

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

Sergio García Ramírez*

Sumario: 1. Nota previa 2. Privación de la libertad: consideraciones generales 3. Vulnerabilidad 4. El penitenciarismo en la Academia Mexicana de Ciencias Penales A) Demanda de amparo B) Comparecencia ante la jurisdicción supranacional 5. La opinión consultiva 29/22 A) Mujeres B) Niños C) LGBTTI+ D) Indígenas E) Adultos mayores 6. Covid-19

Resumen: Este artículo examina la privación de libertad vinculada con procedimientos penales y las diversas formas que ésta reviste en relación con reclusos pertenecientes a diversos grupos, así como las tareas penitenciarias desarrolladas por la Academia Mexicana de Ciencias Penales en un juicio de amparo y en una comparecencia ante la justicia internacional. Se analiza la *Opinión Consultiva OC-29/22* emitida por la Corte Interamericana el 30 de mayo de 2022, tomando en cuenta los enfoques diferenciados de la privación de libertad en los casos de mujeres, niños, LGBTTI, indígenas y adultos mayores.

Abstract: This article examines imprisonment in connection with criminal procedure and the various forms it takes in relation to prisoners belonging to different groups, as well as the penitentiary work carried out by the Mexican Academy of Criminal Justice Sciences in an *amparo* trial and in an appearance before international judicial bodies. *Advisory Opinion OC-29/22* issued by the Inter-American Court on May 30, 2022 is analyzed, taking into account the differentiated approaches to imprisonment in the cases of women, children, LGBTTI, indigenous and older adults.

Palabras clave: Enfoques diferenciados, Indígenas, Jurisprudencia, Privación de libertad

Key words: Differentiated Approaches, indigenous people, jurisprudence, imprisonment

* Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-CONACYT). Antiguo profesor de la Facultad de Derecho e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM).

1. NOTA PREVIA

Este artículo tiene un doble destino. Por una parte, figura en mis contribuciones para el Observatorio de Derechos Humanos de la *Revista OIDU*¹, de la Universidad de Roma, por invitación del profesor Claudio Zanghi, emérito de esa institución. Por otra parte, lo entrego a *Criminalia*² —con acuerdo del Director profesor Miguel Ontiveros—, revista de la Academia Mexicana de Ciencias (AMCP), publicación nonagenaria que ha prestigiado a las ciencias penales de México y enriquecido el pensamiento, la investigación y la difusión de estas disciplinas más allá de nuestras fronteras. *Criminalia* vio la luz en 1933 —y por ello precedió, “paradójicamente”, a su matriz: la Academia, constituida en 1940— y ha explorado los múltiples horizontes del sistema penal, con presencia fecunda y honrosa entre las publicaciones de su género.

Mi primera idea en la elaboración del presente artículo —con la asistencia de Karen Citlalli Narváez Delgado, mi asistente en el Sistema Nacional de Investigadores— fue informar a un público interesado en los temas de derechos humanos —es decir, un ancho mundo de especialistas y profanos— sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relacionada con una cuestión sobresaliente: la privación de libertad asociada a procedimientos penales.

De ahí resultó la presentación original en la que describí una reciente y valiosa opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *OC-29/22, Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Corte, CorteIDH, Tribunal de San José) 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 que aborda distintas vertientes de la privación de la libertad, sea de naturaleza preventiva, sea de índole punitiva, según las características de los sujetos a los que se aplica aquélla.

Una segunda consideración sobre la materia de la *OC-29/22* me llevó a proponer la publicación del mismo texto en *Criminalia*, con el parecer favorable de OIDU y del Director Ontiveros, tomando en cuenta tanto los trabajos legislativos y de otro orden, siempre discutibles y discutidos (acciones y omisiones), a propósito de la privación de la libertad³, como el interés constante, intenso y benéfico que nuestra Academia Mexicana de Ciencias Penales ha puesto en esta materia.

México ha revisado su Constitución y su legislación secundaria para incorporar reformas penales de diverso género, entre ellas no pocas vinculadas con la privación

¹ OIDU. Ordine Internazionale e Diritti Umani, v. <https://aepdiri.org/index/actividades/-aepdiri/comunicaciones/1979/-revista-oidu-ordineinternazionale-e-diritti-umani>

² <https://criminalia.com.mx/index/php/nueva-epoca>

³ Cfr. García Ramírez, Sergio, y Silva Meza, Juan, *Sistema penal: errores y desvíos*, México, UNAM/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

de la libertad⁴, y la AMCP ha reiterado antiguas preocupaciones, enriquecidas con nuevas reflexiones, que se proyectan en la doctrina penal y en la jurisprudencia de nuestros tribunales, particularmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De este punto específico me ocuparé *infra*.

2. PRIVACIÓN DE LIBERTAD: CONSIDERACIONES GENERALES

Paso a formular algunas consideraciones generales sobre la privación de libertad y a describir los temas básicos y los criterios principales de la Corte Interamericana en la *Opinión Consultiva OC—29/22*, ya recogidos por la Revista *OIDU* y ahora reproducidos por *Criminalia*⁵. No omito reiterar la gran importancia que reviste la privación de libertad en el marco general del sistema penal. Los individuos sujetos a esa medida han sido identificados como los “pobres entre los pobres” y se ha mencionado que el reclusorio en el que se recibe al condenado forma parte del “palacio de justicia” en el que figuran tanto el tribunal como la penitenciaría⁶.

La libertad personal figura, con prominencia, en el catálogo de los derechos humanos reconocidos 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.

El 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 aludida *OC-29/22*, 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

⁴ Cfr. García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?* México, Porrúa, 2016, 5ª. ed., pp. 99 y ss. y 189 y ss.

⁵ Todas las sentencias, opiniones consultivas y decisiones jurisdiccionales citadas en este trabajo fueron emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello no se indica en cada caso la fuente de la resolución invocada. Es posible consultar este material en la página de la Corte (CorteIDH): www.corteidh.or.cr

⁶ Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Bogotá, Temis, 1993, pp. 11 y 81-82.

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.

Esta opinión 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 más⁷.

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.

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.

⁷ 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. V. [https://oas/es/cidh/mandato/Basicas/PrincipiosPPL.asp](https://oas.es/cidh/mandato/Basicas/PrincipiosPPL.asp)

3. VULNERABILIDAD

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 he dicho que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana destacan ciertas “joyas de la corona” —si 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 libertad⁸.

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.

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 sentencia⁹. La consideración de esta materia y de quienes sufren privación de libertad —por motivos vinculados con el procedimiento penal o por otros factores— lleva a mencionar el principio de especificidad en la regulación, la supervisión y la práctica de los derechos humanos.

Hemos dedicado la mayor atención, como es natural, al principio de igualdad y no discriminación, generalmente reconocido como *jus cogens*, dato rector del gran conjunto de los derechos humanos. Sin perjuicio de la descollante jerarquía de este principio que se halla en el cimiento de los derechos humanos, donde reside la identidad en dignidad de todas las personas— conviene tomar en cuenta la realidad: somos portadores de idéntica dignidad e iguales ante la ley, pero desiguales en la práctica, desigualdad que se halla en el origen de numerosas violaciones y demanda atención específica para “nivelar”, “igualar”, “compensar” a quienes han sido menos afortunados en contraste con quienes cuentan con defensas más eficientes para sus derechos y libertades¹⁰.

⁸ Cfr. García Ramírez, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3ª. ed. 2015, pp. 649 y ss., y *Justicia penal*, México, Porrúa, 2023, pp. 201 y ss.

⁹ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Panorama de la Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos*, Porrúa/UNAM, Facultad de Derecho, 2020, pp. 61-62 y 85-86

¹⁰ Eduardo J. Couture habla de factores de igualación en el ámbito procesal —igualdad por compensación—, en *Estudios de Derecho procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 2ª. ed., t. I. pp. 275-276, y Roberto Berizzone alude a *Tutelas procesales diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.

He aquí la región en la que prosperan las leyes para los más débiles —a las que se refiere Luigi Ferrajoli¹¹ y que se hallan en la fuente del moderno Derecho de “orientación social”—, los vulnerables, los desaventajados, los desfavorecidos por condiciones naturales, culturales, políticas, económicas, etcétera. La vulnerabilidad no sólo afecta a pequeños grupos de individuos, sino aparece y domina en grandes conjuntos. De hecho, en algunas sociedades esa vulnerabilidad abarca al mayor número de las personas.

Es preciso, por ende, destacar el concepto de vulnerabilidad, analizar sus formas e implicaciones y construir, a la manera de las leyes que amparan a los más débiles —o a los débiles, simplemente— una jurisprudencia que considere con puntualidad y brinde tutela eficaz a esos sujetos. Este es un dato característico de la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹², que bajo el concepto de vulnerabilidad —y en la misma línea de las 100 Reglas de Brasilia¹³ y el Protocolo de Santiago para el Acceso a la Justicia¹⁴—, ha emitido opiniones y sentencias relacionadas con amplios conjuntos de la población de los países americanos, que se hallan en aquella situación: mujeres, niños, indígenas, enfermos y discapacitados, migrantes, reclusos, entre otros.

En publicaciones anteriores he analizado particularmente la prisión preventiva, utilizada con frecuencia excesiva y a menudo con olvido de las condiciones que la legitiman¹⁵. 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.

¹¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009, pp. 15 y ss.

¹² La Corte Interamericana considera que “toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos”, y por ello resulta “imperativa la protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentra”. *Caso Burlán y familiares vs Argentina*. Excepción preliminar, fondo y reparaciones, Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr 134.

¹³ *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad*, de 2008, actualizadas en Quito, en abril de 2118

¹⁴ *Protocolo Iberoamericano de Actuación Judicial para mejorar el acceso a la justicia de Personas con Discapacidad, Migrantes, Niños, Niñas, Adolescentes, Comunidades y Pueblos Indígenas*, Santiago, 2014, y *Protocolo de Actuación Judicial para Casos de Violencia de Género contra las Mujeres*, Santiago, 2014.

¹⁵ Cfr. *El Procedimiento Penal, Constitución y Código Nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 2018, pp. 597 y ss.

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

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 Interamericana¹⁶—, 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 sistematiza 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”¹⁷, por cuanto 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”¹⁸.

¹⁶ Cfr. Bigliani, Paola, y Bovino, Alberto, *Encarcelamiento preventivo y estándares del Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2008, pp. 35 y ss.

¹⁷ *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 Reeduación 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)

¹⁸ *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”¹⁹.

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”²⁰. 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]²¹.

“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”²²

¹⁹ *Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras*, párr. 187; *Caso Godínez Cruz vs Honduras*, párr. 197, y *Caso Baldeón García vs Perú*, párr. 118.

²⁰ *Caso Mota Abarullo y otros vs Venezuela*, párr. 88, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay*, párr. 152

²¹ *Caso Caesar vs Trinidad y Tobago*, párr. 97

²² *Caso Pacheco Teruel y otros vs Honduras*, párr. 64, y *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs Paraguay*, párr. 153.

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

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 cumplir 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.

4. EL PENITENCIARISMO EN LA ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES

Muchos miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, de ayer y de ahora, dedicaron buena parte de su vida y su obra a tareas penitenciarias y aledañas a éstas. Estos temas revisten suma relevancia y han recibido muy frecuente atención en nuestras deliberaciones y en las tareas que hemos cumplido ante múltiples instancias. Me parece justo mencionar aquí a los miembros de la AMCP que han cifrado su principal esfuerzo humano y profesional —sin perjuicio de tareas en otros ámbitos— en la función penitenciaria, no sólo a partir del estudio de los temas y problemas que éste suscita, sino también en prolongados trabajos de trinchera, que dan testimonio de preocupaciones solidarias, a veces exitosas y en ocasiones frustradas, como han manifestado sus mismos protagonistas.

Al referirme a los académicos que han acudido a la trinchera penitenciaria debo mencionar varios nombres dentro de la extensa nómina de colegas que ya no se encuentran entre nosotros —salvo por el estupendo recuerdo de sus experiencias y enseñanzas— o que mantienen vivo el quehacer penitenciario: Edmundo Buentello y Villa, Carlos Franco Sodi²³, Javier Piña y Palacios, Alfonso Quiroz Cuarón, Antonio Sánchez Galindo²⁴, Fernando García Cordero, Gustavo Malo Camacho, Mercedes Peláez Ferrusca, Ruth Villanueva Castilleja y Sergio García Ramírez²⁵.

²³ Recuérdese el dramático título de un artículo de Franco Sodi, que años después sería procurador de justicia del Distrito Federal, procurador de la República y ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Por qué fracasé en la Penitenciaría?”, en *Don Juan Delincuente y otros ensayos*, México, Botas, 1951.

²⁴ Cfr. Sánchez Galindo, Antonio, *Luces y sombras de la prisión*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2017.

²⁵ Cfr. García Ramírez, Sergio, *Del alba al crepúsculo. Páginas de mi vida*, México, Porrúa, 2022, pp. 109 y ss. y 213 y ss.

A) Demanda de amparo

Entre las tareas más recientes de la AMCP relacionadas con la privación de libertad y sus implicaciones —sobre todo desde la perspectiva del respeto y la garantía de los derechos humanos— se hallan dos asuntos importantes que requirieron el esfuerzo específico de algunos académicos, en representación del conjunto. En el orden del tiempo, uno de ellos se concentró en la demanda de amparo presentada por nuestra corporación, a título de quejosa, por la inobservancia de derechos de los reclusos; el segundo consistió en la participación de la AMCP en el procedimiento internacional conducente a la opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos identificada como *OC-29/22*, que arriba mencioné. En las siguientes líneas aludiré a ambos trabajos, que dan cuenta de la preocupación de los académicos por los temas penitenciarios y el esfuerzo por mejorar la situación de los reclusos.

En sesión del 19 de febrero de 2018, la Academia analizó la situación que guardan diversos reclusorios del país y el menoscabo que padecen las personas sujetas a privación de libertad tanto en prisión preventiva, a lo largo de un proceso, como en reclusión punitiva, en consecuencia de una condena judicial. En vista de la gravedad de esa situación, particularmente visible en penales de Nuevo León, pero no exclusiva de éstos, que reclama acciones enérgicas y eficaces por parte de las autoridades, la Academia resolvió, al cabo de una cuidadosa deliberación, demandar el amparo de la justicia federal para avanzar en el respeto y la garantía de derechos humanos vulnerados. La iniciativa provino de la presidenta de la Academia, Victoria Adato Green, que ha encabezado las tareas en este punto.

En la preparación de la demanda participaron, con dedicación y talento bien reconocidos, la presidenta Adato Green y el académico Raúl Plascencia Villanueva, que contaron con el apoyo de varios colegas, especialmente el académico Miguel Ángel Aguilar López. El 13 de junio del citado 2018, la Academia presentó demanda de amparo²⁶. Previamente a la demanda de amparo, la Academia se había dirigido dirigido infructuosamente a diversas autoridades administrativas solicitando corrección de las infracciones e información sobre éstas. Sin respuesta satisfactoria por parte de las autoridades administrativas, se requirió el amparo judicial.

En la demanda de amparo, la AMCP detalló constantes violaciones a derechos humanos de los internos en centros de reclusión y denunció la carencia de acciones y estrategias para evitar problemas severos y notorios, como sobrepoblación, autogobierno carcelario y violencia en los penales. En calidad de autoridades responsables, la demanda mencionó dependencias e instancias federales y locales²⁷.

²⁶ De la que conoció el Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México. Exp. 689/2018.

²⁷ Secretaría de Gobernación (del gobierno federal), Titular de la Comisión Nacional de Seguridad, Secretario Ejecutivo de la Comisión Nacional de Seguridad Pública, Comisionado del Órgano Ad-

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

En los términos de la fracción I del artículo 107 constitucional y sus normas reglamentarias, y tomando en cuenta los puntos que podrían afectar la marcha del juicio de amparo, la Academia expuso la naturaleza, el objeto y los fines de esa asociación y consideró que la conducta de las autoridades responsables entrañaba una afectación de la esfera jurídica del quejoso en sentido amplio. Igualmente, analizó las atribuciones (incumplidas) de varias autoridades responsables, así como normas relevantes sobre el régimen de reclusión. La Academia invocó, asimismo, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del deber de garantía de derechos que incumbe a los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁸.

El Juez de Distrito sobreseyó la causa el 31 de agosto de 2018, aduciendo que la Academia carecía —a juicio del juzgador— de interés legítimo para reclamar el amparo de la justicia federal. Inconforme con esta decisión, aquélla interpuso recurso de revisión²⁹. En virtud de la importancia del asunto sometido a juicio, la AMCP solicitó la atracción por la Suprema Corte de Justicia. Ésta atrajo el juicio, cuya atención se llevó adelante por la Segunda Sala³⁰.

Fue relevante que la Sala hiciera un detallado examen sobre el interés de la AMCP para solicitar el amparo, a través del acucioso deslinde entre interés legítimo, jurídico y simple. En concepto de la Sala, las omisiones reclamadas sí afectan el interés legítimo de la quejosa, que en este caso guarda relación con el derecho a la reinserción social de los sentenciados. Por ello, la Sala revocó la sentencia recurrida y pasó a examinar las violaciones señaladas por la Academia.

En síntesis, la Segunda Sala de la Suprema Corte estimó “fundados los argumentos de la asociación quejosa en el sentido de que las autoridades responsables no demostraron que han cumplido con las obligaciones legales y reglamentarias con que se dio cuenta, pues de autos no se advierte que aportaran alguna prueba para demostrar que han actuado en sentido contrario al que les fue reclamado”. Por lo tanto, la Sala otorgó a la Academia el amparo de la justicia federal en la referida sentencia del 13 de mayo de 2020³¹.

ministrativo Prevención y Readaptación Social, Presidente de la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario, Gobernador Constitucional del Estado de Nuevo León, Secretario de Seguridad Pública del Estado de Nuevo León y Comisario General de la Agencia de Administración Penitenciaria de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado de Nuevo León.

²⁸ Este deber figura entre las llamadas “obligaciones generales de los Estados” en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

²⁹ Ante el Vigésimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Se abrió el expediente 425/2018.

³⁰ Amparo en Revisión 277/2019. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas; y secretario, Salvador Alvarado López.

³¹ Adoptada por mayoría de tres votos: Ministro ponente y Ministros Alberto Pérez Dayán y Luis María Aguilar Morales; en contra votaron los Ministros Yasmín Esquivel Mossa y Javier Laynez Potisek.

Notificada la sentencia, la Academia resolvió mantenerse atenta al cumplimiento de aquélla, indispensable para la plena eficacia de la decisión judicial. En este sentido, la corporación formuló las promociones que consideró indispensables y celebró reuniones con las autoridades a cargo del cumplimiento. Hasta el momento de redactar este texto, dichas autoridades han provisto a los representantes de la Academia diversos informes, pero las solicitudes de la corporación, que tienen que ver con el respeto y la garantía de los derechos de los reclusos, no han quedado atendidas. Por ello se halla a la vista un incumplimiento de la sentencia de amparo, con las consecuencias que esto tiene.

B) Comparecencia ante la jurisdicción supranacional

El segundo asunto que atrajo el interés institucional de la Academia en materia de derechos de los reclusos, fue el procedimiento conducente a la *Opinión Consultiva OC-29/22*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fue esta la primera vez que la Academia, como corporación, ofreció un punto de vista ante ese Tribunal supranacional. La participación quedó a cargo de la académica Mercedes Peláez Ferrusca, coordinadora de la Sección III, que se ocupa en asuntos de orden penitenciario y ejecución penal. En la opinión consultiva se la posición de la Academia se recogió en la opinión consultiva³².

En las siguientes páginas presentaré las consideraciones de la Corte Interamericana en torno a los enfoques diferenciados en la atención a las personas privadas de la libertad. Estos enfoques distintos atienden a la aplicación de lo que he de nominado “principio de especificidad”³³ —al que me referiré *infra*—, cuya aplicación jurisprudencial figura en la cuenta favorable de la Corte de San José, de signo transformador bajo lo que he llamado “vocación institucional” de ese Tribunal supranacional.

Antes de ingresar a la revisión panorámica de la *OC-29/22* “tenderé el puente” entre la presencia de la Academia ante la Corte Interamericana y el pronunciamiento de ésta sobre los enfoques diferenciados. Ese puente se halla en la presentación aprobada por la AMCP y sustentada ante la CorteIDH, por escrito y verbalmente, por la maestra Peláez Ferrusca.

En las partes principales del parecer emitido por la Academia ante la CorteIDH se favorece ampliamente la necesidad de brindar trato diferenciado a los integrantes de

³² Bajo el rubro de observaciones —en número de setenta— presentadas por organizaciones no gubernamentales, asociaciones nacionales, instituciones académicas e individuos de la sociedad civil. La académica Peláez Ferrusca compareció mediante videoconferencia en la audiencia celebrada por el Tribunal de San José del 19 al 22 de abril de 2021, en la que se registraron ochenta y seis comparecencias.

³³ García Ramírez, Sergio, *Derechos humanos y tratados internacionales*, México, Seminario de Cultura Mexicana, 2020, p. 40

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

grupos diversos sujetos a privación de libertad, tomando en cuenta la mejor doctrina penitenciaria de ayer y de ahora —siempre inclinada hacia los conceptos de clasificación e individualización— y las necesidades propias del régimen de reclusión en lo que respecta a los grupos mencionados.

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 civil³⁴. El Tribunal consideró para la emisión de la opinión todos los escritos de observaciones, la jurisprudencia aportada por tribunales nacionales —Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay y las ochenta y seis participaciones e intervenciones en audiencia.

Una vez emitida y notificada la opinión consultiva, la Academia Mexicana de Ciencias Penales se dirigió nuevamente a la Corte Interamericana, dando cuenta de lo acordado en la sesión de la propia AMCP del 7 de noviembre de 2022. En este nuevo comunicado³⁵, la Academia “manifestó su complacencia por su exhaustividad de la (OC-19) y por la riqueza interpretativa de las reflexiones”. La “abundante gama de aspectos abordados en este ejercicio propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos revela con precisión los ámbitos, espacios y condiciones que los Estados miembros habrán de remediar para satisfacer la exigencia de protección y ejercicio de derechos por parte de grupos considerados vulnerables al interior de los establecimientos penitenciarios, con motivo de la pena de prisión”.

La Academia planteó la pertinencia de “profundizar sobre la eficacia vinculante de la citada Opinión Consultiva, particularmente sobre las recomendaciones para su cumplimiento por parte de los Estado Miembros”. Asimismo, preguntó “si los órganos del Sistema Interamericano tienen previsto ejercer algún mecanismo de supervisión sobre las circunstancias que, respecto de la ejecución de la pena para estos grupos, han de ser transformadas y cumplidas por parte de las autoridades penitenciarias nacionales”.

³⁴ Durante el trámite de la opinión se recibieron cien observaciones escritas, de las cuales, doce 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 Crueles, 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.

³⁵ Suscrito por el presidente de la AMCP, Luis Rodríguez Manzanera. Ref.: OC-29/2022

5. LA OPINIÓN CONSULTIVA 29/22

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 intentaré señalar, enunciativamente, los aspectos más destacados de ambas porciones, que sería imposible estudiar detalladamente en esta nota.

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”³⁶.

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”³⁷.

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;

³⁶ OC-29/22, párr. 33.

³⁷ *Idem*, párr. 33

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

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”³⁸.

A) Mujeres

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 libertad³⁹. 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 o particularidades, 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”⁴⁰. 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 física⁴¹. El mismo Tribunal postula acceso a la salud sexual y reproductiva, sin discriminación⁴², y dispone proveer de alimentación adecuada y atención en salud física y psicológica, según corresponda, a mujeres en estas condiciones⁴³.

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 extra-muros⁴⁴.

³⁸ *Ibidem*, párr. 35.

³⁹ OC-29/22, párrs. 121 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 132.

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 140 y ss.

⁴² *Ibidem*, párrs. 148 y ss.

⁴³ *Ibidem*, párrs. 153 y ss.

⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 165 y ss.

B) Niños

La última consideración mencionada en el párrafo anterior 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 Estado⁴⁵.

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 adultos⁴⁶.

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 ⁴⁷. 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 caso⁴⁸.

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

⁴⁵ *Ibidem*, párr. 171

⁴⁶ *Ibidem*, párrs. 176 y ss.

⁴⁷ *Ibidem*, párrs. 201 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 205.

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

recreación⁴⁹. 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.

C) LGBTTI+

En seguida, la Corte se ocupa de los enfoques diferenciados aplicables a las personas LGBTTI 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 LGBTTI 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 decisiones⁵⁰.

Es preciso que los Estados resuelvan la ubicación de personas LGBTTI 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”⁵¹. Esto lleva a considerar “requisitos mínimos exigibles a los Estados para determinar la ubicación de una persona LGBTTI 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”⁵².

En su solicitud de opinión consultiva, la Comisión Interamericana pidió que la Corte se pronunciara en torno a las violencias que sufren las personas LGBTTI 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 otros⁵³. 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.

⁴⁹ Ibidem, párrs. 214 y ss.

⁵⁰ Ibidem, párr. 226.

⁵¹ Ibidem, párr. 241.

⁵² Ibidem, párr. 243.

⁵³ Ibidem, párrs. 249 y ss.

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 LGBTTI que plantean necesidades particulares en el curso de un proceso de transición⁵⁴.

Finalmente, en lo que toca a la materia mencionada en los párrafos precedentes, la OC-29/22 analiza la visita íntima de las personas LGBTTI, 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 LGBTTI, exclusiones que “además de perpetuar discriminación de hecho, no buscan tampoco satisfacer ningún interés legítimo respaldado por la Convención Americana”⁵⁵.

D) 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 de violación 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, etcétera⁵⁶. La jurisprudencia de la Corte en esta materia obedece a un signo “reivindicador” de derechos y libertades que merece la mayor atención.

⁵⁴ *Ibidem*, párrs. 266 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*, párrs. 274-275.

⁵⁶ Así, en *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 660-661

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

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”⁵⁷.

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 CEPAL⁵⁸.

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”⁵⁹.

Especial atención merece la preservación de la identidad cultural de los indígenas privados de libertad⁶⁰, 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 tradicionales⁶¹.

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 libertad⁶². 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 par-

⁵⁷ OC-29/22, párr.282.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 287.

⁵⁹ *Ibidem*, párr. 292.

⁶⁰ *Ibidem*, párrs. 295 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, párrs. 295 y ss.

⁶² *Ibidem*, párr. 328.

tipificación en ellas de funcionarios indígenas, y la denuncia, investigación y sanción de conductas violentas⁶³.

E) 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 integrantes⁶⁴.

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 independencia⁶⁵.

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 libertad⁶⁶. 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 atender⁶⁷.

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 esas personas, habida

⁶³ *Ibidem*, párr. 336

⁶⁴ Entre las convenciones de más reciente fecha del Sistema Interamericano, figura la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (es decir, los individuos de la tercera edad, a los que también llamamos ancianos, senectos o sencillamente viejos), del 15 de junio de 2015, suscrita e incorporada por México. Al respecto, cfr. García Ramírez, Sergio, “La vejez ante el sistema internacional de protección de los derechos humanos”, en Varios autores, *La vejez en México en el siglo XX. Desafíos individuales y sociales*, Rolando Cordera, Herminia Pasantes y Silvia Molina, coords., México, Seminario de Cultura Mexicana, 2022, pp. 125 y ss. O

⁶⁵ OC-29/22, párr. 342.

⁶⁶ *Ibidem*, párrs. 347-350.

⁶⁷ *Ibidem*, párr. 361

Privación de la libertad en procedimientos penales: aplicación diferenciada

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”⁶⁸. 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 libertad⁶⁹.

Las consideraciones de la opinión consultiva en torno a los adultos mayores sujetos a privación de libertad culminan 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 familiares⁷⁰; 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 Mandela⁷¹— 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 facilitación de la nueva etapa de vida⁷².

6. COVID-19

OCs relevante, y en ocasiones decisivo, examinar las condiciones generales y especiales, atentas a 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 de-

⁶⁸ *Ibidem*, párr. 353.

⁶⁹ *Ibidem*, párrs. 362 y ss.

⁷⁰ *Ibidem*, párr. 37.9

⁷¹ Del Primer Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento (1955) datan las Reglas Mínimas que habrían de conducir el sistema penitenciario en el curso del siglo XX. Actualmente rige otro documento, aprobado en 2015, que constituye una revisión del texto de 1955, a saber: Reglas de Mandela. V. <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/GA-RESOLUTION/S.ebook.pdf>

⁷² OC-29/22, párrs. 386 y ss.

rechos 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 Humanos⁷³, 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”⁷⁴.

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 libertad⁷⁵. 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 indígenas⁷⁶.

⁷³ El Tribunal de San José se ocupó de esta materia en la *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20: COVID-19 y derechos humanos. Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos y respetando las obligaciones internacionales*, del 9 de abril de 2020. Por su parte, la Comisión Interamericana emitió un documento acerca de *Pandemia y derechos humanos en Las Américas. Resolución 1/2020*, del 10 de abril de 2020. El comentario sobre personas privadas de libertad aparece en los párrafos 45-48 de este documento. Posteriormente, la Comisión presentó un *Cuadernillo de seguimiento. Implementación e impactos de la Resolución No. 1/2020*, en el que la materia se aborda en las págs. 33 y ss.

⁷⁴ OC-29/22, párr. 115.

⁷⁵ *Ibidem*, párr. 117.

⁷⁶ *Ibidem*, párr. 118.