Mientras que los ajustes de procedimiento se refieren a las modificaciones y adaptaciones que se dan en el contexto del acceso a la justicia, y buscan la participación plena de las personas con discapacidad como participantes directos e indirectos en todos los procedimientos judiciales. Dichos ajustes no están sujetos, como los primeros, a un análisis de la carga desproporcionada o indebida.⁴⁰

Con respecto a los ajustes de procedimiento, desde el año 2017 existe un programa en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México que tiene el objetivo de implementar ajustes de procedimientos en los casos en los que se encuentre involucrada una persona con discapacidad intelectual o psicosocial, ya sea como víctima, testigo o imputada. Los ajustes de procedimiento son sugeridos e implementados por un equipo de consultoras técnicas en materia de discapacidad; con base en la identificación de las necesidades individuales y de las barreras existentes, sugieren al órgano jurisdiccional adaptaciones en el entorno, la comunicación y la interacción para garantizar la participación plena y efectiva de la persona con discapacidad. Hasta el 2024, el equipo de personas consultoras técnicas ha participado en más de seis mil audiencias penales, en algunas ocasiones auxiliando a Jueces de ejecución penal.⁴¹

Finalmente, una obligación fundamental que involucra a todas las instituciones y personas facultadas en la procuración y administración de justicia es garantizar el derecho de las personas con discapacidad a acceder a la información en el mo-

³⁹ ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2.

⁴⁰ *Ibid.*, artículo 13.

⁴¹ Lizama Sierra, Víctor y Sheinbaum Lerner, Diana, “Hacia un sistema de justicia incluyente: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y psicosocial” en Martínez, Nicolás (ed.), *Salud mental forense*, Tirant lo Blanch, México, 2020.

mento oportuno y de manera accesible. Como lo plantean los Principios y directrices internacionales de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, las autoridades jurisdiccionales deben asegurarse de que “todas las notificaciones que requieran una respuesta o acción (por ejemplo, los emplazamientos, las citaciones, los autos, las órdenes y las sentencias) estén disponibles por medios y en formatos accesibles.” Esto implica que la documentación producida por los tribunales incluya “explicaciones claras sobre el funcionamiento del acto procesal, lo que cabe esperar durante un proceso, lo que se espera de la persona, y dónde obtener ayuda para comprender el proceso y los derechos de la persona durante el mismo, en un lenguaje que no sea una mera repetición de la ley, el reglamento, la política o la directriz, por ejemplo, en un lenguaje sencillo”.⁴²

Conclusiones

Los casos de la señora Chinchilla, Arturo Medina, Víctor Rosario Congo y tantos más, dan cuenta de una realidad que afecta a miles de personas con discapacidad privadas de libertad en todo el mundo. Nos referimos al doble encierro, la discriminación, la falta de accesibilidad, las violencias múltiples y la falta de apoyos y servicios adecuados en el contexto penitenciario.

Como se ha tratado de demostrar en las páginas anteriores, el sistema penitenciario ha reforzado la exclusión, desigualdad y violencia contra individuos y colectivos históricamente discriminados, incluyendo a las personas con discapacidad, quienes de manera frecuente son privadas de su libertad.

Si bien no hay suficientes investigaciones ni datos sobre el número de personas con discapacidad privadas de libertad, la información disponible demuestra que éstas son sistemáticamente encarceladas, recluidas, detenidas o sometidas a algún tipo de restricción física en todo el mundo, independientemente de la situación económica del país o de su tradición jurídica.⁴³

⁴² ONU, Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Principios y directrices internacionales de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, 2019.

⁴³ ONU, Relatora sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *op. cit.*, p. 4.

El contexto penitenciario coloca a las personas con discapacidad en una situación de extrema vulnerabilidad por la falta de accesibilidad y de apoyos adecuados en línea con las obligaciones derivadas de la CDPD. A las barreras que existen en el entorno y que atentan contra el derecho a la accesibilidad y a los ajustes razonables, se suman otro tipo de obstáculos como la falta de información accesible sobre las normas y el régimen de prisión que resulta en que las personas con discapacidad sean frecuentemente receptoras de medidas disciplinarias por infringir la disciplina penitenciaria. En ocasiones, estas medidas acaban constituyéndose incluso en tratos crueles, inhumanos y/o degradantes como han señalado diversos organismos de derechos humanos en torno al aislamiento prolongado, particularmente en el caso de personas con discapacidad.

La imposibilidad de participar en condiciones de igualdad en los programas y servicios conlleva además a que las personas con discapacidad tengan más dificultades para obtener beneficios de preliberación y herramientas para reinserirse en su comunidad después de estar privadas de libertad.

Resulta también grave que en un importante número de países sigue existiendo legislación que autoriza la privación de libertad por motivos de discapacidad, lo cual a todas luces constituye una violación a las obligaciones derivadas de la CDPD. No sólo eso, como hemos visto, el encarcelamiento de personas con discapacidad generalmente las expone a ser objeto de otras violaciones de derechos humanos como el aislamiento, los tratos crueles, inhumanos y/o degradantes.

En este escenario resulta fundamental abordar la privación de libertad de las personas con discapacidad como un grave problema en materia de derechos humanos en todo el mundo. También es urgente reconocer que las condiciones de detención a las que se enfrentan las personas con discapacidad son consecuencia del incumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones internacionales y de la falta de voluntad política. En ese sentido, es necesario demandar la puesta en marcha de reformas legislativas y de políticas públicas para derogar leyes y reglamentos que permitan la privación de libertad por motivos de discapacidad, para garantizar que quienes se encuentran en el sistema penitenciario tengan los mismos derechos, condiciones y oportunidades que el resto de personas-PdL.

Bibliografía

A. Libros, revistas, fuentes hemerográficas.

ALI, Afia *et al.*, “Prisoners with intellectual disabilities and detention status. Findings from a UK cross sectional study of prisons”, *Research in developmental disabilities*, núm. 53-54, 2016, pp. 189-197. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ridd.2016.02.004>.

BRADLEY, Lord, “The Bradley Report: Lord Bradley’s Review of People with Mental Health Problems or Learning Disabilities in the Criminal Justice System”, 2016. Disponible en: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20130107/http://www.dh.gov.uk/prod_consum_dh/groups/dh_digitalassets/documents/digitalasset/dh_098698.pdf [Consultado 12 de abril de 2024].

CISTERNAS, María Soledad, *Accesibilidad universal como estándar en derechos humanos y desarrollo sostenible*. Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad *Anuario De Derechos Humanos*, vol. 16, núm. 2, 2020, pp. 331-345. Disponible en: <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.59182> [Consultado 30 de mayo de 2024].

DOCUMENTA, *El encierro dentro del encierro*, México, 2024 (mimeo).

IPRT, *Making Rights Real for People with Disabilities in Prison*, Irlanda, 2020. Disponible en: https://www.iprt.ie/site/assets/files/6565/people_with_disabilities_in_detention_-_single-pages.pdf [Consultado 12 de abril de 2024].

LIZAMA, Víctor y SHEINBAUM, Diana, “Hacia un sistema de justicia incluyente: ajustes de procedimiento para personas con discapacidad intelectual y psicosocial” en Martínez, Nicolás (ed.), *Salud mental forense*, Tirant lo Blanch, México, 2020.

MESTRES, Gemma, “Las medidas de seguridad”, *Noticias Jurídicas*, 2023. Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/17785-las-medidas-de-seguridad/>.

OADPRS, *Cuaderno mensual de datos estadísticos de población penitenciaria vulnerable y de origen extranjero*, junio 2024.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Manual de Reclusos con necesidades especiales*. Serie de Manuales de Justicia Penal, 2009. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf.

ONU, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *A/72/55 Directrices sobre el derecho a la libertad y a la seguridad de las personas con discapacidad*, 2016.

Relatora sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad A/HRC/40/54, *Ending deprivation of liberty of persons with disabilities*, Consejo de Derechos Humanos 40º, 2019, período de sesiones 25 de febrero a 22 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc4054-rights-persons-disabilities-report-special-rapporteur-rights>.

SCJN, *Protocolo para Juzgar con perspectiva de Discapacidad*, SCJN, México, 2022.

SHEINBAUM, Diana y Vera, Sara, *Hacia un sistema de justicia incluyente: proceso penal y discapacidad psicosocial*, Ediciones Gernika, S.A., Ciudad de México, 2016.

Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Chihuahua, Unidad de Transparencia Oficio: SSPE-3C.1.1.3/784/2021, Solicitud de información pública, 2021.

B. Legislación nacional

Código Penal del Distrito Federal, última reforma 2020.

Ley Nacional de Ejecución Penal.

C. Legislación internacional

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

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

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela).

D. Jurisprudencia nacional

Tesis 1a. CCXXXVII/2011 (9a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Tomo 1, marzo del 2014, página 374. Registro digital 160693.

E. Resoluciones emitidas por el Sistema Interamericano

1. Casos contenciosos

CIDH, *Caso 11.427, Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, Informe de Fondo No. 63/99, 13 de abril de 1999.

CIDH, *Caso 11.427, Víctor Rosario Congo vs. Ecuador*, Informe de Fondo No. 63/99, 13 de abril de 1999.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C No. 3121.

F. Resoluciones emitidas por el Sistema Universal de Derechos Humanos

ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/11/D/8/2012, “*X vs. Argentina*”, *respecto de la comunicación N° 8/2012*, 31 de marzo de 2014.

ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRPD/C/22/D/32/2015, *Arturo Medina Vela vs. México*, *respecto de la comunicación 32/2015*, 6 de septiembre de 2019.

ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, A/HRC/22/53, 1 de febrero de 2013.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Noviembre de 2024.

