



## OBSERVATORIO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS N. 2/2023

### 1. PRIVACIÓN DE LIBERTAD Y ENFOQUES DIFERENCIADOS: LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

#### 1. *Derecho humano a la libertad y grupos en situación de vulnerabilidad*

La libertad personal figura, con prominencia, en el catálogo de los derechos humanos considerados en los grandes documentos de la nueva era --el periodo emergente de esos derechos, al cabo del siglo XVIII-- y en los instrumentos constitucionales e internacionales de nuestro tiempo. En la Declaración de 1789 se aludió a un haz de derechos naturales, irreductibles, que debían prevalecer en la relación entre el Estado poderoso y el individuo desvalido: libertad, seguridad, propiedad y resistencia contra la opresión.

Aquel catálogo de los derechos básicos del individuo creció exponencialmente en el curso de dos siglos, pero invariablemente ha considerado el derecho a la libertad personal, actualmente detallado a través de declaraciones, pactos y decisiones jurisprudenciales de gran calado. Abundan los ejemplos sobre el desempeño jurisdiccional internacional (o supranacional) en materia de libertad personal, su restricción, su regulación, sus características y consecuencias.

En este camino avanza, destacadamente, la *Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Corte, CorteIDH, Tribunal de San José) OC-29/22, sobre «Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad», emitida por el Tribunal de San José el 30 de mayo de 2022, para fijar la interpretación y puntualizar el alcance de varios mandamientos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención, CADH, Pacto de San José) en torno a las características que puede revestir la afectación de aquel derecho: artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26, así como también respecto de otros tratados interamericanos.

La materia de esta opinión, una de las más extensas y pormenorizadas en la jurisprudencia de la Corte (trescientos noventa y siete párrafos, recogidos en ciento cuarenta páginas) implica un gran paso adelante para el buen entendimiento de las condiciones que es preciso atender cuando el Estado afecta la libertad personal de un individuo, tomando en cuenta ciertas características del grupo al que éste pertenece o la condición especial del sujeto privado de libertad.

Es preciso analizar desde una doble perspectiva la privación de libertad impuesta por el Estado en consecuencia de determinadas hipótesis previstas en el ordenamiento jurídico, como un hecho que se agota en un acto bien acotado (tiempo y circunstancias) y como un proceso que se desenvuelve en un amplio conjunto de actos y situaciones por las que transita

el titular del derecho a la libertad. Todo esto se halla gobernado por la normativa de los derechos humanos y debe ser examinado y ponderado desde esta óptica, exigente y rigurosa.

Aquí vienen al caso diversas formas de privación de la libertad física por orden y con sujeción a una autoridad pública, con diversidad de motivos y fundamentos y para servir a cierta finalidad, legítima o ilegítima. Por ende, la privación que ahora nos interesa abarca capturas e internamientos en los órdenes penal, civil, administrativo, educativo, sanitario y algunos más. Así lo contemplan, por ejemplo, el Convenio Europeo de 1950 (artículo 5.1), las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad y los Principios y buenas prácticas acerca de la protección de personas privadas de libertad en las Américas, documento emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 23 de marzo de 2008.

Desde luego, en el ámbito penal es donde la limitación (y privación) de libertad operan con mayor frecuencia y, en todo caso, con máxima intensidad. Las violaciones en este campo son las más frecuentemente planteadas ante los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, al que también han llegado, desde luego, numerosos casos o consultas sobre privación de libertad para fines de “protección” (niños) o “salud” (enfermos mentales). Como se ha dicho con frecuencia, el orden penal es el punto crítico en el encuentro entre la autoridad y la sociedad y el individuo; en aquél se despliega el más riguroso método de control formal de la conducta del individuo.

En el sistema penal reside la frontera entre el ejercicio de un derecho y la observación de los deberes del ser humano a propósito de la protección a bienes de la mayor relevancia: este es el espacio en el que aparecen el delito y la reacción social, jurídica y política. En este espacio quedan a la vista tanto el máximo poder del Estado como el mínimo poder del individuo. En esta confrontación suelen naufragar los derechos humanos: ante todo, el de libertad, cuya declinación trae consigo la inoperancia de otros derechos y libertades, como se observa, por ejemplo, en el supuesto de desaparición forzada.

Es natural, por todo ello, que la consideración de la libertad y de la situación que a este respecto guardan los individuos, e incluso grupos numerosos de la sociedad, haya merecido la constante y profunda reflexión de los órganos de tutela internacional. En otras ocasiones se ha dicho que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana destacan ciertas “joyas de la corona” --sí se permite la expresión--, que caracterizan esa jurisprudencia y ponen en relieve sus trazos más acusados: por una parte, el régimen de las reparaciones; por la otra, el sistema de protección de los vulnerables, en el que se localiza a los sujetos privados de libertad.

Es en estos extremos --a nuestro juicio-- donde figuran algunas de las más relevantes aportaciones de la jurisprudencia interamericana al Derecho internacional de los derechos humanos. Hoy día, es abundante (en términos relativos) esa jurisprudencia a propósito de sujetos vulnerables (y vulnerados): mujeres, niños, indígenas, migrantes, desplazados, personas que sufren alguna forma de discapacidad, sujetos privados de libertad.

## 2. *Jurisprudencia interamericana*

La jurisprudencia interamericana ha examinado las más frecuentes formas de detención en los procedimientos penales, y también en los que revisten otra naturaleza. El análisis de las condiciones de legitimidad de la privación o restricción de la libertad se ha mostrado a propósito de la detención y de la prisión del individuo, bajo sus formas más notables: la prisión preventiva, efecto de una imputación, y la prisión punitiva, consecuencia de una sentencia.

En notas anteriores para la *Revista OIDU* nos hemos ocupado particularmente de la prisión preventiva, utilizada con frecuencia excesiva y a menudo con olvido de las condiciones que la legitiman. Esta medida cautelar debiera aplicarse, como han sostenido la normativa internacional y su jurisprudencia, en forma excepcional y a partir de condiciones estrictas que acrediten su procedencia. Es obvio que la preventiva entra en tensión con la presunción (o principio) de inocencia, que tiene carácter de medida cautelar, no punitiva, y que debe sujetarse a exigencias de legalidad, necesidad, pertinencia, proporcionalidad y temporalidad.

Antes de mencionar los enfoques diferenciados a los que se refiere la *OC-29/22*, es conveniente recordar ciertas condiciones que debe observar el Estado en materia de detención o reclusión, en general --condiciones que figuran en la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana--, estipuladas en la normativa y la jurisprudencia interamericanas, sin perjuicio de las particularidades a las que adelante nos referiremos, tema de la *OC-29/22*.

Esas condiciones, requerimientos o datos de indispensable observancia con respecto a los privados de libertad constan en documentos del Sistema Interamericano y en decisiones de la CorteIDH previas a la mencionada *OC-29/22*. Como veremos, al revisar las cuestiones específicas examinadas en esta opinión, el Tribunal de San José recoge en ella, amplía y sistemáticamente los lineamientos de la jurisprudencia acuñada a lo largo de varios lustros.

La regla general se halla en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, bajo el rubro de “Derecho de protección contra la detención arbitraria”: el detenido « (...) tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (art. XXV). Esta exigencia se incorporó a la Convención Americana bajo el epígrafe “Derecho a la integridad personal», que señala: «Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano» (art. 5.2).

Estas disposiciones se han recogido por la jurisprudencia interamericana al amparo de varios conceptos centrales. Entre ellos figura el respeto y la garantía a condiciones de vida digna del sujeto privado de libertad. Es así como la Corte «ha señalado que la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal» (*Caso Fleury y otros vs Haití*, párr. 85; *Caso Caesar vs Trinidad y Tobago*, párr. 96; *Caso Lori Berenson Mejía vs Perú*, párr. 102; *Caso Tibi vs Ecuador*, párr. 150; *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay*, párr. 151; *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs Trinidad y Tobago*, párr. 164; *Caso Cantoral Benavides vs Perú*, párr. 89 y *Caso Loayza Tamayo vs Perú*, párr. 58), esto es, entrañan la vulneración del artículo 5º del Pacto de San José. Para salir al paso de “justificaciones” inaceptables en la custodia de detenidos, importa destacar que el Estado no puede «alegar dificultades económicas para justificar condiciones de detención que sean tan pobres que no respeten la dignidad inherente al ser humano» (*Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia vs Venezuela)*, párr. 85, y *Caso Boyce y otros vs Barbados*, párr. 88).

La CorteIDH ha examinado la adopción de medidas de diversa naturaleza en el curso de la privación de libertad, habida cuenta de que ésta no debiera afectar --salvo en la medida estrictamente indispensable, conforme a la naturaleza de esa privación cautelar o punitiva-- otros derechos del sujeto. Así, sólo se autorizan medidas de coerción estrictamente necesarias, regularmente asociadas al control de multitudes en supuestos de detención, custodia o enfrentamiento de motines carcelarios. Por supuesto, se proscriben absolutamente la tortura y cualesquiera tratos crueles, inhumanos o degradantes. En el mismo sentido, la jurisprudencia exige una «prevención razonable de situaciones virtualmente lesivas de los

derechos protegidos» (*Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*, párr. 187; *Godínez Cruz vs Honduras*, párr. 197, y *Caso Baldeón García vs Perú*, párr. 118).

El Estado es garante de los derechos de los individuos privados de libertad. Recordemos que esta función de garantía rige con respecto a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado (artículo 1º CADH), pero adquiere mayor (o más acentuada) intensidad en los supuestos que implican cierta relación especial entre la autoridad y el titular del derecho, como ocurre en el caso de los detenidos, los enfermos y los niños y adolescentes, sobre todo --aunque no exclusivamente-- cuando éstos se hallan privados de libertad en las denominadas “instituciones totales”. En esas hipótesis surge un deber especial de garante a cargo del Estado.

La Corte sostuvo oportunamente que «frente a las personas privadas de libertad, el Estado se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un control o dominio total sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia» (*Caso Mota Abarullo y otros vs Venezuela*, párr. 88 y, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay*, párr. 152). En este particular contexto de subordinación del detenido frente al Estado, este último tiene una responsabilidad especial de asegurar a aquellas personas bajo su control las condiciones que les permitan retener un grado de dignidad consistente con sus derechos humanos inherentes e inderogables [o que dejen a salvo sus derechos] (*Caso Caesar vs Trinidad y Tobago*, párr. 97).

«Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar» (*Caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras*, párr. 64 y, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay*, párr. 153).

En el análisis de conceptos centrales, de alcance general, examinados en la jurisprudencia de la Corte previa a la OC-29/22, conviene incluir la existencia de personal idóneo para el manejo de las medidas e instituciones en las que se aplica la privación de libertad. Sistemáticamente se ha recordado el deber del Estado --consecuente con la obligación general de garantía de los derechos humanos, al amparo del artículo 1.1 de la Convención-- de proveer al cumplimiento de sus obligaciones en este sector a través de personal competente, formado en el conocimiento puntual de sus tareas y en la observancia escrupulosa de los derechos humanos. Esta exigencia aparece en las condenas a reparación dictadas por la CorteIDH que aluden a los agentes estatales que participan en procedimientos del orden penal.

### 3. Formación de la OC-29/22

La importancia y trascendencia de la OC-29/22 solicitada por la Comisión Interamericana el 25 de noviembre de 2019, no solo se vieron reflejadas en su amplio y detallado contenido sino también en el gran interés por participar que mostraron los Estados, las instancias internacionales y estatales, y la sociedad civil. Durante el trámite de la opinión se recibieron 100 observaciones escritas, de las cuales, 12 fueron presentadas por Estados y órganos de la OEA: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, México,

Nicaragua, Panamá, Surinam, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Mujeres.

Asimismo, se pronunciaron diversos organismos internacionales como el Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños, la Experta independiente de las Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, la Presidenta del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.

El Tribunal consideró para la emisión de la opinión todos los escritos de observaciones, la jurisprudencia aportada por 11 tribunales nacionales --Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay— y, las 86 participaciones e intervenciones en audiencia.

#### 4. Principios generales

Procede distinguir dos porciones en la opinión consultiva que ahora comentamos. La primera de ellas, que proviene de la jurisprudencia establecida por el Tribunal de San José, tiene carácter general como guía de la opinión y ratifica y desarrolla los conceptos centrales a los que nos hemos referido *supra*. En esa primera porción se expone el criterio rector del Tribunal, que ha guiado sus pronunciamientos anteriores y sustenta su posición en la actualidad. La segunda porción identificable en la OC-29, que podríamos denominar “parte especial” de la opinión, concierne a las personas o grupos que es debido tratar bajo el concepto de enfoques diferenciados. En las siguientes líneas intentaremos señalar, enunciativamente, los aspectos más destacados de ambas porciones, que sería imposible estudiar detalladamente en una nota informativa como la que ahora aportamos a la *Revista OIDU*.

El Tribunal de San José reconoce los caracteres propios del derecho a la integridad personal y estudia nuevamente la privación de libertad impuesta por el Estado al amparo de la CADH. Consecuentemente, sostiene el derecho de «toda persona privada de libertad a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal» y reitera la condición de garante atribuida al Estado. Esto implica «el deber del Estado de salvaguardar el bienestar de los reclusos y de garantizar que la manera y método de privación de libertad no excedan el nivel de sufrimiento inherente a la detención» (párr. 33).

Sigue diciendo el Tribunal en el mismo párrafo de lineamientos generales, que «además, dado que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia y debido a las características propias del encierro, a las personas privadas de libertad se les imposibilita satisfacer por cuenta propia ciertos derechos o necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna. Es por ello que el Estado está obligado a garantizar todos los derechos de las personas privadas de libertad bajo su custodia, en especial el derecho a la vida y a la integridad personal, así como el acceso a servicios básicos indispensables para la vida digna» (párr. 33).

Los postulados que sustentan el parecer de la Corte, atenta a las preguntas propuestas a su consideración por la Comisión Interamericana en la solicitud de opinión, se sintetizan en los siguientes términos: «A) el respeto a la dignidad humana como principio general del trato debido a las personas privadas de libertad y condiciones de privación de libertad; B) la

prohibición y prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; C) la finalidad del régimen de ejecución de la pena en la Convención Americana; D) el control judicial de la ejecución de la pena; E) el derecho a la igualdad y no discriminación, enfoque diferenciado e interseccionalidad; F) el acceso a servicios básicos para una vida digna en prisión; G) sobrepoblación generalizada y hacinamiento; H) la gestión penitenciaria; e I) contexto ocasionado por la pandemia de la enfermedad denominada COVID-19 y afectaciones particulares a determinados grupos en el sistema penitenciario» (párr. 35).

### 5. *Mujeres en reclusión*

El primer punto que aborda la opinión en lo que hemos denominado parte especial, atañe a los enfoques diferenciados aplicables a mujeres embarazadas en periodos de parto, postparto y lactancia, así como a cuidadoras principales, privadas de libertad (párrs. 121 y ss.). La Corte reconoce que la población femenina de los reclusorios es muy reducida en comparación con la población masculina, y que aquélla requiere atención especial en varios extremos, no siempre cuidados en la estructura y marcha de los reclusorios, regularmente concebidos para una población de varones. De ahí la pertinencia de analizar cuidadosamente ciertas especificidades, como lo hace esta opinión consultiva, y adoptar medidas adecuadas para resolver los problemas que se han presentado y se presentarán en el futuro.

La Corte recomienda priorizar medidas especiales cuando se trate de mujeres a las que se puede imponer privación de libertad, que se hallan en las circunstancias antes mencionadas. Hay que «reconfigurar la política penal y penitenciaria respecto de estos grupos de mujeres» (párr. 132). Desde luego, rige el principio de separación entre hombres y mujeres detenidos, principio tradicional e invariable; además, la Corte se pronuncia en contra de la imposición de medidas de aislamiento y coerción física (párrs. 140 y ss.). El mismo Tribunal postula acceso a la salud sexual y reproductiva, sin discriminación (párrs. 148 y ss.), y dispone proveer de alimentación adecuada y atención en salud física y psicológica, según corresponda, a mujeres en estas condiciones (párrs. 153 y ss.).

Otros puntos de la opinión concernientes al grupo de detenidas del que ahora nos ocupamos son el acceso a higiene y vestimenta adecuadas y, con especial énfasis, al cuidado de las relaciones entre las mujeres o cuidadoras principales privadas de libertad con sus hijos que se encuentran en prisión, acompañándolas, o extramuros (párrs. 165 y ss.).

### 6. *Niñas y niños*

La última consideración mencionada en el párrafo anterior de esta nota lleva a otro apartado de la OC-29/22: los enfoques diferenciados aplicables a niñas o niños que viven en centros de detención con sus madres o cuidadores principales. Sobre el particular, destaca el señalamiento en torno a la titularidad de derechos humanos de niñas y niños: tanto los que corresponden a todos los seres humanos, como los que les conciernen como consecuencia de su condición, que a su turno generan deberes de la familia, la sociedad y el Estado (párr. 171).

En estas reflexiones del Tribunal vienen al caso los principios aplicables en materia de igualdad y no discriminación, el derecho a la vida familiar, el interés superior de las niñas y niños --que se mantiene en el supuesto de privación de libertad al que aquí nos referimos--, la deseable preferencia de medidas alternativas o sustitutivas de la prisión en los casos de madres, cuidadoras principales y referentes adultos (párrs. 176 y ss.).

La Corte ha considerado un asunto de suma importancia: los límites de edad para la permanencia en prisión o separación de la niña y el niño de su progenitor o cuidador principal que se halla en prisión (párrs. 201 y ss.). Los teóricos y prácticos del penitenciarismo reconocen la relevancia de esta cuestión y los problemas que entrañan su manejo y solución en la vida diaria de las prisiones.

En este documento se pasa revista a las disposiciones vigentes en diversas legislaciones nacionales y se llega a la conclusión de que más allá de fijar ciertos límites, en abstracto, los Estados deben asegurar que las medidas en esta materia «i) sean adoptadas de manera individualizada, considerando las circunstancias particulares de cada caso; ii) se recabe la opinión del niño o niña concernido según su edad y grado de madurez y se tengan en cuenta tales opiniones al adoptar una decisión; iii) se realice una evaluación y determinación del interés superior, y iv) de realizarse la externalización, se garantice la continuidad de la relación entre madre, progenitor o cuidador principal que permanece encarcelado y su hijo o hija, cuando ello sea apropiado al interés superior». Todo ello, además del establecimiento de procedimientos o protocolos para la separación de los niños, en su caso (párr. 205).

Otros extremos considerados en este capítulo de la *OC-29/22* son el derecho a la salud y a la alimentación de los niños y niñas que viven en el reclusorio con su madre o cuidador. Especial interés merece el desarrollo adecuado e integral de los niños y niñas, atendiendo a su integración comunitaria, socialización, educación y recreación (párrs. 214 y ss.). En este punto vale cargar el acento sobre la faz positiva del derecho a la vida: creación de condiciones que alienten la calidad de la existencia, así como sobre las medidas de protección, de amplio espectro, que el Estado debe ejercer en los términos del artículo 19 de la CADH.

## 7. LGBTI

En seguida, la Corte se ocupa de los enfoques diferenciados aplicables a las personas LGBTI privadas de libertad. Esta parte de la opinión enlaza con el énfasis recientemente aplicado a los derechos de los diversos grupos identificados bajo aquellas siglas, derechos tradicionalmente negados o menoscabados. Las personas pertenecientes a grupos LGBTI han sufrido --y sufren-- gran violencia cuando se hallan sujetas a medidas de privación de libertad que implican convivencia con miembros de otros sectores de la sociedad. Hoy día, la jurisprudencia interamericana ha destacado, como debía, que «la orientación sexual, identidad de género y expresión de género de la persona son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención», y por ello se hallan al abrigo contra acciones que pudieran afectarles con motivo de esas condiciones o decisiones (párr. 226).

Es preciso que los Estados resuelvan la ubicación de personas LGBTI dentro de un centro penitenciario atendiendo no solo a «criterios relacionados con el respeto a su identidad de género, sino también con la prevención de la violencia» (párr. 241). Esto lleva a considerar “requisitos mínimos exigibles a los Estados para determinar la ubicación de una persona LGBTI en un centro penitenciario, sin perder de vista el principio de igualdad y no discriminación ni imponer preconcepciones sobre la identidad de género del sujeto (párr. 243).

En su solicitud de opinión consultiva, la Comisión Interamericana pidió que la Corte se pronunciara en torno a las violencias que sufren las personas LGBTI en los reclusorios, con fines preventivos y correctivos; este pronunciamiento favorecerá la adecuada tutela de los derechos de aquéllos. Al respecto, el Tribunal de San José incluyó en su opinión consultiva determinaciones sobre el registro de datos relacionados con la violencia en agravio

de tales víctimas, su prevención y protección, y la obligación del Estado de investigar hechos violatorios, para erradicar la frecuente impunidad que prevalece en este ámbito, como en otros (párrs. 249 y ss.). Es evidente la conexión de esta actividad estatal con el deber general de garantía que consagra el artículo 1.1 del Pacto de San José.

En la OC-29/22 hay otras cuestiones de notable relevancia que merecieron la reflexión del Tribunal. Entre ellas cuenta el derecho a la protección de la salud de las personas trans privadas de libertad respecto al inicio o continuación de un proceso de transición. Habida cuenta del derecho de todas las personas al cuidado de la salud y de la atención especial que es necesario brindar en esta materia a quienes se hallan privados de libertad, la Corte estableció que en el contexto penitenciario el Estado debe proveer tratamientos específicos a personas LGBTI que plantean necesidades particulares en el curso de un proceso de transición (párrs. 266 y ss.).

Finalmente, en lo que toca a la materia mencionada en los párrafos precedentes, la OC-29/22 analiza la visita íntima de las personas LGBTI, a la luz de conceptos generales y para los fines específicos de la práctica de esa visita, cuyos buenos resultados se han acreditado ampliamente en la experiencia penitenciaria de muchos países. Como consideración de alcance general, la Corte reiteró que «la vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad, en el que también influye la orientación sexual de la persona, la cual dependerá de cómo ésta se auto-identifique». Se reconoce ampliamente el derecho a la sexualidad y se rechazan las prohibiciones que excluyen la visita íntima de personas LGBTI, exclusiones que «además de perpetuar discriminación de hecho, no buscan tampoco satisfacer ningún interés legítimo respaldado por la Convención Americana» (párrs. 274-275).

## 8. *Indígenas*

En la misma segunda porción de la OC-29/22, la Corte examinó la privación de libertad de personas pertenecientes a pueblos indígenas. El Tribunal de San José ha emitido una notable jurisprudencia en torno a la vulneración de los derechos de los habitantes originarios de América y sus descendientes. En esta revisión se consideran las diversas categorías de violación que han agraviado a los pueblos y comunidades indígenas en el curso de varios siglos, a partir del llamado “encuentro” en el siglo XVI. Entre esas categorías figuran ataques a la vida (etnocidio), a las formas de tenencia y uso de bienes, a la transmisión de la cultura, a la preservación del orden jurídico indígena (usos y costumbres), a la participación en decisiones que atañen a la sociedad en su conjunto, etcétera. La jurisprudencia de la Corte en esta materia obedece a un signo “reivindicador” de derechos y libertades que merece la mayor atención.

En la opinión analizada se puntualiza un hecho notorio y frecuente: «dada la especial relación con el territorio y su comunidad, las personas indígenas constituyen un grupo desproporcionadamente afectado por la pena privativa de libertad», medida que «representa un obstáculo para el ejercicio pleno del derecho a la identidad cultural de las personas indígenas, cuyos efectos se extienden a toda la comunidad» (párr. 282). Igualmente se destaca, para los fines de la opinión consultiva analizada, «la heterogeneidad de situaciones de los pueblos indígenas en la región americana, así como el nivel de reconocimiento de sus derechos en la normativa internacional, constitucional y legal»; los representantes y autoridades de los pueblos indígenas deben participar «activamente en la formulación,

implementación y evaluación de la política criminal de los Estados”, estableciéndose a este fin “relaciones de diálogo y cooperación entre estas autoridades y la justicia ordinaria», como ha recomendado la CEPAL (párr. 287).

De nueva cuenta enfatiza la Corte la preferencia de adoptar penas alternativas a la prisión en este ámbito, como lo ha sostenido en otros casos. Se hace constar «que la separación de la persona indígena de su comunidad y territorio, elementos constitutivos de su identidad cultural, puede conllevar a profundos sufrimientos que sobrepasan a aquellos inherentes a la estancia en prisión y tienen un impacto negativo sobre los miembros de la comunidad indígena” (párr. 292).

Especial atención merece la preservación de la identidad cultural de los indígenas privados de libertad (párrs. 295 y ss.), lo que repercute en las decisiones de la autoridad sobre la ubicación de estos sujetos en los centros penitenciarios, la preservación de las tradiciones y las costumbres indígenas durante la privación de libertad, el acceso a alimentos culturalmente adecuados, el empleo de prácticas y medicinas tradicionales (párrs. 295 y ss.).

También se ha pronunciado la Corte sobre la necesidad de permitir el uso de la lengua indígena en los procedimientos penales y en la vida en reclusión, y el carácter -- “culturalmente adecuado”-- de las medidas de reinserción e integración social de los indígenas, en el marco de la finalidad que la CADH reconoce a la pena privativa de la libertad (párr. 328). Finalmente, se analiza la ocurrencia de violencias en agravio de los indígenas privados de libertad y la forma de prevenirlas y sancionarlas, para lo cual se enuncia una serie de obligaciones específicas de los Estados, que guardan relación con el desempeño de los agentes estatales que intervienen en estas tareas, la participación en ellas de funcionarios indígenas, y la denuncia, investigación y sanción de conductas violentas (párr. 336).

### 9. *Adultos mayores*

Hoy día destacan en la reflexión, en la formulación de normas y políticas y en la acción de los Estados los temas y problemas vinculados con la situación que guardan las personas de mayor edad, cuyo número se ha incrementado absoluta y relativamente en el conjunto de la población. Al respecto se han multiplicado las declaraciones, pactos y lineamientos para el trato de este creciente sector, que requiere de medidas especiales para hacer efectivos los derechos y libertades de sus integrantes.

Son diversos los factores que influyen en el crecimiento de este sector de la población. La atención especial de sus integrantes debe proyectarse en el curso del proceso de “envejecimiento”, en el que se manifiestan diversos cambios biológicos, fisiológicos, psicosociales y funcionales, con notable variedad de consecuencias. Es preciso, afirma la Corte, “visibilizar a las personas mayores como sujetos de derechos” que requieren “especial protección” y, consecuentemente, “cuidado integral”, siempre con respeto a su autonomía e independencia (párr. 342).

De nueva cuenta --pero ahora con razonamientos específicos, derivados de la situación que guardan los adultos mayores--, el Tribunal se pronuncia en favor de la procedencia de medidas sustitutivas o alternativas de penas privativas de libertad (párrs. 347-350). También figuran en la OC-29/22 consideraciones relevantes en torno a las limitaciones que sufren los adultos mayores en su desempeño cotidiano por lo que toca a cuestiones de accesibilidad y movilidad de aquéllos (al respecto, el Tribunal destaca un amplio conjunto de aspectos que es pertinente atender: párr. 361).

En la opinión consultiva se examina la ubicación que es preciso asignar en los reclusorios a los adultos mayores privados de libertad, ponderando las condiciones de los centros penitenciarios y el nivel de riesgo que afrontan las personas mayores, habida cuenta de sus características y de las condiciones generales de la vida en prisión. «En todo caso --puntualiza el Tribunal-- si se opta por que tales personas convivan con el resto de la población carcelaria, es imperativo garantizar su seguridad, vida e integridad personal» (párr. 353). Este régimen de garantías alcanza, con modalidades especiales y acentuadas, el cuidado del derecho a la salud, que en el caso de las personas mayores puede presentar agravamientos derivados del hecho mismo de privación de la libertad (párrs. 362 y ss.).

Las consideraciones de la opinión consultiva en torno a los adultos mayores sujetos a privación de libertad culmina en apartados sobre el derecho de aquéllos al contacto exterior con sus familias, y su reinserción y reintegración social, consecuente con los fines que el Estado y la sociedad persiguen a través de la privación de libertad. El primero de estos temas tiene que ver tanto con el derecho general a la protección de la familia, como con el deber específico del Estado de garantizar el contacto de los individuos privados de libertad con sus familiares (párr. 37.9); en este campo hay que tomar en cuenta la cercanía de los centros penitenciarios al hogar de las personas mayores y el régimen de visitas.

El segundo de estos temas finales de la opinión consultiva recoge las recomendaciones establecidas por las actuales corrientes del régimen penológico y penitenciario --entre ellas, las que constan en las Reglas Nelson Mandela-- y advierte sobre la necesidad de participación de la sociedad en el proceso de reinserción social y el acompañamiento de las personas mayores con posterioridad a su liberación, que se manifiesta en diversas acciones de apoyo y facilitamiento de la nueva etapa de vida (párrs. 386 y ss.).

## 10. COVID-19

Es relevante, y en ocasiones decisivo, examinar las condiciones generales y especiales, atentas las circunstancias prevalecientes, en que deben operar los derechos humanos y las correspondientes obligaciones estatales. En la materia que ahora nos ocupa se tomó en cuenta la Pandemia COVID-19, que causó diversos estragos en numerosos países, entre ellos los del ámbito americano. Esta situación no podría pasar inadvertida para los órganos internacionales supervisores del ejercicio de los derechos humanos al amparo de la normativa convencional. De ahí los pronunciamientos, oportunos y pertinentes, tanto de la Comisión como de la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, que urgieron a los Estados del área a mantener el respeto y la garantía de esos derechos del mejor modo posible, a pesar de los quebrantos y las emergencias determinadas por la pandemia.

Si la pandemia gravitó con gran peso sobre la vida de las sociedades americanas e impuso privaciones y restricciones a cada conjunto nacional, ese mal también cundió en la población de individuos privados de libertad e impedidos, por lo tanto, de tomar medidas propias que los pusieran a salvo en el ámbito familiar, laboral u hospitalario. En la OC-29/22, la Corte reconoció la vulnerabilidad de los individuos privados de libertad, «pues, por lo general se encuentran en condiciones de sobrepoblación y hacinamiento que no permiten un adecuado distanciamiento social para prevenir el contagio del virus, con inadecuadas y deficientes medidas de higiene, y con limitaciones para acceder de manera eficaz y oportuna a una serie de derechos como la salud y la información». Es por ello que se requiere a los Estados adoptar «medidas inmediatas, eficaces e innovadoras para contener el contagio masivo en el interior de las cárceles» (párr. 115).

En este campo, el Tribunal de San José señaló la necesidad de introducir medidas preventivas y correctivas en dos dimensiones: primero, adecuación de las condiciones de detención para favorecer la prestación de los servicios indispensables a las personas privadas de libertad; y segundo, disminución de la población penitenciaria mediante la aplicación de alternativas de la privación de libertad (párr. 117). El mismo Tribunal hizo notar que algunos Estados han procurado disminuir la sobrepoblación «con base en criterios objetivos de priorización respecto de personas mayores, con algún tipo de discapacidad, enfermas o mujeres embarazadas o con niños o niñas en sede carcelaria». Lo mismo ha ocurrido, en algunos casos, con respecto a indígenas (párr. 118).

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
KAREN CITLALLI NARVAEZ DELGADO