



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SEPARACIÓN DE LOS GLBTI EN EL SISTEMA
PENITENCIARIO EN LOS CENTROS DE REHABILITACIÓN SOCIAL

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía

Ms. María Dolores Miño Buitrón

Autora

Vanessa Fernanda Bastidas Villegas

Año

2016

DECLARACIÓN PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

María Dolores Miño Buitrón
Master of Laws in International Legal Studies
C.I. 1713220786

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Vanessa Fernanda Bastidas Villegas
C.I. 1718184052

AGRADECIMINETOS

Agradezco a Dios por jamás soltarme, a mis padres y mi abuela por brindarme su apoyo incondicional y a todos quienes han sido parte de esta etapa.

DEDICATORIA

A mis hijos, mis padres y abuela.

RESUMEN

El presente trabajo de titulación pretende analizar el principio de separación dentro de las cárceles aplicado al caso de los miembros de la comunidad GLBTI privados de libertad en Ecuador. Este análisis, se hará a la luz de los estándares internacionales en materia de igualdad y no discriminación, y estándares mínimos de tratamiento a personas privadas de libertad consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La tesis propone además, que el principio de separación sea entendido desde una perspectiva integral, que exija al Estado para su efectivo cumplimiento la garantía de otros derechos derivados de la condición particular de las personas GLBTI privadas de libertad, como la vida, integridad personal, libertad de expresión, salud, y el derecho de asociación, los mismos que exigen del Estado acciones concretas para ser efectivamente cumplidos.

ABSTRACT

This undergraduate thesis analyses the principle of separation between inmates as established by International Human Rights Law, applied to the case of LGBTI population in prison in Ecuador. The investigation addresses the main standards existing in International Law regarding the right equality and non-discrimination for people that are detained, and how the separation principle ensures such right. The thesis further proposes an integral approach to the principle of separation, under which the State must undertake further measures to ensure other rights such as life, personal integrity, health, freedom of speech and association, as needed by the GLBTI inmate community due to their particular needs.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: DEFINICIÓN Y ALCANCES.	3
1.1 Normativa y estándares sobre el principio de igualdad y no discriminación.	3
1.2 El principio de igualdad y no discriminación es una norma de rango ius cogens.	6
1.2.1 Definición de Ius Cogens.	7
1.2.2 Trabajos preparatorios para determinar que se entiende por normas imperativas con rango ius cogens.	8
1.2.3 Características de las normas de rango ius cogens.	9
1.2.4 El principio de igualdad y no discriminación es una norma con carácter ius cogens.	10
1.2.5 El principio de igualdad y no discriminación en la legislación ecuatoriana.	11
1.3 Aplicación del principio de igualdad y no discriminación en los centros de rehabilitación social.	12
1.4 Que se entiende por distinción y en que difiere de la discriminación.	13
2. PRINCIPIO DE IGUALDAD VS TRATO DIFERENCIADO.	20
2.1 Principio de discriminación positiva o trato diferenciado.	20
2.1.1 Introducción.	20
2.1.2 Doctrina del trato diferenciado.	20
2.2 Obligaciones del Estado frente al trato diferenciado o principio de discriminación positiva.	23
2.2.1 Obligaciones de respeto y garantía.	23

2.3 Trato diferenciado para la comunidad GLBTI.	25
2.3.1 Normas que justifican la discriminación positiva a los GLBTI.	25
2.3.2 Violaciones a los derechos fundamentales de los GLBTI que justifican un trato diferenciado.....	28
3. SISTEMA PENITENCIARIO CON ESPECIAL ATENCIÓN EN LAS OBLIGACIONES ESTATALES A LOS PRIVADOS DE LIBERTAD Y AL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN.....	32
3.1 Introducción.....	32
3.2 Origen de las cárceles y del principio de separación.	32
3.3 Los Estados como garantes frente a las personas privadas de libertad.	34
3.4 Significado y alcance del principio de separación.....	36
3.5 Justificaciones de separación en los centros de rehabilitación social para una población especialmente vulnerable.	40
3.5.1 Aplicación del principio de separación para el caso adolescentes en conflicto con la Ley.....	41
3.5.2 Mujeres Privadas de Libertad.....	43
4. PROPUESTA: SEPARACIÓN INTEGRAL DE LA POBLACIÓN GLBTI EN LOS CENTROS DE REHABILITACIÓN SOCIAL.	46
4.1 Introducción.....	46
4.2.- Derechos de los GLBTI privados de libertad.	46
4.2.1 Derecho a la Vida.....	47
4.2.2 Derecho a la Integridad personal y a la prevención de la tortura, los tratos crueles y degradantes.	51

4.2.3 Derecho a la salud para los miembros de la Comunidad GLBTI dentro de los centros de rehabilitación social.....	58
4.2.4 Derecho a la identidad de género u orientación sexual.....	63
4.2.5 Derecho a la libre asociación en el marco de las relaciones afectivas y familiares.....	67
4.3. Propuesta: separación integral de las personas privadas de libertad GLBTI como una política pública carcelaria.....	70
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	75
REFERENCIAS	77

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación tiene como objetivo analizar los estándares internacionales de Derechos Humanos que serían aplicables a la población GLBTI privada de libertad, tomando en cuenta el principio la igualdad y no discriminación y el principio de separación carcelaria derivado de aquel. A pesar de que el artículo 7 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), aprobado en el año 2014, reconoció este principio a favor de las personas GLBTI; hasta la presente fecha, esta disposición no ha sido implementada dentro de nuestro sistema penitenciario, generando así violaciones en los derechos fundamentales de estas personas; tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a las relaciones interpersonales. Ello, constituye además, una posible violación a las obligaciones internacionales del Estado contraídas al ratificar instrumentos internacionales de derechos humanos, en virtud del principio pacta sunt servanda y el propio artículo 84 de la Constitución del Ecuador, que vuelve de obligatorio cumplimiento lo dispuesto en tales convenios internacionales.

Debido a la falta de cumplimiento de esta disposición, hemos considerado necesario que el Estado desarrolle una política pública para efectivizar el principio de separación reconocido en el COIP, en el cual se establece que las personas ya no solo serán separadas en razón de su sexo sino también en razón de su orientación sexual e identidad de género. La creación de esta política pública se fundamenta en el derecho al trato diferenciado, también llamado discriminación positiva, del cual son titulares las personas miembros de la Comunidad GLBTI, por ser considerados un grupo de atención prioritaria al encontrarse en situación de vulnerabilidad de acuerdo a la Constitución.

Asimismo, el planteamiento central de la tesis propone que el principio de separación debe cumplirse de manera integral por el Estado; es decir, no basta con la mera enunciación de la separación física de las personas privadas de libertad, sino que también es necesario se establezcan ciertos estándares para

que dicha separación garantice los derechos fundamentales a los GLBTI, a través de acciones positivas que sirvan para la tutela de los mismos tomando en cuenta las necesidades particulares que como grupo tienen. Ello, con el fin de salvaguardar los derechos de estas personas así como mejorar la calidad de vida de las mismas dentro los centros de rehabilitación social.

Para llegar a la determinación de lo que sería un trato diferenciado que respete este principio de separación integral que se ha propuesto, se han analizado los estándares internacionales en materia del principio de igualdad y no discriminación, así como el correlativo deber de otorgar un trato diferenciado a grupos que, por cuestiones de facto o condiciones particulares no puedan ejercer efectivamente sus derechos. En este aspecto, hemos resaltado el carácter de norma *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación y lo que esto implica en cuanto a las obligaciones estatales sobre este derecho.

Posteriormente, se desarrollará el derecho a la igualdad y no discriminación para las personas de la comunidad GLBTI, de acuerdo a recientes estándares desarrollados desde varias instancias de protección de derechos humanos. A continuación, mi trabajo analiza el principio de separación carcelaria desde sus orígenes históricos y justificación, en particular el caso de las mujeres y adolescentes privados de libertad como referencias de casos de aplicación del principio de separación a grupos en situación de vulnerabilidad.

Finalmente, estos principios son aplicados para la propuesta de los estándares mínimos que una política pública carcelaria debería contemplar para garantizar la integridad de las personas privadas de libertad GLBTI; tanto desde una perspectiva física (separación en estricto sentido), como desde una perspectiva integral, mediante la garantía de otros derechos como la vida, integridad personal, salud, expresión e identidad, asociación, entre otros. Adicionalmente, se harán breves críticas y comentarios a la viabilidad de implementación de tales políticas en el contexto ecuatoriano.

CAPÍTULO I

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: DEFINICIÓN Y ALCANCES.

1.1 Normativa y estándares sobre el principio de igualdad y no discriminación.

La igualdad y no discriminación, ha sido reconocida tanto como un principio internacional, al igual que como un derecho humano fundamental. Esto significa, que se aplica para todas las personas indistintamente de su condición social, económica, cultural, racial, estatus nacional, etnia, etc. Este principio y derecho se encuentra reconocido en varios tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. (Convención Americana de Derechos humanos, 1969, p. 2).

Cabe mencionar, que las categorías implementadas para determinar sobre que personas recae el derecho de igualdad y no discriminación no son taxativas sino meramente enunciativas. Es decir; es posible que se incluyan otro tipo de categorías dentro de la protección del derecho de igualdad y no discriminación, ya que se interpreta desde la perspectiva más favorable de la persona. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 8).

En el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (en adelante, CADH) el principio de igualdad y no discriminación se ve reflejado de la siguiente manera:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (CADH 1969, p.2).

De la misma manera, el artículo 24 de la CADH (1969, p. 9) señala que “todas las personas son iguales ante la ley”. En consecuencia, las personas tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Asimismo, el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948, p. 2) (en adelante DADDH), manifiesta que “todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (en adelante PIDCP), establece que:

“Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, **orientación sexual**; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole”. (Las negrillas me corresponden) (PIDCP, 1976, p.8).

Por último, y a modo ejemplificativo, el Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador", expresa que:

“Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (Protocolo de San Salvador, 1988, p.2).

Como podemos ver, el principio de igualdad y no discriminación sirve de base en todos los instrumentos de Derechos Humanos dando vida al cuerpo jurídico del Derecho Internacional.

Respecto a este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), en su Opinión Consultiva 18 (OC 18/03), ha indicado que:

“La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no correspondan con su única e idéntica naturaleza”. (Corte IDH, 2003, párr. 35.).

La igualdad y no discriminación tiene dos dimensiones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por un lado, los Estados tienen prohibido discriminar a cualquier persona en el goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, en virtud de cualquier condición que se considere “distinta” respecto a su desarrollo como persona o a cualquier otra manifestación de expresión; y a su vez, el mismo debe garantizar a aquellos que tienen tal condición el efectivo goce de sus derechos, tomando en cuenta su situación particular.

Ampliando este concepto, el Comité de Derechos Humanos ha dicho:

“(…) las personas no solamente son iguales ante la ley y **tienen derecho a igual protección de la ley**, sino que también **se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva** contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. (Las negrillas me corresponden). (Comité de Derechos Humanos, 1989, párr. 1.)

En este mismo sentido, la Corte IDH (2002, párr. 133), en su Opinión Consultiva número 17 (OC 17/02) establece la diferencia entre discriminación y trato diferenciado, partiendo así sobre la necesidad de brindar un trato diferenciado a aquellas personas que pertenecen a un grupo vulnerable o se encuentran en una situación particular de vulnerabilidad, para efectivizar su derecho a la igualdad y no discriminación y que se encuentren al mismo nivel de una mayoría.

Así también, el PIDCP, no se limita a prohibir la discriminación de iure, sino que extiende esta protección a discriminación de facto, en cualquier circunstancia y de cualquier persona, sea esta privada o pública promoviendo así una verdadera equidad. Esto significa que la discriminación y cualquier distinción de trato no solo están prohibidos en la ley sino también están prohibidos ante cualquier actuación cometida por terceros o entidades estatales.

Por lo tanto, podemos decir que la igualdad ante la ley y la prohibición a toda forma de discriminación es el principio más importante dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no solo por su aceptación universal y por estar contenido en casi todos los tratados de derechos humanos, sino porque si no existiera, todo el concepto de los derechos humanos como normas universales para todas las personas sería un principio ilusorio. Sin el derecho a la igualdad y no discriminación, los derechos humanos como tal pierden su sentido.

1.2 El principio de igualdad y no discriminación es una norma de rango ius cogens.

En el Derecho Internacional de Derechos Humanos, existen pocas normas que tienen rango ius cogens, tales como: la prohibición a la esclavitud (Corte Internacional de Justicia, 1970, párr. 23); el genocidio (Corte IDH, 2002, párr. 33); y la prohibición a la tortura (Corte IDH, 2003, párr. 17).

Empezaremos diciendo que estas normas gozan de una exigibilidad mayor que el resto de normas de Derecho Internacional, por su nivel de aceptación y aplicación reiterada en la práctica, que las elevan a este nivel jerárquico normativo.

En la actualidad, el principio de igualdad y no discriminación es considerado como una norma de rango *ius cogens*. Es por este motivo, que dentro del presente subcapítulo definiremos el concepto de *ius cogens*, abordaremos su historia y desarrollaremos al principio de igualdad y no discriminación como norma *ius cogens*. Ello es importante para entender la magnitud de los deberes que derivan del derecho a la igualdad y no discriminación para el Estado, y la necesidad ineludible de respetarlo y garantizarlo.

1.2.1 Definición de Ius Cogens.

El *ius cogens* es definido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT) de la siguiente manera:

“(…) una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (CVDT, 1969, p. 17).

Por otro lado, el Artículo 64 de la CVDT, en concordancia con el Artículo 53 de la misma, reconoce la naturaleza evolutiva al *Ius Cogens* al consagrar una modalidad sobrevenida del mismo ordenando que:

“Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.” (CVDT, 1969, p.21).

1.2.2 Trabajos preparatorios para determinar que se entiende por normas imperativas con rango ius cogens.

Dentro de los trabajos preparatorios de la CVDT para lograr determinar lo que hoy se entiende por normas imperativas de rango ius cogens, México, España y Estados Unidos, procuraron realizar una enmienda al Artículo 50 del Proyecto de la Comisión Internacional. La enmienda perseguía cierta positivización del ius cogens y de las normas que pudieran tener este carácter dentro de la Comunidad Internacional.

Es así que la enmienda mexicana expresó lo siguiente:

“(…) se puede decir que las normas de ius cogens son aquellos principios que la conciencia jurídica de la humanidad, revelada por sus manifestaciones objetivas, considerando como absolutamente indispensables para la coexistencia y la solidaridad de la comunidad internacional en un momento determinado de su desarrollo orgánico.

Los principios de ius cogens han existido siempre; en número limitado, cuando las obligaciones entre los Estados eran pocas, pero han ido creciendo y seguirán creciendo a medida que las relaciones que impone la vida contemporánea sean complejas (...)

(las negrillas me corresponden). (Robles, 2010, p. 42).

Así también la enmienda estadounidense expresó:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en posición con una norma imperativa de derecho internacional general, admitida en común por los sistemas jurídicos nacionales y regionales del mundo y que no admita acuerdo en contrario”. (Robles, 2010, p.43).

Por último, la enmienda española acertadamente dijo:

“Insértense las palabras ‘reconocida por la comunidad internacional como una norma’ entre las palabras ‘derecho internacional general’ y ‘que no admita acuerdo en contrario’. (Robles, 2010, p.44).

Con estos cambios, en la segunda parte de la CVDT se reconocieron las enmiendas realizadas por los países miembros y se aprobó el artículo 50 que ahora figura como el Artículo 53 de la Convención. El artículo quedo de la siguiente manera:

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. **Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter**” (las negrillas me corresponden). (Robles, 2010, p. 51).

En la actualidad, para que una norma sea reconocida como de rango *ius cogens* debe pasar por las siguientes etapas: “presentación del documento a la Comisión de Derecho Internacional, Discusión del documento en la Comisión, Comentarios de los gobiernos Debate, Aprobación final” (Robles, 2010, p.112).

1.2.3 Características de las normas de rango *ius cogens*.

Previa la adopción de la CVDT, realmente no existía una manera específica de determinar cuándo nos encontrábamos frente a la presencia de una norma de *ius cogen*. Ahora, y según lo establecido en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena, los elementos para que una norma tenga el rango de *ius cogens* son los siguientes:

- Debe ser aceptada por la Comunidad Internacional en su conjunto: Debido a la complejidad de determinar con exactitud el concepto de comunidad de estados, y, al no estar claro el número de estados que se requiere para considerar que hay una comunidad, la Comisión de

Derecho Internacional sostiene que no se requiere la aceptación de toda la comunidad internacional, sino que se requiere únicamente todos los componentes esenciales de la comunidad internacional (Rodríguez, 1989, p. 210).

Respecto al concepto de los “componentes esenciales de la Comunidad Internacional”, se dice que:

“Pretenden dar respuesta a los intereses colectivos esenciales de todo el grupo social, que son propios de la nueva estructura comunitaria y que exigen reglas cualificadas por su grado de obligatoriedad, lo que conlleva la superior jerarquía de las mismas frente al resto de normas del ordenamiento” (Nieto R, 2007, p. 120).

- Es una norma que no acepta acuerdo en contrario: Existe una serie de normas que al ser jerárquicamente superiores, no puede efectuarse un acuerdo que sea contrario a las mismas.
- Solo puede ser modificada por otra norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter: para modificar una norma *ius cogens*, es necesario una norma que tenga el mismo valor; es decir, solamente se puede modificar por una norma que tenga la misma jerarquía y que la Comunidad Internacional la haya reconocido como tal.

1.2.4 El principio de igualdad y no discriminación es una norma con carácter *ius cogens*.

Respecto al carácter de *ius cogens* que tiene el principio de igualdad y no discriminación, el ex Presidente de la Corte IDH, el Juez A.A. Cançado Trindade estableció en su voto razonado en la Opinión Consultiva OC-18/03 que:

“(...) el Principio de Igualdad y no Discriminación pertenece al ius cogens puesto que **sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico**”. (las negrillas me corresponden) (Corte IDH, 2005, párr. 3).

Entonces, el carácter de ius cogens del principio de igualdad y no discriminación implica que:

“(...) por su carácter perentorio, (...) deben ser observadas por todos los Estados, **hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen**, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario”. (las negrillas me corresponden) (Corte IDH, 2003, párr.25).

Como conclusión, podemos decir que independientemente de si los Estados han firmado o no un tratado, estos deben respetar la norma imperativa y crear políticas para permitir el efectivo ejercicio de los derechos. Además, no pueden conservar o emitir normativas internas que vayan en contra de una norma de rango ius cogens, o dejar vacíos legales que generen, de facto, situaciones de desigualdad que impidan a ciertas personas ejercer efectivamente sus derechos.

1.2.5 El principio de igualdad y no discriminación en la legislación ecuatoriana.

En la normativa ecuatoriana, a partir de la Constitución adoptada en el año 2008, el Estado garantiza la igualdad y no discriminación de todas las personas, más aún si los mismos se encuentran dentro de una situación de vulnerabilidad o son considerados como un grupo minoritario.

En este sentido, el artículo 11, numeral 2, indica:

“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. (Constitución del Ecuador, 2008, p. 12).

De igual manera, la misma Constitución ecuatoriana (2008, p.29) en su artículo 66, numeral 4 expone “se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.”

1.3 Aplicación del principio de igualdad y no discriminación en los centros de rehabilitación social.

Dentro de los centros de rehabilitación social, el derecho a la igualdad y no discriminación debe ser respetado y garantizado por los Estados, ya que los mismos ejercen un papel de garante frente a las personas privadas de libertad garantizando sus derechos fundamentales y haciendo que estas personas lo ejerzan sin discriminación alguna.

Este principio y derecho, se encuentra amparado por algunas normas internacionales que fijan estándares mínimos para el tratamiento de los reclusos. Por ejemplo, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad exponen:

“Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”. (Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, 2008, p.37).

De igual manera, las Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos determinan que el principio fundamental de este compendio es que las reglas sean impartidas a todas las personas sin ninguna diferenciación de tiempo en razón de la raza, sexo, color, religión, opinión política, entre otras cosas. (Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos, 1957, p. 4).

1.4 Que se entiende por distinción y en que difiere de la discriminación.

Después de haber desarrollado el principio de igualdad y no discriminación y haber determinado su alcance, para continuar con nuestra tesis, es importante hacer una breve explicación de lo que se entiende por discriminación y por distinción.

Debido a la conexión existente entre las obligaciones de respeto y garantía y el principio de igualdad y no discriminación, es importante determinar que se entiende por principio de discriminación positiva, cuando una actuación por parte de un Estado es caracterizada como trato discriminatorio y cuando corresponde a un trato diferenciado.

El principio de igualdad y no discriminación cumple un triple papel en el ordenamiento jurídico, ya que no solamente se trata de un principio, sino también de un valor y principalmente de un derecho fundamental de rango ius cogens como ya lo conocemos.

Debido a esta caracterización, se ha prohibido cualquier forma de discriminación o trato desigual entre las personas; pero, ciertas veces se reconoce la necesidad de dar un trato diferente a grupos vulnerables para que exista una verdadera equidad, sin que esto constituya una violación de derechos humanos.

En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia indicó en su oportunidad:

“(…) (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. (Corte Constitucional de Colombia, 2012, p. 2).

Con respecto al alcance del principio de igualdad y no discriminación la Corte IDH ha sostenido que:

“(…) el término "discriminación", debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.(Las negrillas me corresponden), (Corte IDH, 2003, párr.7).

De la ausencia de este contenido material; es decir, de la falta de normativa de este principio, ha partido la idea aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Esto quiere decir que, algunas veces, los Estados están obligados a dar un trato diferenciado a cierto grupo de personas por encontrarse en condiciones desiguales a las de la mayoría para que gocen de sus derechos de una manera igualitaria, sin que ello constituya discriminación.

Así la Corte IDH, citando al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, indicó que:

" (..) el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto". (Las negrillas me corresponden), (Corte IDH, 2003, párr. 10).

Con lo dicho, podemos decir que siempre y cuando se reconozca la necesidad de brindar un trato diferenciado a personas o grupos que estén en una condición de desventaja los Estados deben hacerlo. Caso contrario, los mismos estarían incurriendo y tolerando tratos discriminatorios.

En la misma vía, tanto la Corte Europea de Derechos Humanos (1968, párr. 10), como el Comité de Derechos Humanos, determinan que no toda diferencia de trato es discriminación y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico.

Así también, la igualdad no siempre implica que no se realice ningún tipo de distinción en cuanto a la aplicación de leyes, y que, la cuestión no radica en determinar si los estados están o no en la capacidad de hacer estas distinciones (porque si lo están), sino más bien identificar cuáles son los criterios para hacer esta distinción (Saba R., 2012, p.36).

Para poder diferenciar un trato discriminatorio de una distinción permitida por el Derecho Internacional, la jurisprudencia ha establecido algunos parámetros, a saber: que el mismo sea justo y razonable y que, la existencia de esta justificación se evalúa en relación con la finalidad (tomando en cuenta que esta finalidad debe ser legítima) y los efectos de la medida involucrada y su relación proporcional entre esta medida y el fin al que se pretende llegar (Corte Europea de Derechos Humanos, 1968, párr. 10).

Fundamentalmente, la diferencia entre un trato discriminatorio (prohibido) y un trato diferenciador (garantista), radica en la existencia de una justificación lógica y consonante con las demás obligaciones de derechos humanos. Si un trato desigual que además genera un menoscabo en el ejercicio de un derecho tiene bases en alguna condición particular de las personas (raza, sexo, edad, nacionalidad, etc.), estamos frente a una situación de discriminación.

En razón de lo antes expuesto, se puede determinar que el derecho a la diferencia, o el principio de discriminación positiva, es la obligación que tienen los Estados de dar un trato distinto porque existe una razón justificada y porque, a su criterio, consideran que para que exista una verdadera igualdad es necesario hacerlo.

El deber de brindar un trato diferenciado (que de manera general se lo conoce como “principio de discriminación positiva”), puede darse a través de la adecuación o creación de una normativa, o implementación de una política pública para efectivizar un derecho. Este trato es requerido o necesario para aquellas personas que se encuentran en condiciones menos favorecidas a una mayoría y que, por ello no gozan de las mismas condiciones para gozar ejercer sus derechos sin discriminación alguna en razón de sus condiciones.

En caso de que se reconociera una igualdad en la cual no haya consideración de las diferencias de facto que existen entre seres humanos, los Estados estarían promoviendo y siendo tolerantes frente a las múltiples discriminaciones que se dan contra los grupos minoritarios poniendo así de forma indiscriminada a las minorías en una situación menos favorecida.

Un claro ejemplo de la necesidad de brindar un trato diferenciado lo hace la Corte IDH (2002, párr. 37), en su Opinión Consultiva No. 17, al decir que los niños merecen y requieren de un trato diferenciado por su condición particular. En este caso, la justificación de brindar dicho trato es clara y el principio de discriminación positiva que se pretende procura la equidad y compensación mediante el reconocimiento de mayores garantías a aquellas personas que se encuentren en una situación de desigualdad.

Hablando de discriminación, la Corte IDH, considera que la misma existe cuando se ha probado que se ha impuesto un trato diferente basado en características esenciales de cada persona; cuando la diferenciación se hace en razón de sexo, raza, color, religión etc., y cuando se trata a la persona de tal manera que se atenta su dignidad humana.

Al respecto, la Corte IDH expone:

“(…) una persona que alega discriminación debe probar: 1) que la ley le ha impuesto un trato diferente al de otros, basado en una o más características personales; 2) que el trato diferencial está motivado en discriminación por raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad, discapacidad mental o física y nacionalidad; y 3) que existe discriminación en un sentido sustantivo, en cuanto se trata a la persona con menos preocupación, respeto y consideración, de forma que ofende su dignidad humana”.(Corte IDH, 2003, párr. 25).

Citando a la Corte Europea, la Corte IDH indicó además que:

“(…) sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes

deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”. (las negrillas me corresponden). (Corte IDH, 2002, párr. 58).

Con las explicaciones hechas anteriormente podemos concluir entonces, que la obligación derivada del principio de igualdad y no discriminación supone, en ciertos casos, un trato diferente a personas que se encuentran en condiciones diversas. Así, el trato diferenciado o principio de discriminación positiva es aquel que debe otorgarse a las personas que se encuentren en condiciones de vulnerabilidad o que por algún motivo están en desventaja frente a una mayoría, para así lograr un verdadero equilibrio entre ellas y para que puedan ejercer sus derechos de manera igualitaria. Por otra parte, la discriminación se genera cuando no existe una razón debidamente justificada como la anteriormente dicha para que exista un trato diferenciado, o cuando esa diferenciación persigue un objetivo distinto al de facilitar a esos grupos el ejercicio de sus derechos fundamentales, o, peor aún, están especialmente orientadas para limitar o prohibir su acceso.

Recapitulando todo lo dicho y como conclusión de este capítulo, podemos decir que el principio de igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en el Derecho Internacional como una norma de rango *ius cogens*. Esto significa, que los Estados tienen la obligación de velar por el cumplimiento de este derecho y principio en el caso de que hayan suscrito tratados internacionales.

Es importante acotar que si bien es cierto se han fijado criterios sobre las personas que recae este derecho, los mismos no son taxativos; es decir, no se limita a lo que se ha estado estipulado en tratados internacionales, ya que el derecho en sí es cambiante y se va adecuando a las necesidades de la sociedad.

Asimismo, la igualdad y no discriminación, se ve contemplada dentro de los estándares mínimos para el tratamiento de los reclusos, haciendo que sea de obligatorio cumplimiento para el Estado por encontrarse en una posición de

garante frente a las personas privadas de libertad. Si bien es cierto, las personas tienen el derecho de disfrutar de sus derechos fundamentales de una manera igualitaria y no discriminatoria, igualdad no siempre significa dar a todos un mismo trato, sino mas bien, dar a cada uno lo que le corresponde según las condiciones en las que se encuentre.

CAPÍTULO II

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD VS TRATO DIFERENCIADO.

2.1 Principio de discriminación positiva o trato diferenciado.

2.1.1 Introducción.

En el presente capítulo explicaremos lo que, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se entiende como trato discriminatorio, respecto del trato diferenciado, como mecanismo de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación a favor de personas o grupos minoritarios tomando en cuenta su condición de vulnerabilidad. Asimismo, definiremos cuales son los parámetros a ser tomados en cuenta para determinar cuándo nos encontramos frente a una situación de trato discriminatorio y cuando nos encontramos frente a una verdadera equidad aplicando el principio de distinción.

2.1.2 Doctrina del trato diferenciado.

Para Luigi Ferrajoli existen cuatro niveles de relación entre los derechos y la importancia de tomar en cuenta las diferencias para garantizar su ejercicio.

El primer nivel es el de la Indiferencia Jurídica de las Diferencias, este modelo hace alusión a la falta de interés que tiene la norma en reconocer a las diferencias entre las personas; es decir, la diferencia no se tutela, protege o se viola, simplemente se ignora.

Al respecto, el autor expone:

“(...) las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora. Este es el paradigma hobbesiano del estado de naturaleza y de la

libertad salvaje, que confía a las relaciones de fuerza la defensa o, por el contrario, la opresión de las diversas identidades”. (Las negrillas me corresponden) (Ferrajoli, 2003, p. 14).

Un segundo nivel, es la diferenciación jurídica de las diferencias; en este caso, si bien es cierto las diferencias son reconocidas, se las jerarquiza dando así beneficio a unos (otorgándoles un estatus privilegiado) y discriminación a otros (generando exclusión), tomando en cuenta para esta diferenciación su sexo, raza, color, cultura, posición económica, etc.

Así el autor dice:

“(...) se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por lo tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades. Esto es, las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (de sexo, nacimiento, etnia, fe religiosa, lengua, renta y otras) resultan asumidas como estatus privilegiados, fuentes de derechos y de poderes, e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados; mientras otras –la de mujer, pero también la de judío, negro, hereje, apóstata, extranjero, apátrida, etcétera– se asumen como estatus discriminatorios, fuentes de exclusión y de sujeción y, a veces, de persecuciones”.(Las negrillas me corresponden) (Ferrajoli, 2003, p.16).

Un tercer nivel que propone el autor, es la homologación jurídica de las diferencias, en este modelo existe una utópica afirmación de “igualdad” de derechos al reconocer a todas las personas los mismos derechos e igualdades, sin tomar en cuenta la condición de diferencia de cada una de ellas.

De esta manera el autor expone:

"Las diferencias, empezando por la de sexo, son también en este caso valorizadas y negadas, pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad (...). Se trata de un modelo en algunos aspectos opuesto y en otros análogos al precedente. Opuesto, porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades sino, por el contrario, a su anulación; análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de una identidad –ya sea connotada en términos de sexo, clase, adhesión ideológica o religiosa– como normal y, al mismo tiempo, normativa. (Las negrillas me corresponden) (Ferrajoli,2003, p.15.).

Finalmente, el cuarto nivel que propone es la valoración jurídica de las diferencias. Este modelo fue basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y, a su vez, en un sistema de garantías capaz de asegurar su efectividad. Es así que en este caso se reconoce a todas las diferencias y se las valoriza como rasgos de la identidad de cada persona reconociendo estas diferencias no simplemente en la normativa si no también haciendo efectivo este derecho a través de la creación de políticas necesarias para efectivizarlo.

Así el autor dice:

"(...) este cuarto modelo, en vez de ser indiferente o simplemente tolerante con las diferencias, garantiza **a todas su libre afirmación y desarrollo, no abandonándolas al libre juego de la ley del más fuerte sino haciéndolas objeto de esas leyes de los más débiles que son los derechos fundamentales.** Del segundo se distingue porque **no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume a todas como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento.** Del tercero lo separa el dato de que no desconoce las diferencias sino que, por el contrario, **reconoce todas y**

las valoriza como otros tantos rasgos de la identidad de las personas, sobre cuya concreción y especificidad cada una funda su amor propio y el sentido de la autonomía en las relaciones con los demás. (Las negrillas me corresponden) (Ferrajoli L., 2003, p. 16).

2.2 Obligaciones del Estado frente al trato diferenciado o principio de discriminación positiva.

2.2.1 Obligaciones de respeto y garantía.

Las principales obligaciones que los estados tienen, a efectos de cumplir con el principio de igualdad y no discriminación de una manera correcta (discriminando positivamente a quien corresponda), son las obligaciones de respeto y garantía.

Aunque no de manera taxativa, estas obligaciones se encuentran estipuladas en el artículo 2 de la CADH al decir:

“Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. (CADH, 1969, p.2).

Desarrollando este artículo, la Corte IDH ha determinado que para que los derechos fundamentales sean respetados es necesario tomar dos medidas. La primera, conocida también como la obligación de respeto, consiste en suprimir normas y prácticas de cualquier naturaleza que promuevan la violación a los derechos humanos (Corte IDH, 2003, párr. 109), y la segunda, obligación de garantía, consiste en el deber de los estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y sus estructuras, para asegurar el libre y pleno goce de los derechos humanos (Corte IDH, 1988, párr. 166).

De la misma manera, en el comentario número 31 del Comité de Derechos Humanos, hablando sobre dichas obligaciones se expresa:

“La obligación jurídica (...) es tanto de carácter negativo como positivo. Los Estados Partes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto y cualesquiera restricciones a cualquiera de esos derechos debe ser permisible de conformidad con las disposiciones pertinentes del Pacto. Cuando se introducen restricciones, los Estados deben demostrar su necesidad y adoptar únicamente las medidas que resulten proporcionales a la consecución de los legítimos objetivos para lograr una protección constante y eficaz de los derechos (...). (Comité de Derechos Humanos, 2004, párr. 6).

Anclando estas obligaciones en el principio de discriminación positiva o trato diferenciado, podemos decir que la obligación de carácter negativo (obligación de respeto), sería la de no emitir norma o legislación alguna que atente en contra de este derecho, y la obligación positiva (obligación de garantía), consistiría en la adopción de medidas especiales que compensen, reduzcan o eliminen las diferencias que pueden existir entre individuos para lograr una verdadera igualdad de derechos; ya que como lo dice la Corte IDH (2003, párr. 25), no todo tratamiento jurídico que establezca diferencias vulnera per se el goce y ejercicio del derecho a la igualdad y a la no discriminación.

Fundamentando lo antes dicho, el Comité de Derechos Humanos expuso:

“(...) el principio de igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de la población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones

especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población (...). (Las negrillas me corresponden), (Comité de Derechos Humanos, 1990, párr. 27).

En el ámbito aplicativo de esta obligación, en la actualidad tenemos ciertos ejemplos que denotan el cumplimiento de la obligación de garantía a través del principio de discriminación positiva; como el trato diferenciado que se les da a las mujeres de los hombres en aras de acelerar la igualdad entre ellos (Convención sobre la Discriminación contra la Mujer, 1979, p.4), y la separación carcelaria de hombres y mujeres o de niños y adultos.

Con lo antes dicho, se puede concluir entonces que las principales obligaciones que los Estados tienen para garantizar que el principio de igualdad y no discriminación se cumpla son; por una parte la obligación de respeto que tienen los Estados frente a los derechos fundamentales de las personas (es decir, el deber de no limitarlos o impedir su ejercicio de manera ilegítima); y por otro, la obligación de garantizar el efectivo goce de sus derechos para lo cual se requiere de acciones positivas que faciliten y contribuyan a que poblaciones en situación de vulnerabilidad puedan acceder libremente a estos derechos. Cabe mencionar, que ello se puede lograr no solo mediante adecuaciones normativas sino además construyendo políticas y prácticas que sean consecuentes con los derechos fundamentales de quienes se encuentren en las condiciones antes mencionadas.

2.3 Trato diferenciado para la comunidad GLBTI.

2.3.1 Normas que justifican la discriminación positiva a los GLBTI.

Los miembros de la comunidad de Gays, Lesbianas, Bisexuales, Transexuales e Intersex (en adelante GLBTI), han sufrido múltiples tratos discriminatorios por

terceros en razón de sus condiciones (Comisión Interamericana de Derechos humanos, 2015, p.1). Es por este motivo, que los organismos internacionales han recomendado reiteradas veces a los Estados partes tomar medidas al respecto.

Para garantizar los derechos fundamentales a la comunidad GLBTI, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, (en adelante la OEA), desde el año 2008, ha aprobado cuatro resoluciones que favorecen a esta comunidad, protegiendo a sus miembros de un trato discriminatorio basado en su orientación sexual o identidad de género.

La primera resolución (OEA, 2008, p.1), manifiesta la preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas o cometidas contra individuos a causa de su orientación sexual o identidad de género, mientras que; en el 2009, en su segunda resolución (OEA, 2009, p.2), la OEA no solamente manifiesta la preocupación contra los actos de violencia a personas en razón de su orientación sexual, sino que también condena estas actuaciones e insta a los Estados a que se investigue todo indicio de violencia causado a estas personas.

En una tercera resolución (OEA, 2010, p.1), se adiciona un tercer elemento, alentando a los Estados a que consideren medios para combatir la violencia contra las personas en razón de su orientación sexual o identidad de género y, en una cuarta y última resolución se resuelve:

“Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación” (OEA, 2011, p.1).

Así también, la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos, pusieron en marcha un proyecto, el cual tenía por

objeto el desarrollo de principios jurídicos internacionales para aquellas personas que son discriminadas en razón de su orientación sexual o identidad de género.

Es así, que en el 2007, se redactan los principios de Yogyakarta, los cuales afirman la obligación primordial por parte de los Estados para promover y proteger los derechos humanos de la comunidad GLBTI, promulgando la dignidad e igualdad a todos indistintamente de su condición sexual o identidad de género.

Pese a que estos principios no son de carácter vinculante, han sido utilizados en reiteradas veces por organismos internacionales para la solución de conflictos de personas GLBTI.

Hablando de la igualdad el principio 1 manifiesta:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos” (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 11).

Y hablando de la no discriminación el principio 2 establece:

“Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género (...).

La discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la orientación sexual o la identidad de género que tenga por objeto o por resultado la anulación o el menoscabo de la igualdad ante la ley o de la igual protección por parte de la ley, o del reconocimiento, o goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 2).

De igual modo, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho y protección a este grupo minoritario diciendo:

“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. **Nadie podrá ser discriminado** por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, **orientación sexual**, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. **El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad**”. (Las negrillas me corresponden), (Constitución Ecuatoriana, 2008, p.10).

2.3.2 Violaciones a los derechos fundamentales de los GLBTI que justifican un trato diferenciado.

Si bien es cierto que tanto los organismos internacionales como la Constitución ecuatoriana garantizan el disfrute de los derechos a los miembros de la comunidad GLBTI en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna; en la práctica, no existe ninguna medida de carácter especial que garantice estos derechos.

Durante los últimos años, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido varios comunicados en los cuales expresa su preocupación por los actos de violencia y discriminación perpetrados en contra de los GLBTI como consecuencia de su falta de protección.

En uno de ellos expuso:

“En todo el mundo, niños y niñas y jóvenes lesbianas, gays, bisexuales, trans (LGBT) o intersex, o aquellos/as que son considerados/as como tales, se enfrentan a estigma, discriminación y violencia debido a su orientación sexual e identidad de género real o percibida, o porque su cuerpo difiere de las definiciones tradicionales de mujer u hombre (...).” (Las Negrillas me corresponden), (Comisión interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 2).

La misma Comisión, meses posteriores, vuelve a tratar este tema debido a las tantas denuncias de casos de violencia y trato inhumano y denigrante contra estas personas en los centros de rehabilitación, social exponiendo que las mismas tienen un mayor riesgo de violencia sexual y otros actos de violencia o discriminación por encontrarse en el peldaño más bajo de la jerarquía informal en los establecimientos de detención. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.1).

Dentro del mismo comunicado, la Comisión consideró que la orientación sexual y la identidad de género no deben utilizarse como criterios para someter a las personas a ningún trato discriminatorio dentro de los centros de rehabilitación (incluido el aislamiento solitario) ya que esto contrapone a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas al ser estos los principios fundamentales a ser tomados en cuenta en los centros de rehabilitación prohibiendo así la discriminación en todas y cada una de sus formas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.1).

Una clara muestra del trato discriminatorio a los miembros de la Comunidad LGBTI, encontramos en el caso de Karen Attala VS Chile; en este caso, la Corte Chilena decidió que la señora Attala no se encontraba en condiciones aptas para cuidar de sus tres hijas, en razón de haber cambiado su preferencia sexual y declararse como lesbiana. Para la Corte Chilena, esta decisión de

identidad sexual y de género ocasionaba un riesgo para las niñas e iba en contra de la moral y buenas costumbres de la población chilena.

Por este motivo, la Corte chilena, decidió poner a las tres niñas al cuidado del padre tomando en cuenta para resolver el objeto de la litis (la tenencia de las niñas) exclusivamente la orientación sexual de la madre y su identidad de género en vez de cuál de los padres era el más indicado para el cuidado de sus hijas.

Respecto a este caso, la Corte IDH dijo:

“Existe un amplio reconocimiento en los Estados americanos en el sentido de que la discriminación con base en la orientación sexual se encuentra prohibida, la orientación sexual [...] fue el sustento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia debido a que presuntamente se determinó que la señora Atala “no debía conservar la custodia de sus hijas [, por cuanto] convivía con una persona de su mismo sexo”. (Corte IDH, 2010, párr. 71).

Añadió que el Estado:

“efectuó una distinción en perjuicio de [la señora] Atala en la aplicación de la ley relevante para la determinación de asuntos de familia, con base en una expresión de su orientación sexual, como lo es la decisión de conformar una pareja y establecer una vida con ella”. Agregó que la “decisión de tuición provisional [...] constituyó también una distinción efectuada con base en la orientación sexual de la señora Atala”. (Corte IDH, 2010, párr. 72).

Así también, respecto de la discriminación a la madre señaló:

“(...) los Estados "suscribieron la Convención Americana con una cláusula abierta de no discriminación, por tanto no pueden ahora alegar

que su nivel de desarrollo político social no les permite entender que se incluye la orientación sexual dentro de las razones prohibidas para discriminar (...)" (Corte IDH, 2010, párr. 73).

En lo que concierne a la orientación sexual, dentro de este caso, se recordó, que tanto la Corte IDH, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acordaron que los derechos humanos son instrumentos vivos y que, su interpretación acompaña a la evolución de los tiempos y condiciones actuales y que si bien es cierto no hay un listado taxativo o limitativo de los derechos que protege la CADH (otra condición social), se debe aplicar la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos aplicación. (Corte IDH, 2010, párr. 83 - 85).

Es por este motivo, que diversos órganos de protección de Derechos Humanos se han pronunciado en el sentido de reconocer como una de las categorías no definidas a la orientación sexual y por ende, prohibir cualquier discriminación en razón de esta condición. (Corte IDH, 2012, párr. 29).

Con las explicaciones y los ejemplos anteriormente hechos, podemos denotar, que cualquier acto de discriminación o violación de los derechos de los cuales gozan los miembros de la Comunidad LGBTI es una violación al derecho a la igualdad y no discriminación, y que la identidad de género o la orientación sexual deben ser entendidas como una categoría que ha de protegerse de posibles situaciones de discriminación a través de medidas especiales adoptadas por los Estados con el propósito de garantizar este derecho.

CAPITULO III

3. SISTEMA PENITENCIARIO CON ESPECIAL ATENCIÓN EN LAS OBLIGACIONES ESTATALES A LOS PRIVADOS DE LIBERTAD Y AL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN.

3.1 Introducción.

Dentro del presente capítulo, empezaremos con una breve introducción sobre el origen de las cárceles y el principio de separación como tal, para posteriormente, determinar el alcance del principio de separación en aras del Derecho Internacional.

Adicionalmente, veremos como el principio de separación es una herramienta útil para que los derechos de las personas privadas de libertad sean respetados y garantizados. Finalmente, concluiremos con la importancia de separar a las personas catalogadas como un grupo vulnerable para garantizar efectivamente sus derechos.

3.2 Origen de las cárceles y del principio de separación.

Las cárceles surgieron a consecuencia de la necesidad del hombre de aislar a sus enemigos. Las Primeras cárceles fueron cuevas, tumbas, cavernas y lugares inhóspitos donde se enviaban desterrados a los enemigos del Estado. (Montserrat M., 2012, p. 16).

En el año 640 DC, Grecia y Roma, fueron los pioneros en la construcción de cárceles, mismas que estaban destinadas a encerrar a los enemigos del Estado.

Mientras que en la edad media no existían estos centros de reclusión (por que la pena era considerada como una venganza privada), en la época feudal los mismos eran el destino de aquellas personas que no podían pagar una infracción de carácter económico. (García I, 1989, p.12).

Alrededor del año 1300 en Francia, cierta casa de conserjes fue adecuada como cárcel, mientras que la Bastilla albergaba a todos los “delincuentes políticos”.

Se considera que es a partir del siglo XV o XVI, es donde nace una verdadera historia penitenciaria, ya que es a partir de esta fecha, donde los institutos y cárceles son utilizados para la custodia permanente de los reos (Montserrat M., 2012, p. 19). Es así, que en Inglaterra se construye por primera vez casas de corrección para mendigos, vagabundos y prostitutas. De igual manera, a la misma fecha en Holanda se implementaron los Institutos para hombres y mujeres, los cuales aplicaban a los presos trabajo forzado, implacable disciplina, castigos corporales, y mucha promiscuidad (Montserrat M., 2012, p. 20).

Aunque hacia estos tiempos no existía normativa alguna que determinara la separación física de las personas, existía una separación informal de las mismas; ya que se separaba a los reos en razón de su condición social, y delitos políticos. (Foucault, 2002, p. 113.)

Años posteriores, los Estados se vieron en la necesidad de separar a los hombres de las mujeres, adecuando diferentes alas dentro de los mismos centros de reclusión para cada uno en vista del alto grado de promiscuidad que existía dentro de estos lugares. (Monserat, 2002, p. 22). Conjuntamente con esta transición, aparece también la separación carcelaria no formal de los jóvenes adultos, ya que los familiares en aquellos tiempos decidían entregar al estado el cuidado de los menores para su reforma. (Gudín, 2009, p.13).

No obstante, es importante recordar que hasta entrado el siglo XX, la institucionalización de niños y adolescentes respondía a la creencia de que el niño era objeto de protección y no sujeto de derechos; con lo cual, las políticas adoptadas en los centros o casas de internamiento no buscaban proteger o garantizar derechos alguno. (Corte IDH, 2002, párr.15).

Una última separación hecha dentro de este siglo, fue la separación de reclusos entre procesados y no procesados, procurando así evitar la sobrepoblación carcelaria. (Foucault, 2002, p. 127). Este principio ha sido fundamental para determinar el cumplimiento del Estado con sus obligaciones derivadas de la dignidad humana e integridad personal, habiendo determinado en varios casos la responsabilidad estatal por violación a estos derechos al no separar a reos condenados de aquellos sin sentencia o no separarlos de acuerdo a su nivel de peligrosidad. (Corte IDH, 1997, párr. 26).

En la actualidad, tanto los organismos internacionales como los Estados han decidido separar a las personas privadas de libertad en razón de su sexo u orientación sexual, en razón de su edad, en razón del grado de peligrosidad y en razón del tipo de delito que la persona haya cometido.

3.3 Los Estados como garantes frente a las personas privadas de libertad.

Cuando una persona es privada de su libertad, el Estado se coloca en una posición especial de garante; por ejemplo, en el caso de las personas privadas de libertad, las mismas están directamente a cargo de los funcionarios de los centros de rehabilitación y de las autoridades penitenciarias; sin embargo, cualquier tipo de acción u omisión por parte de esta entidad, relaciona y responsabiliza directamente a los Estados (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2003, párr. 40).

La Corte IDH ha determinado reiteradas veces que los Estados como responsables de los establecimientos de detención son garantes de los derechos de los detenidos y por lo tanto, están en la obligación de brindarles condiciones de detención compatibles a su dignidad personal, a su integridad personal y a la vida. (Corte IDH, 2006, párr. 292).

De la misma manera, se ha determinado que debido a la incapacidad de los reclusos para satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas

para el desarrollo de la vida digna, y a la dependencia que tienen con el Estado y sus agentes para ello, los coloca en un alto grado de vulnerabilidad. Es por este motivo, que la relación Estado-recluso se caracteriza por la regulación de derechos, obligaciones y circunstancias por parte de los Estados en los centros de reclusión. (Corte IDH, 2004, párr. 168).

Refiriéndose a esta relación y obligación de protección por parte de los Estados, en reiteradas ocasiones se ha dicho que:

“(...) todo ello hace que el acto de reclusión implique un compromiso específico y material de proteger la dignidad humana del recluso mientras esté bajo su custodia, lo que incluye su protección frente a las posibles circunstancias que puedan poner en peligro su vida, salud e integridad personal, entre otros derechos” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr. 113).

Es importante recalcar que, el hecho de que ciertas personas se encuentren privadas de su libertad por imputárseles un delito, no significa que a consecuencia de esta acción y del encierro pierdan otros derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la vida o a un trato digno. Estos derechos deben ser respetados independientemente de su condición jurídica o del momento procesal en el que se encuentren. (Corte IDH, 2004, párr. 176).

Es indispensable, que, en aras de observar y cumplir con los derechos a los cuales los reclusos como personas son titulares, el Estado mantenga condiciones de privación de libertad que garanticen una vida digna a quienes deben cumplir este tipo de penas.

Lo anterior deriva de las obligaciones de respeto y garantía (vistas anteriormente en el capítulo anterior) que los Estados asumen frente a todas las personas que se encuentran en su jurisdicción; incluso aquellas que quebranten la ley. Dentro de esta situación específica, el Estado cumple la obligación de cuidado de los reclusos a través de las personas encargadas de

dirigir los centros de rehabilitación social, esta particular relación entre el administrado y los administrados encaja dentro de la categoría de *ius administrativista*, que significa (relación de sujeción especial) ya que como lo dijimos anteriormente el interno al encontrarse en una posición de indefensión, requiere que el Estado sea garante de sus derechos.

Es importante recalcar que para que el Estado cumpla con su posición de garante de los derechos de las personas privadas de libertad, deberán confluir algunas instituciones del Estado, como por ejemplo los órganos ejecutivo y legislativo para que tracen las políticas penitenciarias y legislen el ordenamiento jurídico necesario para la implementación de tales políticas.

Con lo antes dicho, podemos decir que las obligaciones principales que los Estados tienen frente a las personas privadas de la libertad son las siguientes: Por una parte, la obligación de respeto que tiene el Estado frente a los derechos de los reclusos (es decir, el deber de no limitarlos o impedir su ejercicio de manera ilegítima); y por otro lado, asume una obligación general de garantizar el efectivo goce de estos derechos, para lo cual se requiere de acciones positivas que faciliten y contribuyan a que poblaciones en situación de vulnerabilidad puedan acceder libremente a estos derechos. Ello se puede lograr no solo mediante adecuaciones normativas sino además construyendo políticas y prácticas que sean consecuentes con los derechos fundamentales de quienes se encuentran en privación de su libertad.

3.4 Significado y alcance del principio de separación.

Se entiende por clasificación o separación al “procedimiento mediante el cual son asignados los internos o reclusos a los distintos centros de rehabilitación social, centros para menores o cualquier otro previsto por la ley” (Cruces Ríos, 2004, p.85.).

Dentro del ensayo elaborado por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos (en adelante MJDHC), titulado “La Rehabilitación Social en el Contexto

Latinoamericano”, se consideran que existen ciertas formas de clasificación para determinar la separación carcelaria:

La primera de estas es según la perspectiva penal. Esta, consiste en establecer una separación penitenciaria según el delito cometido, pudiendo distinguir o separar a los reclusos según el grado de peligrosidad (MJDHC, 2014, P.276). En la actualidad, este mecanismo es utilizado en cada centro de rehabilitación social de Ecuador.

Otra forma de separación es la denominada “Criminología”, este mecanismo consiste en la separación de los reclusos según criterios puramente criminológicos; es decir, para la separación se toma en cuenta las cualidades psicológicas, biológicas o psiquiátricas. (MJDHC, 2014, p.227).

Por último, la tercera y última forma de separación es la perspectiva penitenciaria. Esta persigue los fines de la ejecución de las penas y medidas de seguridad para otorgar una orientación suficiente para ubicar a los internos en cada régimen penitenciario; es decir, para la separación de las personas privadas de libertad se toma en cuenta el nivel de peligrosidad de cada recluso y las condiciones de seguridad de los centros de rehabilitación. (MJDHC, 2014, p.227).

El principio de separación, a más de atender diferentes situaciones tales como el nivel de peligrosidad de los reclusos, así como las diferencias de facto entre ellos procura conllevar a una convivencia armónica para así dar continuidad con el proceso de rehabilitación de las personas privadas de libertad.

Tanto la jurisprudencia internacional, como las normas de derechos humanos y varios tratadistas, han considerado que el objetivo de la separación de los internos es garantizar el derecho a una estancia digna y segura dentro de la institución, así como preservar la dignidad de los internos, evitar la contaminación carcelaria y garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran en los centros de rehabilitación social. (MJDHC, 2014, p. 84).

Para el penalista y jurista mexicano Jesús Cruces Ríos, es importante que la clasificación se base en algunas consideraciones, tales como: que se mantenga la concepción del ser humano como fin y no como medio o instrumento para la consecución de otros fines, que se eviten todas aquellas prácticas que teniendo como fin la clasificación de los reclusos denigren el carácter de persona, que dentro de los centros de rehabilitación el único derecho que se vulnere sea el derecho a la libertad y no otros derechos fundamentales e inherentes al ser humano y por último que la clasificación de la población penitenciaria sea garantía de una estancia digna y segura.

Adicionalmente, para que exista una buena clasificación penitenciaria, es importante que los Estados tomen en cuenta que todos los seres humanos son iguales ante la ley, en dignidad y en derechos sin discriminación alguna y que más aún en los centros de rehabilitación social los internos tiene derecho de que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Uno de los principios básicos que se procura proteger con la separación de las personas privadas de libertad es la dignidad humana. Si bien es cierto, tanto los organismos internacionales como nuestro estado protegen a la dignidad humana, se ha dicho que delimitar el concepto es difícil, yaz que este es muy extenso e involucra a otros derechos.

Inmanuel Kant, expone que la dignidad humana consiste en que el “hombre, y en general todo ser racional, existe como fin y no simplemente como medio arbitrario de tal o cual voluntad, el hombre en todas sus acciones, se refieran a sí mismo, o a los demás seres racionales, debe ser considerado siempre como fin.” (Inmanuel, K., 1981, p.81).

En el mismo sentido, el ex presidente de la Corte IDH, Héctor Gross ha dicho:

“La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que ésta dignidad se integra con todos

los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales.

La negación o el desconocimiento de uno, de algunos o de todos estos derechos significa la negación y el desconocimiento de la dignidad humana en su ineludible e integral generalidad.

La dignidad es un atributo de las personas humanas, de todos los seres humanos, sin ningún tipo o forma de discriminación.” (Gross, H., 2003, p. 6).

Hablando de la dignidad humana dentro del centro penitenciario, el PIDCP, en su artículo 10, numeral 1, establece que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (PIDCP, 1976, p.3).

En este mismo sentido, el artículo 5, numeral 2 de la CADH establece que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (CADH, 1969, p.9).

De igual manera, el artículo 25 de ese mismo tratado dispone que “todo individuo que haya sido privado de su libertad [...] tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”. (DADH, 1969, p.19).

Así, el derecho de las personas de recibir un trato humano mientras estén privadas de libertad en centros de rehabilitación social es una norma de fundamental cumplimiento en el ámbito del derecho penitenciario.

De la misma manera, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en su principio número uno establecen:

“Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos **será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su**

dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad”. (Principios de Buena Práctica Penitenciaria, 2008, Principio No.1).

La Corte IDH, ha reconocido de manera reiterada la obligación estatal de respetar y garantizar el derecho a la dignidad humana en al ámbito de la privación de libertad, sosteniendo que debe considerarse tanto a la integridad personal como a la vida como elementos que integran este concepto de “dignidad”.

Con lo antes dicho, podemos concluir que el principio de dignidad humana es un principio del cual gozan todas las personas (incluidas aquellas privadas de libertad) y que lo que se pretende con este es el goce pleno de los derechos fundamentales que cada uno tiene.

Como se pudo constatar, un mecanismo adecuado para proteger y garantizar este derecho dentro de los centros de rehabilitación social es la separación carcelaria, ya que con esta se procura salvaguardar los derechos de las personas y garantizar al menos las condiciones mínimas de vida; evitando el hacinamiento, el trato discriminatorio no fundamentado, condiciones salubres, entre otras cosas.

3.5 Justificaciones de separación en los centros de rehabilitación social para una población especialmente vulnerable.

Como se indicó arriba, las personas que se encuentran privadas de libertad están en una situación de vulnerabilidad frente al Estado, derivada de la dependencia de éstos para acceder a servicios básicos y alimentación, así

como la situación de evidente inferioridad de poder entre un recluso y un agente estatal que tiene para sí el monopolio de la fuerza pública. Pero además, en los centros de rehabilitación social existen ciertos grupos de personas que debido a sus condiciones particulares (sean estas la edad, sus condiciones físicas, mentales, sexo, orientación sexual, raza, religión, entre otros) requieren de un trato diferenciado o de cuidados especiales para que puedan ejercer debidamente sus derechos. Se considera que las minorías son un grupo o población en especial situación de riesgo, debido a que por sus condiciones y sus características presentan grandes probabilidades de ser agredidos física o psicológicamente por los mismos reclusos o incluso por el personal de los centros de rehabilitación social.

3.5.1 Aplicación del principio de separación para el caso adolescentes en conflicto con la Ley.

Un claro ejemplo de la “población en riesgo” que ya ha sido reconocido internacionalmente son los menores privados de libertad, ya que ellos por su condición requieren de un trato especial incluso cuando han cometido un delito y se encuentran privados de su libertad.

Tal es así, que la Comisión Interamericana de Derechos humanos expresa:

“(...) requiere adicionalmente que los menores procesados sean tratados de acuerdo con su condición especial, teniendo también en cuenta el artículo 19 del mismo instrumento relativo al deber de los Estados de tomar las medidas especiales de protección que su condición requiere, así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, entre otros instrumentos”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007 párr. 180).

Así también, la Corte IDH expresa que en cuanto a los lineamientos y principios fundamentales que deben guiar el ejercicio de la acción penal en los casos de adolescentes, se ha destacado que existe una clara tendencia a darles una protección mayor que a los adultos por su condición y que pese a que los menores han sido privados de su derecho a la libertad, los Estados están en la obligación de garantizar el goce de aquellos derechos de los cuales no han sido privados. (Corte IDH, párr. 153) .

Tal es así, que en la regla número 13 de las Reglas de las Naciones Unidas Para la Protección de Menores Privados de Libertad (Beijing) se establece:

“No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, políticos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la privación de la libertad”. (Reglas de las Naciones Unidas Para la Protección de Menores Privados de Libertad, 1990, p.12).

Así también, en las Reglas de las Naciones Unidas Para la Protección de Menores Privados de Libertad, se determina que el personal que cuide y vigile a las clases y categorías en las cuales se han separado a los menores privados de libertad deberán recibir una formación que les permita atender las necesidades de los mismos. (Reglas de las Naciones Unidas Para la Protección de Menores Privados de Libertad, 1990, p.18).

De la misma forma, el artículo 19 de la CADH expone que los Estados tienen un deber especial de observar un estándar especialmente alto en todo lo relacionado con la garantía y protección de los derechos humanos de la niñez. (CADH, 1969, p.22).

La Corte IDH, interpretando este artículo ha dicho que el mismo debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece para quienes por su desarrollo físico y emocional necesitan de una protección especial. (Corte IDH, 2005 párr.143).

Como conclusión, podemos determinar que los estándares internacionales en niñez y adolescencia determinan expresamente que la privación de libertad será utilizada únicamente como medida de última instancia y por el menor tiempo posible y a su vez, en el caso de que un menor sea privado de libertad, los Estados deberán tomar en cuenta sus condiciones particulares para garantizar sus derechos dentro de los centros de rehabilitación.

3.5.2 Mujeres Privadas de Libertad.

Otro ejemplo del trato diferenciado que se da a ciertos grupos minoritarios son las mujeres. Ellas, a lo largo de los años han sufrido múltiples discriminaciones en razón de su sexo; como en el área laboral, familia, participación política, capacidad de decisión, entre otras. Es por estos motivos, que en la actualidad, son consideradas un grupo de atención prioritaria y por lo tanto, los Estados, tienen que brindarles todas las condiciones necesarias para un efectivo goce de sus derechos.

Pese a la protección y al reconocimiento internacional que estas tienen, aún en estos tiempos se han denunciado varios casos de violencia que no han tenido la atención necesaria de los Estados para resolverlos.

Hablando de las mujeres privadas de libertad y su condición especial de vulnerabilidad, la Corte IDH ha dicho:

“(...) 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. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”. (Corte IDH, 2006, párr.103).

Es por este motivo, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, considera que la separación de sexos (hombres de mujeres) en los centros de rehabilitación social es una de las garantías fundamentales que deben ser implementadas por los Estados para la protección de la vida e integridad personal de las mujeres bajo su custodia. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr. 94).

De por sí, las mujeres al momento de estar reclusas en centros penitenciarios requieren un poco más de atención que los hombres, ya sea en su alimentación, ejercicios, ropa y cuidados médicos. (Unicef, 2008, p.12.). En el caso de las mujeres privadas de libertad que se encuentren embarazadas o que tienen hijos, su atención especializada se extiende hasta su alumbramiento y a su vez a la salud física y emocional de los niños.

Tal es así, que cuando una mujer privada de su libertad está embarazada y da a luz en los centros de rehabilitación social, mientras la mujer está en su periodo de gestación el Estado tiene la obligación de brindarle todas las atenciones necesarias para culminar satisfactoriamente su embarazo así como tiene la obligación de brindar todas las atenciones que el niño requiera durante sus primeros años y principalmente no separarlo de su madre durante este tiempo.

Adicionalmente, es importante recalcar que las mujeres, debido a su condición especial, requieren de una atención prioritaria en lo que respecta a la salud y a su atención sexual y reproductiva. Por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que las mujeres debido a sus características peculiares requieren de las instalaciones y los materiales necesarios para cumplir con la necesidad especial de la higiene de la mujer, así como también requieren tener un buen trato en lo que respecta a su salud reproductiva y ser asistidas por un médico de su mismo sexo si así lo prefieren. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2012, p.57.).

Habiendo hecho todas estas aclaraciones, se puede concluir que el principio de separación carcelaria es necesario para la garantía y goce de los derechos fundamentales. Como lo vimos en páginas anteriores, existen grupos que son considerados vulnerables frente a una mayoría, ya sea por su edad, sexo, orientación sexual, salud mental, entre otros. Estas condiciones, requieren una especial atención por parte de los Estados para que las personas privadas de libertad no sufran ningún trato inhumano o degradante y puedan tener al menos las condiciones mínimas de vida hasta el cumplimiento de su pena.

CAPITULO IV

4. PROPUESTA: SEPARACIÓN INTEGRAL DE LA POBLACIÓN GLBTI EN LOS CENTROS DE REHABILITACIÓN SOCIAL.

4.1 Introducción.

Dentro de este capítulo se planteará la propuesta de nuestra tesis. En su primera parte, encontraremos los derechos de los cuales gozan las personas privadas de libertad GLBTI, las violaciones que se dan a los mismos y las obligaciones que tiene el Estado frente a ellos. Posteriormente, se desarrollará el principio de separación integral tomando en cuenta modelos adoptados en algunos países que han decidido implementar la separación física para las personas privadas de libertad GLBTI.

Nuestro aporte adicional será la fijación de estándares mínimos para el tratamiento de estas personas dentro de los centros de rehabilitación; esto, con el fin de que no se menoscaben ni violen los derechos de los mismos en los centros de reclusión.

4.2.- Derechos de los GLBTI privados de libertad.

A partir del año 2007, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas adoptó un documento en el cual constan estándares generales respecto los derechos GLBTI: los “Principios de Yogyakarta Sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género”. Estos principios, exponen de manera específica los derechos que deben ser atribuidos a las personas GLBTI y las responsabilidades del Estado frente a cada derecho. (Principios de Yogyakarta, 2007).

Los principios en mención, determinan que los principales derechos de las personas privadas de la libertad y miembros de la Comunidad GLBTI son: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a no ser tratado de forma cruel, inhumana o degradante, el derecho a la seguridad personal y el derecho a la expresión de género. (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 17-20).

4.2.1 Derecho a la Vida.

El derecho a la vida se encuentra consagrado en varios tratados, así como en el ordenamiento interno ecuatoriano. Estas normas aluden que el derecho a la vida es un derecho inherente a todas las personas y que el Estado, cumpliendo con sus principales obligaciones (las de respetar y garantizar) debe velar por este derecho.

Tal es así que en la Declaración Universal de Derechos Humanos estipula que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p.9).

Así también el PIDCP expresa que el derecho a la vida es un derecho inherente a la persona humana y que este derecho está protegido por la ley. (PIDCP, 1976, p.2-3).

En el mismo sentido, el artículo 4 de la CADH expresa que toda persona tiene derecho a la vida y que este derecho está protegido por la ley a partir de la concepción. (CADH, 1969, p.2).

Para entender integralmente el alcance de este artículo, la Corte IDH ha determinado que el derecho a la vida es la base esencial del ejercicio de los demás derechos. Adicionalmente, expresó que este derecho no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente sino que también requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida. (Corte DH, 1999, párr. 139).

Extendiendo este derecho a las personas GLBTI (Principios de Yogyakarta, 2007, p. 13), enuncian que toda persona tiene derecho a la vida y que ninguna persona será privada de este derecho de forma arbitraria por su orientación sexual o identidad de género.

Adicionalmente, estos principios no solo comprenden el derecho a la vida, sino también el derecho a una vida digna; es decir, el derecho a que vivan de una manera adecuada así como incluye disposiciones relativas al derecho a la personalidad jurídica.

Dentro de la legislación ecuatoriana, el derecho a la vida se encuentra contemplado en el artículo 49 de la Constitución ecuatoriana:

“(...) El Estado les asegurará y **garantizará el derecho a la vida**, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición (...)”. (Las negrillas me corresponden). (Constitución del Ecuador, 2008, p.23).

Debido al alto grado de discriminación que existe para los miembros de la Comunidad GLBTI y gracias a encontrarse en el peldaño más bajo de la jerarquía informal (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.1), en los centros de rehabilitación social del Ecuador, estas personas diariamente sufren agresiones que atentan contra su vida, tanto por parte de particulares como por parte de agentes estatales.

Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reiterado que persisten las manifestaciones de violencia en los centros penitenciarios, como por ejemplo los asesinatos de las personas GLBTI motivados por el odio y apelando al deseo de castigar a quienes se considera han quebrantado las “leyes” de género (sexo masculino, género masculino; sexo femenino, género femenino) generando así una intensificación de crímenes homofóbicos dentro de los centros penitenciarios. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011, p.72).

Para evitar las violaciones antes mencionadas, las principales obligaciones del Estado ecuatoriano consisten en respetar y garantizar este derecho, ya que tal cual como lo dice la Corte IDH, “el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el presupuesto esencial para la realización de los demás derechos”. (Corte IDH, 2005, párr.120).

Para una verdadera garantía, se considera indispensable que el Estado tome en cuenta la especial sujeción que las personas GLBTI tienen al mismo debido a su condición de vulnerabilidad por encontrarse privadas de su libertad y por pertenecer a la Comunidad GLBTI. Cabe mencionar, que la protección de este derecho no solo involucra a los legisladores sino a la institución estatal como tal y principalmente a los funcionarios de los centros de rehabilitación social que son quienes actúan a representación del Estado en estos casos. (Corte IDH, 2006, párr. 87).

Por otro parte, es importante recalcar que el deber que tiene el Estado respecto de este derecho, no se agota con el solo hecho de respetar la vida de las personas privadas de libertad, sino que también es necesario que el mismo proporcione todas las medidas necesarias para que estas personas vivan de una manera digna mientras cumplen con su condena.

El Estado está obligado a proteger la seguridad de las personas privadas de su libertad en forma diligente, y de evitar que proliferen situaciones que, de modo general, pongan en riesgo a la población carcelaria. En el caso de las personas GLBTI, esta obligación se traduce al deber de no exponerlos con internos o personas que puedan atentarse contra su vida en virtud de su condición, o de exponerlos, mediante una negligente administración carcelaria, al contagio de enfermedades fatales o epidemias que puedan impactar negativamente su vida.

Respaldando esta opinión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la obligación que los Estados tienen frente a las personas privadas de libertad es garantizar a estas personas el derecho vivir en

condiciones de detención compatibles con su dignidad personas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, párr. 89).

Ello, entendido a la luz de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, implica que el Estado no solo debe evitar la muerte física de las personas dentro de su jurisdicción, sino tomar todas las medidas posibles para que tengan una permanencia digna. Así, en el caso Villagrán Morales y otros, la Corte IDH sostuvo que:

“(....) el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”. (Corte IDH, 1999, párr. 189).

Del mismo modo, en el caso “Instituto de Reeducción el Menor”, sostuvo la Corte con respeto a las personas privadas de la libertad en situación vulnerable y bajo el control del Estado:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal de las personas privadas de libertad, es la de procurarle a éstas las condiciones mínimas compatibles con su dignidad mientras permanecen en los centros de detención”, En ese mismo caso, se determinó que el Estado había fallado en su obligación de proteger a los adolescentes detenidos en un centro especial, debido a que las condiciones de hacinamiento, insalubridad, y descuido general con respecto a las buenas condiciones de las instalaciones, posibilitó que existan incendios y otros acontecimientos graves que terminaron con la vida de varios de ellos (Corte IDH, 2004, párr. 159).

4.2.2 Derecho a la Integridad personal y a la prevención de la tortura, los tratos crueles y degradantes.

El derecho a la integridad personal, así como la prohibición a la tortura y a los tratos crueles y degradantes, están consagrados en varios instrumentos internacionales y su aceptación es generalizada a nivel universal.

Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos expone que toda persona tiene derecho a que se respete tanto su integridad física como su integridad psíquica y moral y que por lo tanto, nadie puede ser sometido a torturas ni a tratos crueles Inhumanos o degradantes. (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948, p.12).

De la misma manera, el artículo 7 del PIDCP:

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. (PIDCP, 1976, p.27).

Sobre el mismo tema, la CADH dispone que:

- “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados." (CADH, 1969, p. 5).

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes también expone:

“Artículo 1.1: (...) se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales (...)”. (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984, p.2).

Por otra parte, las Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos de igual manera condenan y prohíben cualquier trato cruel, inhumano o degradante perpetrado a las personas privadas de libertad. (Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos, 1957, p. 31).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Constitución de 2008, encontramos el derecho a la integridad personal y la prohibición a la tortura en sus artículos 66 y 23, numeral 2, los cuales exponen:

“Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano”. (Constitución del Ecuador, 2008, p.15).

“Se reconoce y garantizará a las personas:

- a) La integridad física, psíquica y moral
- b) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes”. (Constitución del Ecuador, 2008, p.28).

De la misma manera, el COIP en su artículo 6, numeral 4, ordena que ninguna persona privada de libertad podrá ser incomunicada, aislada o sometida a tortura, ni siquiera con fines disciplinarios. (COIP, 2014, p.30).

Anclando este derecho a las personas GLBTI, los Principios de Yogyakarta han manifestado que toda persona de preferencia y orientación sexual diversa que se encuentre privada de libertad debe ser tratada humanamente, tomando en cuenta que la orientación sexual e identidad de género son fundamentales para la dignidad humana de cada persona y que, cualquier trato cruel, inhumano o degradante cometido en razón de la orientación sexual o identidad de género es prohibido. (Principios de Yogyakarta, 2007, p.17).

Pese a que este derecho ha sido reconocido por el Derecho Internacional y por la legislación ecuatoriana, la violación al mismo en los centros de rehabilitación social es constante. Estos incidentes, han ocasionado que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos exprese en reiteradas ocasiones su preocupación al respecto. Hablando de las personas GLBTI, en el mes de mayo del 2015, la Comisión emitió un comunicado en el cual sostenía que las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (GLBTI), o aquellas que se autodefinen como tales que se encuentran privadas de libertad sufren en mayor cantidad actos de violencia y discriminación, ya que estas enfrentan un mayor riesgo de violencia sexual así como otros actos de violencia y discriminación, a manos de otras personas privadas de libertad o del personal de seguridad. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.1).

De igual manera, en octubre del 2015, la misma Comisión resaltó la vulnerabilidad del sector colectivo GLBTI a causa de la histórica situación de violencia y discriminación que se profundiza y potencia en los lugares de encierro provocando una “vulnerabilidad exacerbada”. Como sustento a este comunicado, se citaron diagnósticos realizados por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMC) donde se identifica la cotidianidad de la violencia física, psicológica y sexual, así como el habitual uso del aislamiento y los

traslados arbitrarios de los privados de libertad GLBTI en los centros de reclusión. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.2).

Por otra parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, así como otros órganos internacionales de derechos humanos han expuesto ciertas pruebas sustanciales del abuso y maltrato de personas LGBTI por parte de terceros, policías, personal penitenciario y otros funcionarios estatales que se han podido constatar a través de las pruebas documentales exhibidas en algunos casos revisados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.2).

Un claro ejemplo de la violencia al derecho a la integridad física del cual gozan las personas privadas de libertad GLBTI son las mujeres; ya sean estas lesbianas, bisexuales o travestis (sea hombre con identidad femenina o mujer con identidad masculina), su identidad de género es mal vista tanto por las reclusas como por los funcionarios del centro penitenciario, recibiendo tratos humillantes y degradantes tales como negarles sus celdas, raparles el cabello o hasta a obligarles a acostarse con hombres para que cambien su orientación sexual, ya que ciertas personas pensaban que este mecanismo servía para "curar" el lesbianismo entre mujeres. (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2010, párr. 137-139).

En el caso de los hombres gay se ha establecido que la principal afectación a sus derechos es la violación al derecho de la integridad personal, específicamente la violación sexual, por parte de otros internos. Las violaciones no son necesariamente perpetradas por internos homosexuales, sino mayormente heterosexuales, por razones de necesidad propias del encierro, o para establecer relaciones de poder y control sobre las víctimas dentro de los centros. (Manual sobre reclusos con necesidades especiales, 2009, p. 241).

A nivel internacional, este tipo de violaciones son consideradas como actos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes. Tal es así, que la misma

Corte de Virginia de los Estados Unidos ha dicho que las personas violadas sexualmente dentro de los centros penitenciarios muchas veces son golpeadas y hasta en algunos casos mueren, así como también están es riesgo de contraer enfermedades mortales y sufrir daños psicológicos a largo plazo . (Just detention, 2015 p. 42). En este sentido, si bien las violaciones no son perpetradas por agentes estatales, los Estados tienen la obligación de investigar y sancionar las denuncias sobre posibles violaciones u otros actos crueles o degradantes que se den entre los internos.

En el caso ROMER VS EVANS (2009, párr. 115); ventilado en la Corte de Virginia de Estados Unidos, una persona autodefinida así mismo como gay fue violada sexualmente dentro del centro de reclusión por más de 100 veces, razón por la cual extendió una petición al director del centro de reclusión solicitando su cambio del centro penitenciario. En este caso, la Corte del Estado de Virginia determinó que todos los reclusos merecen ser atendidos cuando han sido víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales, y que, en el caso específico de las personas GLBTI estas requieren una especial atención por sus condiciones de vulnerabilidad. (Columbia Human Rights Law Review, 2009, p. 4).

Otro tipo de violación que podemos encontrar respecto a este derecho es aquella que es perpetrada por policías o guías penitenciarios, ya que los mismos no adoptan las medidas necesarias para prevenir cualquier acto de violencia dentro de los centros de rehabilitación social o son ellos mismos quienes cometen actos violatorios contra este derecho .

Refiriéndose a este tema, la Relatoría Especial contra la Tortura y Tratos en su informe del 2001 dijo:

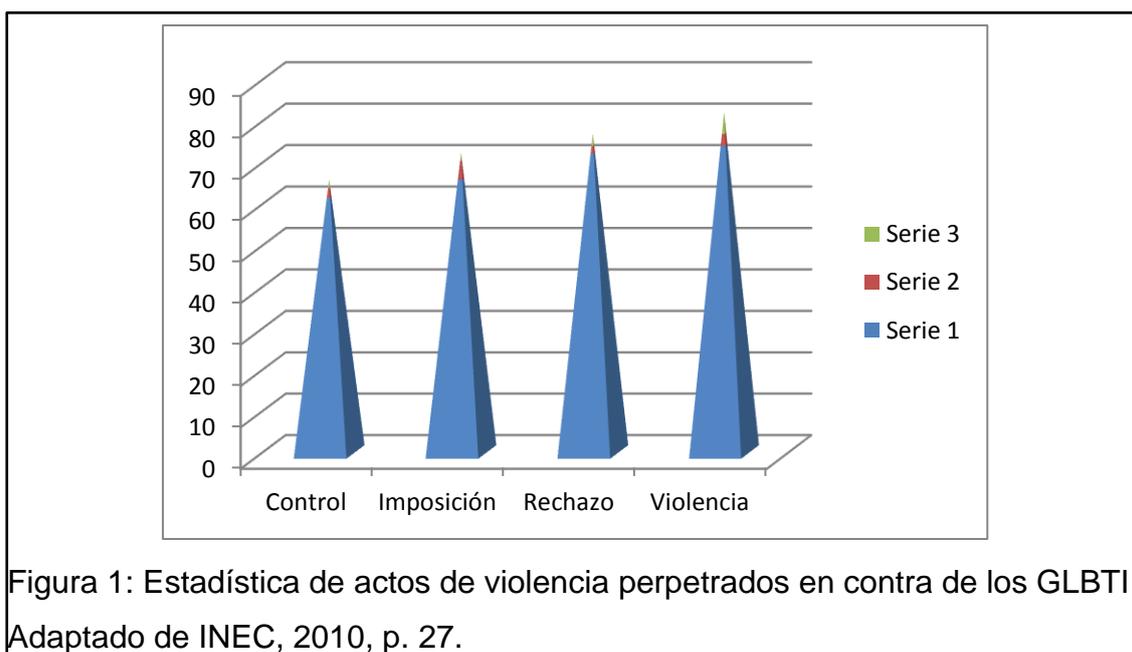
“Una segunda preocupación es la violencia sexual. Los mecanismos de derechos humanos han planteado reiteradamente la cuestión del abuso sexual contra las personas LGBT, a menudo cometidas por la policía o en los lugares de custodia. La violencia sexual puede constituir tortura

cuando es cometida por oficiales públicos, por instigación de estos o con su consentimiento (...)" (Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, 2003, párr. 42).

Dentro de este punto, también se puede recalcar las requisas realizadas por el personal penitenciario a personas GLBTI transgénero, homosexuales, o lesbianas. Estas acciones, ponen en particular riesgo el respeto a la identidad de género, ya que la misma se ve afectada por las humillaciones, abuso y discriminación que sufren cuando terceros las ven desnudos o desnudas o cuando con el objeto de realizar estas "requisas", realizan exámenes en el ano y la vagina de los reclusos. (Asociación para la prevención contra la tortura, 2013 p. 28).

En el caso de Ecuador, la última encuesta realizada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (en adelante INEC) con respecto a la población GLBTI en Ecuador, determinó que gran parte del total de los encuestados ha experimentado actos de violencia (gritos, insultos, amenazas y burlas) por parte de terceros así como de agentes de seguridad.

A continuación, presentaremos un gráfico en el cual se comprende de mejor manera lo antes dicho.



Como se puede ver en la gráfica, de las personas encuestadas, la gran mayoría acepta que ha sufrido actos de violencia por su identidad de género u orientación sexual, al igual que rechazo, imposición de creencias sociales o religiosas con el fin de cambiar su género y control de su vida y circunstancias con el mismo fin.

De la misma manera, estudios académicos dan cuenta de que, por ejemplo, en el Ex Penal García Moreno, los miembros de la Comunidad GLBTI, a causa de su orientación sexual sufren agresiones sexuales por parte de los guías penitenciarios, ya que los mismos, a cambio de cantidades mínimas de dinero o ciertos “privilegios” como dormir en una celda o tener acceso a condiciones básicas de salubridad mantienen relaciones sexuales con las personas transexuales o los hombres homosexuales. (Camacho M., 2009, p.145).

Frente a las innumerables violaciones al derecho antes mencionado, los organismos internacionales han hecho recomendaciones a los Estados con el fin de promover los derechos fundamentales dentro de los centros de rehabilitación y evitar la violación de los mismos.

Respecto al trato que se les da a los reclusos GLBTI, en lo que concierne a las violaciones al derecho a la integridad personal y a los tratos inhumanos y degradantes la Comisión recomendó:

“Prohibir la práctica de las requisas vejatorias y discriminatorias con base en la orientación sexual e identidad de género.

Investigar casos de tortura y otros malos tratos en concurso con actos de discriminación y violencia por orientación sexual e identidad de género con el objetivo de erradicar la impunidad que prevalece en la gran mayoría de los casos que se llegan a denunciar.

Que las personas trans participen de las decisiones relativas a la asignación de su alojamiento en centros de detención”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, párr.123).

Por otra parte, se ha determinado que algunas de las obligaciones que los Estados tienen o deberían tener frente a estas personas es proteger a la Comunidad GLBTI contra la violencia homofóbica y transfóbica, así como incluir la orientación sexual y la identidad de género como características protegidas en leyes sobre delitos. (Comité de Naciones Unidas, 2012, p. 3).

Dentro del sistema penitenciario, se considera que una obligación adicional es la de investigar y sancionar cuando un recluso hace una denuncia a causa de una violación a sus derechos fundamentales, esto con el propósito de tener una estadística de los derechos infringidos y principalmente con el objeto de la reparación del daño causado. Adicionalmente, los organismos internacionales han determinado que se prevenga todo tipo de tortura así como cualquier trato cruel, inhumano y degradante (como las requisas y el confinamiento por tiempo extendido) y que **se sancione tales actos ofreciendo una reparación a las víctimas** (Las negrillas me corresponden) (Comisión de Asuntos jurídicos y Políticos de la OEA, 2013, p.35).

4.2.3 Derecho a la salud para los miembros de la Comunidad GLBTI dentro de los centros de rehabilitación social.

La OMC ha determinado que la Salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Adicionalmente, ha determinado que este derecho es fundamental a todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. (OMC, 2006, p.1).

Pese a que el derecho a la salud es un derecho reconocido internacionalmente, la OMC, ha determinado que las personas GLBTI enfrentan ciertos obstáculos que impiden obtener acceso a una salud apropiada, como consecuencia del alto grado de discriminación y estigma que estas personas sufren. Debido a estas circunstancias, esta organización emitió una resolución en la cual se pretende que los países miembros tomen especial atención en los obstáculos que las personas GLBTI tienen respecto al goce efectivo de este derecho y

principalmente que promuevan la salud a todas las personas sin discriminación alguna. (OMC, 2013, p.2).

Por otra parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos han determinado que las personas privadas de libertad tienen el derecho a que el médico del centro de rehabilitación garantice su salud física y mental realizando visitas permanentes a todos los reclusos enfermos. (Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos, 1957, p.3).

En los Principios de Yogyakarta, este derecho se encuentra estipulado en los principios No.17 y 18, estableciendo que las personas tienen el derecho de disfrutar de la salud mental y física en el más alto nivel posible sin discriminación por orientación sexual o identidad de género, y que ninguna persona será obligada a someterse a tratamiento alguno por su orientación sexual o identidad de género, ya que estas características no son consideradas trastornos médicos para solucionarlos como tales, (Principios de Yogyakarta, 2007, p.23-25).

Hablando de nuestra legislación, el derecho a la salud se encuentra tipificado en la Constitución ecuatoriana de la siguiente manera:

“La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos (...).El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”. (Constitución del Ecuador, 2008, p.17).

Hablando de la vulnerabilidad de este derecho dentro de la comunidad GLBTI, según la información que los organismos internacionales han proporcionado, se puede decir que los GLBTI tienen más dificultades en sus cuadros médicos que las personas heterosexuales, ya que presentan mayores tasas de infección de VIH, consumo de drogas, alcohol, depresión, entre otras cosas. (OMC, 2015, p.1).

De la misma manera, la Organización Mundial de la Salud ha determinado que el obstáculo principal para que estas personas no puedan acceder este derecho se ve enfocado principalmente en la comprensión inadecuada de los problemas específicos de este grupo; entendido como la falta de abordamiento de las necesidades básicas y especiales de las personas GLBTI, la negación de la atención médica (como por ejemplo cuando estas personas son rechazadas en centros de salud u hospitales debido a su orientación sexual o identidad de género), la atención inadecuada o inferior del promedio, las suposiciones erróneas acerca del origen del contagio de una enfermedad y finalmente la falta de tratamiento frente a estas enfermedades. (Organización de las Naciones Unidas, 2013, p. 4).

Debido a sus características especiales, los miembros de la Comunidad GLBTI requieren de un cuidado especial en su salud; especialmente en su salud sexual y reproductiva, física y psicológica. En el caso de las personas GLBTI privadas de libertad, los puntos más preocupantes dentro del ámbito de la salud son: la necesidad de atención médica especializada para quienes han cambiado o están en proceso de hacer un cambio de sexo (transexuales), aquellos que son pacientes viviendo con VIH, y en general, todos ante la posibilidad más alta de contagiarse de esa enfermedad.

Para las personas transexuales que han sido privadas de su libertad, el encierro y la falta de atención médica en reiteradas ocasiones ha generado un problema; debido a que en su mayoría, estas personas se realizan tratamientos prolongados de hormonas u operaciones de reasignación de sexo que requieren un control médico continuo hasta la culminación de su tratamiento,

ya que si no lo hacen pueden tener nefastas consecuencias, como la muerte y otros daños físicos irreversibles.

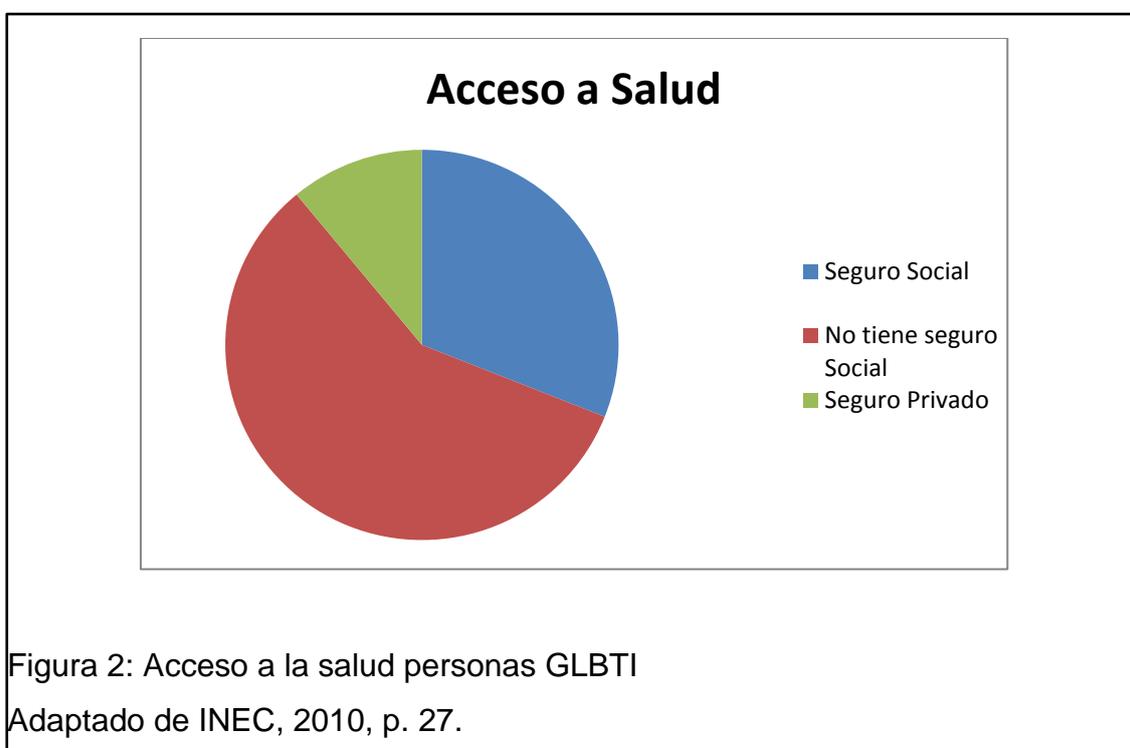
Respecto a este particular, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado en casos relativos a los cuidados que requieren las personas transexuales en su salud, que la interrupción de ingesta de hormonas, tratamientos hormonales mal realizados, o problemas con los trasplantes de silicona realizados con anterioridad necesitan de forma permanente atención especializada en salud. (Corte Constitucional de Colombia, 1998, párr. 96).

Refiriéndose al mismo tema, la Corte del Estado de Virginia en Estados Unidos ha determinado que en el caso de que una persona privada de libertad se haya realizado un tratamiento hormonal previo a ser recluido, el Estado deberá brindarle las facilidades necesarias para que continúe con su tratamiento (siempre y cuando el tratamiento se haya realizado previamente). (Columbia Human Rights Law Review, 2009, p.10).

Otra violación al derecho de la salud que afecta a las personas GLBTI es la falta de provisión de preservativos, como una forma de prevención para el contagio de enfermedades de transmisión sexual, como el VIH, la hepatitis y cualquier otra enfermedad de contagio sexual. Como lo vimos en el acápite anterior, las personas GLBTI son más propensas que la mayoría de los reclusos para que sean víctimas de violaciones sexuales y por ende, la propagación de enfermedades mortales debido a la falta de prevención o métodos anticonceptivos como el condón es mayor.

Normalmente, los preservativos son entregados a las personas privadas de libertad solamente al momento de sus visitas íntimas, cuando la realidad es que este mecanismo de prevención debería estar disponible siempre en los centros de rehabilitación social, ya que, aunque no es permitido que los reclusos tengan relaciones sexuales entre ellos, este tipo de actuaciones es frecuente.

Cabe mencionar que en el Ecuador la salud sexual y reproductiva para las personas Gay, Lesbianas, Bisexuales y Transexuales es escasa, ya que no existen programas de salud en materia de prevención y eliminación de estereotipos asociados a la sexualidad, la orientación sexual y la identidad de género que permitan el goce efectivo del derecho a la salud. La última encuesta realizada con respecto a condiciones de vida de la población GLBTI, se evidencia que la mayor parte de la población entrevistada (58,0%) no está afiliada al seguro social, ni tiene acceso a otro tipo de seguro de salud. Mientras que el 31% tiene afiliación y acceso al seguro.



Un segundo problema a considerarse en el ámbito de la salud de la población GLBTI es la salud mental. En este sentido, las personas GLBTI privadas de libertad son particularmente susceptibles debido a la poca atención psicológica que se les brinda, especialmente después de haber sido víctimas de una violencia sexual o cualquier acontecimiento traumático en su vida. Las permanentes situaciones de acoso, maltrato, discriminación e insultos son situaciones que dejan afectaciones graves en su salud mental y que pueden tener repercusiones graves aún después de que la persona sea puesta en

libertad. Ello requiere de un apoyo psicológico especial para tratar los trastornos mentales que sufran a consecuencia de ello. (Organización de las Naciones Unidas, 2009, p. 36).

Con lo antes expuesto se puede concluir que la salud es un derecho que corresponde a todos (incluyendo a la Comunidad GLBTI) y que, los Estados tienen la obligación de garantizar y crear todas las medidas necesarias para que las personas puedan acceder a este derecho. Esto exige no solo la administración de servicios de salud o medicina para el caso de personas que ya padecen alguna enfermedad, sino además que existan acciones para prevenir que se desaten epidemias o se esparzan enfermedades contagiosas; lo que es más necesario dadas las condiciones de vida de las personas GLBTI privadas de libertad.

4.2.4 Derecho a la identidad de género u orientación sexual.

A efectos de una mayor comprensión, consideramos importante hacer ciertas aclaraciones respecto de la terminología que se utilizará en las próximas líneas, ya que dentro de la Comunidad GLBTI, muchas veces se confunde el concepto de orientación sexual, identidad de género y expresión de género.

La OEA entiende por orientación sexual a la capacidad que tienen las personas de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas (OEA, 2011, p.83).

La orientación sexual muchas veces es confundida con la identidad de género, ya que como lo vimos, la orientación sexual hace referencia a la atracción que siente una persona hacia otra, mientras que la identidad de género trata del sentido o deseo que una persona tiene de ser hombre, mujer o algo diferente. (American Psychological Association, 2008, p.32).

Para la OEA el género hace referencia a las identidades, funciones y atributos que se construyen socialmente tanto para la mujer como para el hombre y al significado social y cultural que conlleva estas diferencias. (OEA, 2011, p.24). Es decir, la identidad de género es la autodefinición que cada persona tiene sobre sí misma y como esta se autocalifica. Dentro de esta concepción y de esta auto calificación voluntaria, como es de suponerse surgen ciertas actuaciones por parte de la Comunidad GLBTI con las cuales se auto identifican, llamadas así Expresiones de Género.

La expresión de género, ha sido definida como la manifestación externa de las personas respecto a los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina. Por ejemplo, dentro de la Comunidad GLBTI, se podría identificar como expresión de género a la forma de vestir, de hablar, al cuidado personal, a la forma de caminar, a la manera de hablar y de expresarse que cada miembro de la Comunidad tenga.

Cabe mencionar, que existe una relación íntima entre el derecho a la libertad de expresión de género y a la identidad sexual, ya que las personas GLBTI utilizan la expresión de género para autodefinirse a sí mismas. (Comité de Naciones Unidas, 2012, p. 57).

Esclareciendo estos términos, es importante recalcar que tanto la orientación sexual, como la identidad de género y la expresión de género han sido determinadas como características dinámicas de las personas, es decir que las mismas pueden variar o cambiar según la construcción social de la persona y sus circunstancias. (Corte IDH, 2006, párr. 94).

Hablando del derecho a la identidad de género u orientación sexual (que en sentido general atañe a los miembros de la Comunidad GLBTI), se puede decir que aunque el mismo no se encuentra específicamente amparado por todos los tratados; los jueces, legisladores y doctrinarios, han concluido que el mismo puede incluirse dentro de la frase “y cualquier otra condición” que tienen la mayoría de tratados que enuncian derechos fundamentales. En el único

compendio internacional que se encuentra de manera expresa el derecho a la identidad de género u orientación sexual son los Principios de Yogyakarta que establecen:

“(...) la denominación de una persona como lesbiana, gay, bisexual, transgénero o intersex (LGBTI) asegura el reconocimiento legal de la orientación sexual o de la identidad de género como condición esencial de la persona a ser protegida (...) contribuyendo a ofrecer protección acorde a sus necesidades particulares”. (Principios de Yogyakarta, 2007, p.4).

En el Ecuador, este derecho se ve reconocido en su artículo 83 numeral 14, al establecer que son deberes y obligaciones de todos los ecuatorianos respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, culturas nacionales, sociales, generacionales, de género, **y la orientación e identidad sexual**. (Las negrillas me corresponden) (Constitución del Ecuador, 2008, p.37).

Así como otros, este derecho también es violentado en los centros de rehabilitación social, ya que la falta de respeto hacia la identidad o expresión de género de las personas miembros de la comunidad GLBTI es frecuente, tanto por las autoridades como por terceros.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado reiteradamente la preocupación que tiene respecto al trato que se da a este grupo vulnerable a causa de su orientación sexual, identidad, o expresión de género.

Al respecto ha dicho que:

"La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresa su preocupación ante los repetidos actos de violencia y discriminación que enfrentan las personas lesbianas, gay, bisexuales y trans (LGBT), o aquellas personas percibidas como tales, que se encuentran privadas de

libertad en la región (...) En los últimos meses, la CIDH ha recibido información preocupante sobre casos de violencia y trato inhumano y denigrante contra personas LGBT o aquellas percibidas como tales, en cárceles, celdas de detención, estaciones de policía y centros de detención". (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p.2).

Asimismo, ha considerado que uno de los grupos más vulnerados dentro de los centros de rehabilitación social son los transexuales. Como ya lo sabemos, estas personas, se haya o no plasmado su género a través de una cirugía, tienden a utilizar la vestimenta y artículos personales que los identifican (expresión de género) y, a causa de esto, tanto las autoridades del centro de rehabilitación social como los reclusos violan los derechos de los cuales gozan estas personas, como el derecho a la libertad de expresión de género, el derecho a un trato digno, el derecho a su visita íntima, entre otros.

Respecto a este asunto en particular, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado de la siguiente manera:

"(...) debe partirse de considerar que para el caso particular del actor, la adopción de su identidad sexual está mediada por el uso de maquillaje, el pelo largo y determinadas prendas de vestir, elementos todos ellos que permiten reafirmar dicha opción y atenuar las imposiciones que le generan las características propias del sexo fenotípico. En otros términos, el adecuado ejercicio del derecho a la autonomía personal, reflejado en la determinación de la opción sexual, depende del uso de tales elementos por parte del accionante, por lo que la privación injustificada de los mismos conlleva la vulneración de sus derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad". (Corte Constitucional de Colombia, 2011 párr. 73).

En otro caso donde se había restringido a las mujeres el ingreso de prendas de vestir masculinas (para aquellas que se autodefinieran con un sexo masculino),

la Corte Constitucional de Colombia determinó que esto atentaba contra el derecho a la expresión de género y al libre desarrollo. Adicionalmente, se determinó que la libertad de expresión de género es un derecho inalienable de los reclusos (aún más de los reclusos GLBTI), ya que estos expresan su identidad de género mediante su forma de hablar, de vestir, de peinarse, etc. (Corte Constitucional de Colombia, 2010, p. 201).

Refiriéndose al mismo tema, la Corte de Justicia de Guatemala, determinó que las personas privadas de libertad miembros de la Comunidad GLBTI podrán expresar su orientación sexual o su identidad de género de manera libre, pudiendo vestirse con prendas que colaboren a su identidad sexual así como usar el cabello o cualquier utensilio que las autodefina. (Guatemala aprueba que presos de comunidad LGBTI pueden vestirse según su identidad de género, 2013, p.1).

Aunque los Estados tienen la obligación de garantizar el goce y ejercicio de este derecho a los GLBTI privados de libertad, la falta de políticas penitenciarias hace imposible que los mismos logren este cometido, ocasionando violaciones constantes a este derecho cometidas por terceros o por los mismos funcionarios de las cárceles.

4.2.5 Derecho a la libre asociación en el marco de las relaciones afectivas y familiares.

El derecho a la asociación es un derecho del cual gozan todas las personas indistintamente de sus condiciones (privación de libertad), ya que como lo vimos anteriormente, cuando una persona está privada de su libertad el único derecho que le es arrebatado es la libertad en sí misma, más aún goza de los derechos fundamentales restantes.

Dentro del sistema penitenciario, la libre asociación consiste en el derecho que tienen las personas privadas de libertad de tener visitas, ya sean estas de carácter familiar o no, con el fin de que interactúen con sus seres allegados y no se pierdan los vínculos ya existentes.

Protegiendo a este derecho, los juristas y doctrinarios se amparan en el artículo 11 numeral 2 de la CADH que expresa: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”. (CADH, 1969, p.5). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado este artículo al decir que se entiende por vida privada a la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 134).

Por otro lado, la protección al derecho a la familia y a las relaciones familiares y/o sociales de las personas privadas de libertad se ve reflejado en la Constitución ecuatoriana en su artículo 51, el cual reconoce a las personas privadas de libertad la comunicación y visita de sus familiares (Constitución de la República, 2008, p.24).

Asimismo, en el marco de los derechos de las personas GLBTI privadas de libertad, el COIP en su artículo 12, numeral 14, consagra el derecho que tienen las personas privadas de libertad de comunicarse y de recibir visitas de sus familiares y amigos así como de la visita íntima de su pareja en lugares y condiciones que garanticen su privacidad y la seguridad de las personas. (COIP, 2014, p.32).

Refiriéndonos exclusivamente a las visitas íntimas de los GLBTI privados de libertad, la Corte Constitucional de Colombia ha sido una de las precursoras en determinar y salvaguardar este derecho. En una de sus sentencias, claramente expuso que las personas privadas de libertad están en el derecho de escoger su pareja y de mantener relaciones sexuales, siempre y cuando cumplan con las exigencias de salubridad impuestas así como el orden y seguridad propios de los establecimientos de reclusión. (Corte Constitucional de Colombia, 1992, párr. 93).

Pese a que este derecho es reconocido y garantizado en el cuerpo legal, la violación al mismo dentro de los centros de rehabilitación social es frecuente.

Debido a la poca aceptación que tiene la orientación sexual e identidad de género de los GLBTI, aceptar las relaciones afectivas que estos tienen resulta aún más difícil.

Un claro ejemplo de lo antes dicho es el caso de una mujer colombiana que demandó al Estado colombiano en razón de que las autoridades del penal donde se encontraba se negaron en permitirle la visita íntima de su pareja; ya que la misma, al igual que la reclusa era mujer. El centro de rehabilitación social donde aquella persona se encontraba, alegó que la permisión de visitas íntimas a homosexuales afectaría el régimen de la disciplina interna de los centros de rehabilitación, ya que la cultura latinoamericana es poco tolerante con estas prácticas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, párr.18). En este caso, se logra evidenciar la violación a este derecho por parte de las autoridades del centro de reclusión ya que resolvieron la petición fundamentándose en la orientación sexual de la reclusa, pasando por el alto el derecho del cual era beneficiaria.

Otra muestra de la violación a este derecho es el impedimento que tienen los reclusos GLBTI de tener relaciones afectivas dentro de la cárcel, ya que como es evidente, cuando una persona es privada de su libertad el lugar donde sociabiliza es este, así que para las personas con una orientación sexual distinta a la mayoría de los reclusos, es común que inicien relaciones afectivas en estos lugares.

La Corte Constitucional de Colombia respecto a este tema ha dicho:

"(...) la existencia de parejas y relaciones erótico afectivas al interior de las cárceles es una realidad que se presenta en las cárceles de hombres y mujeres. Lo anterior refleja que existen vacíos reglamentarios sobre las relaciones; vacíos que terminan transformándose en permisividad o arbitrariedad, lo cual vulnera los derechos de las personas LGBT (...)". (Corte Constitucional de Colombia, 2012, párr. 103).

Consideramos que esta violación es causada debido a la falta de regulación por parte de las autoridades penitenciarias y a la falta de interés por procurar que estas personas lleven una vida lo más normal posible dentro de los centros de reclusión.

Recapitulando lo antes dicho, se puede concluir que las personas GLBTI privadas de libertad, son víctimas (en mayor medida) de la violación a sus derechos fundamentales, ya que por su orientación sexual o identidad de género son mucho más vulnerables que el resto de la población penitenciaria. Consideramos, que para que estos derechos sean respetados, es necesario que los Estados tomen medidas especiales de protección para con estas personas, que procuren la garantía de sus derechos así como las condiciones mínimas de vida dentro de los centros de reclusión.

4.3. Propuesta: separación integral de las personas privadas de libertad GLBTI como una política pública carcelaria.

Como vimos al inicio de este capítulo, la legislación ecuatoriana especifica que la separación de las personas privadas de libertad ya no solo se realizará en razón de su sexo (hombre-mujer), sino también en razón de su orientación sexual o identidad de género. Pese a que esta norma existe a partir del año 2014, la falta de una política pública ha hecho que esta disposición sea ineficaz.

Dentro de este subcapítulo, plantaremos la propuesta que a nuestro parecer, es la más adecuada para que los derechos fundamentales de las personas GLBTI privadas de libertad sean respetados mientras cumplen su condena.

Refiriéndose a la separación física de los GLBTI privados de libertad, la Organización de las Naciones Unidas ha determinado que se requiere un principio esencial de distribución y alojamiento para los reclusos homosexuales, bisexuales y transexuales, a fin de que se garantice su seguridad, ya que la separación basada en el sexo (hombre-mujer) no es suficiente. (Organización de Naciones Unidas, 2013, párr. 43).

Aunque no se han fijado estándares para dicha separación, algunos países han decidido tomar este ejemplo. En el caso de Italia y Colombia, han separado a la población GLBTI dentro de los mismos centros de reclusión, mientras que en Turquía se ha construido una cárcel exclusiva para la comunidad GLBTI. Todas estas acciones han sido con el afán de evitar la violación a sus derechos fundamentales y encaminados a proteger su vida. (Le Journal International, 2015, p.2). Pese a estas implementaciones, se han presentado informes que revelan que aunque ya existe una separación física de los GLBTI en las cárceles, continúan siendo víctimas de la vulneración a sus derechos. (Le Journal International, 2015, p.3).

Con lo antes expuesto, consideramos que en el Ecuador la separación carcelaria de los GLBTI debería ser de la siguiente manera.

Ya que el presupuesto que el Estado ecuatoriano dedica anualmente a los centros de rehabilitación social no es suficiente, la creación de un espacio para estas personas (que sería lo óptimo) resultaría una utopía. Es por este motivo, que creemos que la separación física de estas personas debería realizarse dentro del mismo centro de rehabilitación social, adecuando un pabellón o área exclusivos con todos los implementos necesarios para el efectivo goce de sus derechos.

En el caso de las mujeres lesbianas y mujeres transgénero con una identidad masculina, sugerimos que dentro de los centros de rehabilitación para mujeres se cree un ala dividida en dos (una para cada grupo). Esto, con el fin de garantizar el derecho a la integridad física y psicológica de cada una así como su derecho a la libre expresión. A su vez, sugerimos que el personal penitenciario que cuide y controle a estas personas sean mujeres capacitadas al menos con el mínimo conocimiento en materia de derechos GLBTI.

Para evitar la segregación de estos grupos minoritarios, sugerimos también que el Estado genere las medidas de protección adecuada cuando estos grupos realicen actividades de recreación o interacción con la población reclusa en general.

Por otra parte, en lo que respecta a hombres homosexuales y hombres transgénero con identidad femenina, de igual manera sugerimos la separación a través de un pabellón exclusivo para estas personas, tomando especial atención y cuidado en el derecho a la integridad física (ya que como lo vimos en acápite anteriores, estas personas son las primeras víctimas de abuso sexual en las cárceles). Respecto al personal penitenciario, proponemos que las personas destinadas al cuidado de estos grupos sean hombres del mismo sexo y, de ser posible con su misma identidad sexual, esto con el fin de evitar violaciones a sus derechos fundamentales por parte de la autoridad.

De igual manera, sugerimos al Estado que implemente todas las condiciones necesarias para la seguridad de los hombres homosexuales y personas trans al momento de realizar actividades culturales o recreativas con la población reclusa en general.

Aunque creemos que la separación física es totalmente necesaria, ya que hasta los mismos miembros de la comunidad GLBTI lo han expresado al decir que prefieren ser albergados junto con otros reclusos homosexuales, bisexuales o transexuales en lugar de estar con la población general (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006, párr.86), consideramos que esta sola medida no es suficiente. Adicional a esta separación física, es necesario fijar estándares mínimos para el trato de las personas GLBTI privadas de libertad tomando en cuenta sus necesidades y características individuales.

Refiriéndonos al derecho de integridad personal, consideramos que para que este derecho sea respetado dentro de los centros de rehabilitación social, es necesario que el Estado interponga todas las medidas especiales a su alcance para el goce y ejercicio del mismo. Una forma clara de hacerlo, sería la separación de las personas GLBTI con las que hayan cometido actos de violación sexual, mayor concientización hacia el personal penitenciario y a la población reclusa en general de los derechos de las personas GLBTI, así como la posibilidad de que estas personas presenten denuncias de las violaciones a

sus derechos fundamentales y que las mismas sean atendidas dentro de un plazo razonable.

Otra solución adicional para garantizar este derecho, es la prohibición absoluta del aislamiento y confinamiento solitario como medio de protección frente a posibles agresiones por parte de otros internos. Aunque posiblemente estas intenciones sean buenas, la realidad es que cualquier forma de aislamiento o incomunicación a reclusos ha sido proscrita según los estándares internacionales de Derechos Humanos (Corte IDH, 2004, párr. 167). Esta situación les priva de tener una “vida normal” dentro de la propia situación de privación de libertad, porque inhibe su derecho a la libre movilidad dentro de las cárceles, así como de ciertas actividades que se realizan dentro de ellas a causa de su orientación sexual o identidad de género. (Asociación para la prevención contra la Tortura, 2013, párr. 23).

Hablando del derecho a la salud del cual gozan estas personas, consideramos que para la correcta efectivización del mismo es necesaria una atención integral en la que se tome en cuenta sus necesidades específicas; tales como terapias de sustitución hormonal y reasignación sexual, la eliminación de reglamentos discriminatorios que atenten contra la dignidad humana y la expresión de la identidad de género. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, párr. 21).

Otro punto sensible dentro de este derecho, es la propagación de enfermedades mortales en los centros de reclusión. Para evitarlo, es necesario que el Estado desarrolle una política de prevención que evite la propagación de esta enfermedad y cualquier otra; y que a su vez, brinde a aquellas personas ya infectadas la atención necesaria para que sobrelleven su condición dignamente.

Consideramos que para su correcta aplicación, la política pública por un lado debería contar con la provisión de médicos y medicinas necesarias para las personas privadas de libertad así como los conocimientos necesarios para

tratarlos según su orientación sexual o identidad de género y por otro lado, no exponer a estas personas a condiciones insalubres, o a contagio de enfermedades mortales así como a ningún tipo de maltrato físico y psicológico. En cuanto al derecho a la libertad de expresión, se cree pertinente que el Estado permita a los GLBTI privados de libertad el uso de cualquier accesorio con el cual puedan expresar su orientación sexual o identidad de género; como maquillaje, cabello largo o ropa, siempre y cuando este dentro de los parámetros de los centros de rehabilitación y que dichas permisiones no afecten con el orden previamente impuesto por los centros de reclusión. Estas garantías de expresión, deben ir acompañadas de la garantía que el Estado ha de dar respecto al trato que tendrán los reclusos en general al momento de expresar su identidad de género, previniéndolos de agresiones, acoso, burlas o agresión.

Por último, para garantizar el derecho a las relaciones afectivas y visitas íntimas de los GLBTI privados de libertad, el Estado debe encargarse de propiciar las medidas necesarias para que las visitas conyugales o no, sean en lugares adecuados. Así también, consideramos importante que el Estado ecuatoriano garantice a todas las personas privadas de libertad el derecho a la visita íntima, sin distinción alguna por la orientación sexual. (Constant, C., 2015, p.22) y que, en la medida de lo posible, regule las relaciones que se han generado dentro de las cárceles, esto con el fin de garantizar este derecho también a las parejas que han iniciado su relación en los centros de reclusión.

Con lo antes dicho, podemos concluir como punto central este capítulo, que si bien es cierto la separación física de los GLBTI privados de libertad es necesaria para la garantía de sus derechos, la misma no es suficiente. Adicional a esta medida consideramos necesario que se establezcan estándares mínimos en cuanto al trato que se debe dar a estas personas, tomando en cuenta sus derechos fundamentales y sus condiciones especiales que los colocan en una situación de vulnerabilidad. Al hacerlo, se respetarán sus derechos y se evitará violaciones a los mismos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El principio de igualdad y no discriminación, es un principio y derecho que se aplica para todas las personas sin distinción alguna. Si bien es cierto, la orientación sexual o identidad de género no está estipulada de manera expresa como condición para no discriminar, tanto jueces, juristas y doctrinarios han concluido que estas condiciones se encuentran dentro de la frase “cualquier otra condición”, evitando así la discriminación por cualquiera de estas causas.

Para que exista una verdadera igualdad, el Derecho Internacional ha determinado que ciertas veces, los Estados deben dar un trato diferenciado a grupos que lo requieran, ya que sus condiciones originarias no les permiten gozar de sus derechos fundamentales de una manera efectiva. Evidentemente, las personas GLBTI privadas de libertad, pertenecen a esta categoría, generando así una obligación garantista por parte del Estado de crear medidas especiales para que puedan gozar de sus derechos. En caso de no hacerlo, el Estado estaría incurriendo sobre una violación al derecho de estas personas, ya que, al tratarlas como iguales, sus derechos han sido vulnerados.

Dentro de los centros de rehabilitación social, la falta de separación carcelaria de las personas GLBTI ha ocasionado la vulneración a sus derechos fundamentales; como el derecho a la vida, el derecho a una vida digna, el derecho a un trato digno y el derecho a su libre expresión, ya que la población reclusa en general, maltrata de manera física y psicológica a estas personas, generando así graves afectaciones a su condición de seres humanos.

Si bien el COIP establece la separación de las personas privadas de libertad en razón de su orientación sexual o identidad de género, hasta la presente fecha esta disposición no se ha efectivizado por la falta de una política pública. Aún si existiere dicha política, el vacío dejado por el legislador respecto a los estándares mínimos que se debe establecer para un trato digno a las personas GLBTI, generaría que esta disposición no ayude de manera alguna a respetar y

garantizar los derechos de estas personas, ya que como lo dijimos, la separación física no es suficiente para garantizar derecho alguno.

Los legisladores ecuatorianos, deberían considerar de manera urgente la estipulación expresa de los derechos de las personas GLBTI privadas de libertad. Esto, con el fin de garantizar de mejor manera los derechos fundamentales de estas personas dentro de los centros penitenciarios.

El Estado Ecuatoriano debe adoptar medidas especiales que permitan el efectivo goce de los derechos a los GLBTI privados de libertad, como por ejemplo, la creación de la política pública antes tratada a fin de que se cumpla con las obligaciones de respeto y garantía de estos derechos dentro de los centros de reclusión.

El Estado, a través del órgano competente, debe actualizar la base de datos respecto de la población GLBTI ecuatoriana en lo que respecta a su orientación sexual o identidad de género y principalmente a los derechos que se creen vulnerados dentro de esta comunidad. El fin de estas estadísticas es que el Estado pueda visualizar de mejor manera su falta de cumplimiento respecto de la obligación de garantizar estos derechos, para que tome medidas especiales con el fin de garantizar los mismos.

Dentro de los centros de rehabilitación social, es importante que el Estado capacite al personal penitenciario y a su vez este a la población reclusa de los derechos que tienen las personas GLBTI, con el propósito de eliminar las violaciones a sus derechos fundamentales y garantizarles una vida digna mientras cumplan su condena.

REFERENCIAS

- American Psychological Association. (s.f). La Identidad De Género Y La Expresión De Género. Recuperado el 15 de marzo del 2015 de <http://www.tamuc.edu/academics/cvSyllabi/syllabi/201380/81646.pdf>.
- Asociación para la prevención contra la Tortura. (s.f). Personas GLBTI Privadas de Libertad. Recuperado el 18 de septiembre del 2015 de http://www.apr.ch/content/files_res/lgbti-persons-deprived-of-their-liberty-es.pdf.
- Camacho, M. (2007), Cuerpos encerrados Cuerpos emancipados, Quito – Ecuador: La Paz.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito, Ecuador.
- Comité de Derechos del Niño. (1989). Observaciones Generales. Siena, Italia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). Acceso a la Justicia Para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. Recuperado el 18 de Febrero del 2015 de <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Caso Carandirú. Recuperado el 28 de Febrero del 2015 de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Brasil11291.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Distrito Policial Parque Sao Lucas. Recuperado el 12 de Febrero del 2016 de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Brasil10301.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Corte IDH expresa preocupación por violencia y discriminación contra personas LGBT privadas de libertad. Recuperado el 15 de Agosto el 2015 de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/053.asp>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Comunicado: Trato Humano de las Personas Privadas de Libertad, Recuperado el 18 de Noviembre de 2015 de <http://kaosenlared.net/cidh-derechos-humanos-de-las-personas-lgbt-privadas-de-libertad-en-america-latina/>

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Derechos Humanos de las personas Lgbt privadas de libertad en América Latina. Recuperado el 15 de Agosto del 2015 de <http://kaosenlared.net/cidh-derechos-humanos-de-las-personas-lgbt-privadas-de-libertad-en-america-latina/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Directrices para el tratamiento de mujeres condenadas a penas privativas de la libertad, no privativas de la libertad y medidas para mujeres delincuentes. Recuperado el 22 de Agosto de 2015 de https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Expert-group-meeting-Bangkok/ECN152009_CRP8.Spanish.pdf.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos en la Cárcel de Challapalca. Recuperado el 28 de Febrero el 2015 de <http://www.cidh.org/countryrep/Challapalca.sp/informe.htm>.
- Comisión de Derechos Humanos. (2001). Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1992). Observación General No. 21, Trato humano de las personas privadas de libertad. Recuperado el 15 de Febrero del 2015 de www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/.../E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Orientación Sexual e Identidad de Género. Recuperado el 24 de Octubre de 2015 de <file:///C:/Users/user/Downloads/orientacion%20sexual%20e%20identidad%20de%20genero.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2008). Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Recuperado el 28 de Febrero del 2016 de <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanalis2/derechoshumanosysistemascarcelarios/documentos/Principiosaproteccionpersonasprivadasdelibertadoea.pdf>.

Comité de las Naciones Unidas (2012). Nacidos Libres e Iguales. Recuperado el 27 de Octubre del 2015 de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_SP.pdf.

Congreso de las Naciones Unidas. (1957). Reglas Mínimas Para el Tratamiento de los Reclusos. Recuperado el 25 de Septiembre del 2015 de <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/derechoshumanosysistemascarcelarios/documentos/Reglasminimasparaeltreatmentodelosreclusos.pdf>.

Constant, C. (2014). La visita íntima homosexual femenina: Perspectivas sociológica y jurídica. Recuperado el 17 de Noviembre de 2015 de file:///C:/Users/user/Downloads/La_visita_intima_homosexual_femenina_per.pdf

Convención Americana de Derechos Humanos. (1969). Recuperado el 28 de Febrero el 2015 de <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0001>.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (1987). Recuperado el 24 de Febrero del 2015 de <file:///C:/Users/biblioteca/Desktop/convencion%20contra%20la%20tortura%20y%20otros%20tratos%20%20penas%20cruelles%20inhumanos%20%20degradantes.pdf>.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1980). Recuperado el 8 de Febrero del 2015 de <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia Establecimiento carcelario-Condición de hacinamiento/Establecimiento carcelario.

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia Persona privada de la libertad-Protección constitucional especial/derecho a la dignidad humana del interno-Deber del estado de garantizarlo.

- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia Tratamiento de población reclusa que pertenece a minorías de identidad sexual.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia Derecho de petición del interno/establecimiento carcelario.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia Límite temporal en medidas previstas a favor de las víctimas
- Corte Constitucional de Colombia. (2013). Sentencia Derecho a la salud y derecho al trabajo
- Corte Europea de Derechos Humanos. (1968). Caso Lingüística Belga.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). Caso Cesar Alberto Mendoza y otros.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Instituto de Recaudación del Menor, vs Paraguay.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso Karen Attala vs Chile.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo VS Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Caso Tibi c. vs Ecuador.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Caso Villagrán Morales y otros Vs Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Caso Ximenes Lopez vs Brasil.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). Condiciones de los Centros Penitenciarios y Derechos de las Personas Privadas de Libertad, Bolivia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Informe de las Personas Privadas de Libertad en Honduras.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva 17.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Opinión Consultiva 18.
- Coppopola, N. (2015). Cuánto de Rainbow tiene el Sistema Penitenciario Italiano. Recuperado el 25 de Octubre de 2015 de <http://www.bossy.it/es/81itua/nicolamaria>.
- Cruces, R. (2004). Clasificación Criminológica. Recuperado el 12 de octubre del 2015 de <http://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>.
- Falconi, J. (2010). Análisis jurídico sobre el principio de Dignidad Humana. Recuperado el 28 de Febrero del 2016 de <http://www.derechoecuador.com/81ituación/detalle/archive/doctrinas/de-rechoshumanos/2010/05/27/81ituación-juridico-sobre-el-principio-de-dignidad-humana>
- Ferrajoli, L. (2012). Igualdad y diferencia. Recuperado el 21 de Mayo de 2015 de <http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/M0002-01.pdf>.
- Ferrajoli, L. (2002). Vigilar y Castigar. Recuperado el 18 de Mayo de 2015 de <http://www.ivanillich.org.mx/Foucault-Castigar.pdf>.
- Fundación Ecuatoriana equidad. (s.f). Guía de orientaciones básicas para la atención clínica de hombres gays, bisexuales, personas trans y hombres que tienen sexo con hombres (GBTH) en los servicios de salud. Recuperado el 23 de octubre de 2015 de http://www.abglt.org.br/docs/81itu_definitiva.pdf.
- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). (s.f). Estudio de casos sobre condiciones de vida, inclusión social y cumplimiento de derechos humanos de la población LGBTI en el Ecuador. Recuperado el 23 de Octubre de 2015 de http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/LGBTI/Analisis_situacion_LGBTI.pdf.
- Le Journal International. (s.f). Turquía: una cárcel gay “contra la discriminación”. Recuperado el 25 de Octubre del 2015 de http://www.lejournalinternational.fr/Turquia-una-carcel-gay-contra-la-discriminacion_a2458.html.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. (s.f). La Rehabilitación

- Social en el Contexto Latinoamericano, Recuperado el 06 de Junio del 2015 de <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-La-rehabilitaci%C3%B3n-social-en-el-contexto-latinoamericano.pdf>.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2013). Prevención, tratamiento y atención del VIH en las cárceles y otros lugares de reclusión: conjunto completo de intervenciones. Recuperado el 18 de Noviembre de 2015 de http://www.who.int/hiv/pub/prisons/prison_comp_pack_sp.pdf.
- Organización Mundial de la Salud. (2006). Constitución de la Organización Mundial De La Salud.
- Organización Mundial de la Salud. (2013). Resolución CD52/18. Recuperado el 16 de Noviembre de 2015 de https://www.google.com.ec/?gfe_rd=cr,ssl&ei=bxWoVtfeMoua-gXMyqKQDg#q=Resoluci%C3%B3n+CD+52/18.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976). Recuperado el 28 de Febrero del 2016 de <http://www.migracion.gob.bo/web/upload/ddhh6.pdf>
- Prisoner Rape is Torture Under International Law. (s.f). Recuperado el 14 de Noviembre de 2015 de <http://www.justdetention.org/en/factsheets/torture.aspx>.
- Principios de Yogyakarta. (2007). Recuperado el 28 de Febrero del 2016 de http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.pdf
- Rabossi, E. (1990). "El principio de igualdad y la discriminación". Buenos Aires, Argentina. Recuperado el 28 de Febrero del 2016 de <http://maestrias.pbworks.com/f/Rabosi-+discriminaci%C3%B3n.pdf>
- Robles, A. (2011). Ius Cogens Internacional. Bogotá – Colombia.
- Unicef. (s.f). La Situación De Las Mujeres Embarazadas O Con Hijos/As Menores De Edad Limitaciones Al Encarcelamiento. Recuperado el 22de Agosto de 2015 de http://www.unicef.org/argentina/spanish/Libro_Mujeres_Presas.pdf.

Zaragoza, H. (2008). Justicia Restaurativa el Castigo a la Restauración.
Recuperado el 06 de Noviembre del 2015 de
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3104/38.pdf>.