

INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia, respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos o hijas menores de tres años

BOLETÍN Nº 11.073-07

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía tiene el honor de informaros el proyecto de ley de la referencia, en primer trámite constitucional, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Jaime Quintana y Alejandro Navarro.

No obstante que el proyecto de ley es de artículo único, esta Comisión propone discutirlo sólo en general, con el objeto de otorgar a Sus Señorías la oportunidad de perfeccionar y enriquecer la iniciativa con ocasión del segundo informe.

Cabe hacer presente, que en Sesión de 4 de enero de 2017 la Sala del Senado dispuso que sea estudiado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Posteriormente, por acuerdo de la Sala en Sesión de 2 de febrero de 2019 se acordó que el proyecto fuese enviado a la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y eximirlo del trámite de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

A las sesiones en que se analizó esta iniciativa legal asistieron, además de sus miembros, los siguientes invitados:

Por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: la Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Lorena Recabarren; los Abogados señoras Bernardita Vega y Lizelot Yáñez y señor Guillermo Del Campo, y el Periodista señor José Berríos.

Por el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, los Asesores señora Trinidad Sáinz y señor Vicente Moncada.

Por el Ministerio de Desarrollo Social, el Abogado señor Hans Weber.

Por el Instituto Nacional de Derechos Humanos: el Jefe de la Unidad Jurídica, señor Rodrigo Bustos y la Abogada señora Nicole Lacranpette.

Por Corporación Humanas, la Abogada señora Camila Maturana.

Por la ONG Enmarcha, la Directora Ejecutiva, señora Francisca Hidalgo y las Asesoras, señoras María José Añazco y Joan Navarro.

Por Gendarmería de Chile, el Subdirector Técnico, señor Alejandro Arévalo.

Por la ONG LEASUR: la Directora, señora Sthefanía Walser; la Voluntaria, señora Paula Altamirano, y los Abogados señora María Jesús Fernández y señor Sergio Faúndez.

Por la Comisión de Infancia y Derechos Humanos de la Asociación Nacional de Magistrados de Chile: el Juez del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, señor Carlos Muñoz Sepúlveda; el Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, señor Pedro Maldonado Escudero, y el Juez de Familia de Buin, señor Rodolfo Medalla.

Por la Fiscalía Nacional: la Directora de la Unidad Especializada de Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales señora Ymay Ortiz Pulgar, y el Abogado Asesor señor Sebastián Cabezas.

Por la Biblioteca del Congreso Nacional, el Analista Legal, señor Matías Meza-Lopehandía.

Por la Fundación Constituyente XXI, el Presidente Ejecutivo señor Esteban Silva.

Por la Plataforma Chile Mejor sin TLC, la Ejecutiva señora María Cecilia Bartoholin.

Por el Movimiento Asamblea Constituyente, el Editor señor Gustavo Ruz.

Por el Partido Progresista de Chile, el Dirigente Nacional señor Pedro Abarca.

Por la Fundación Chile Mejor, la Practicante señora Mariana Martínez y la Asesora María Loreto Guzmán.

Por Arista Social SPA, la Consultora señora Marcela Romo.

Por el Centro Democracia y Comunidad, los Asesores señores Francisco Urrea y Esteban Rayo.

Por la Fundación Jaime Guzmán, la Asesora Teresita Santa Cruz.

Por Pauta.cl, la Periodista Gladys Piérola.

Por el Diario El Mercurio, el Periodista señor Jorge Soto.

Por el Honorable Senador Navarro, los Asesores señores Manuel Nova, Sergio Martínez, Roberto Santa Cruz y David Blanco, y señora Marcial Muñoz.

Por el Honorable Senador Moreira, el Asesor Legislativo señor Raúl Araneda.

Por el Honorable Senador Latorre, los Asesores señora Javiera Tapia y señor Mario Pino, y la Periodista señora Javiera Contreras.

Por el Honorable Senador Kast los Asesores, señor Javier de Iruarrizaga y señora Paula Campos.

- - -

OBJETIVO DEL PROYECTO

Este proyecto de ley tiene por objetivo establecer la suspensión del cumplimiento de la condena y la improcedencia de la prisión preventiva, en favor de las mujeres embarazadas o con hijos menores a tres años.

- - -

NORMA DE QUÓRUM ESPECIAL

El número 2 del artículo único del proyecto de ley debe ser aprobado como norma orgánica constitucional, por cuanto contiene normas que alteran la organización y atribuciones de los tribunales, de acuerdo con el artículo 77 y el inciso segundo del artículo

66, ambos de la Constitución Política de la República. Dicha norma fue consultada por el Senado mediante Oficio N° 004/SEC/17, y se recibió respuesta como consta en el Oficio N° 25-2017 de la Corte Suprema.

- - -

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de esta iniciativa de ley, se han tenido en consideración, entre otros, los siguientes:

I. ANTECEDENTES JURÍDICOS

1.- La Constitución Política de la República en sus artículos 1°, 5° y 19 numerales 1°, 3° y 7°.

2.- El Código Procesal Penal.

3.- La ley N° 18.216 de 1983, sobre Penas Sustitutivas.

4.- El decreto ley N° 321 de 1925, sobre Libertad Condicional.

5.- El decreto ley N° 2.859 de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

6.- La ley N° 20.603, que modificó el sistema de medidas alternativas, incorporó el control del condenado mediante un sistema de monitoreo telemático, cuya vigencia fue a partir del 27 de diciembre de 2013.

7.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP.

8.- La Convención Americana de Derechos Humanos, CADH.

9.- La Convención sobre los Derechos del Niño., CDN.

10.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

11. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW.

12.- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem Do Pará.

13.- Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, de 2015, denominadas Reglas Mandela.

14.- Las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, de 2011, conocidas como Reglas de Bangkok.

15.- Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok RB.

II. ANTECEDENTES DE HECHO

La Moción que dio origen al presente proyecto de ley, señala que el encarcelamiento se ha expandido exponencialmente en los últimos años en el país, volviéndose la respuesta privilegiada a los problemas de seguridad pública, particularmente en el caso de las mujeres. En efecto, indica que antes del año 2005 el promedio anual de condenadas a prisión se mantenía relativamente estable en mil trescientas reclusas en promedio anual, situación que con posterioridad a la publicación de la ley N° 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas, aumentó progresivamente hasta llegar a tres mil cuatrocientas en promedio anual. Apunta que, al mes de noviembre de 2016, cuatro mil treinta mujeres se encontraban privadas de libertad, lo que corresponde al 8% de la población penal, de las cuales el 88,5% declaró ser madre, encabezar una familia monoparental y ejercer la jefatura del hogar.

En el país, detalla se estima que uno de cada cien niños, tiene a su padre o madre privados de libertad. En sintonía con lo anterior, indica que Chile es el único país de América Latina que cuenta con un programa de acompañamiento psicosocial para niños y niñas de cero a diecisiete años con padres encarcelados, llamado Programa Abriendo Caminos, que es parte del Subsistema de Seguridad y Oportunidades dependiente del Ministerio de Desarrollo Social.

No obstante, puso de relieve que aún existen múltiples desafíos para garantizar el pleno cumplimiento de sus derechos. Al respecto, cita a Claudia Stella quien ha señalado que los hijos e hijas de hombres y mujeres presos son una “población olvidada”, no sólo por las instituciones educativas, sino también por el medio académico y la sociedad en general. En el mismo sentido, trae a colación el informe elaborado por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 2011, que califica

de lamentable esta ausencia y reclama que deberían destinarse más recursos para la atención de estos niños. De la misma forma, se pronuncia un informe de Naciones Unidas redactado por Jennifer Rosenberg que indica que: “existen grandes lagunas en la investigación de las necesidades de los hijos e hijas de padres encarcelados: no solamente faltan estadísticas sobre el número de niños afectados por el encarcelamiento de su padre, sino que también falta información sobre: cómo mantener una relación sana con su padre en prisión, cuidados paternos positivos por parte de los hombres encarcelados y cómo proporcionar y evaluar programas de fortalecimiento familiar y de apoyo a la niñez dirigidos a este grupo”.

En Chile, da cuenta la Moción, al mes de junio de 2016 existían unos ciento veintidós niños entre cero y dos años que se encontraban viviendo con sus madres en uno de los treinta centros penitenciarios que cuentan con una sección materno-infantil, en las que se implementa el Programa de Atención para mujeres embarazadas y con hijos lactantes (PAMEHL), desde el año 2001. Lamenta que la privación de libertad de la madre, traiga aparejada como consecuencia el abandono de la crianza de los hijos, o una privación de libertad colateral sobre el hijo en el caso de ser menor de dos años. En este punto, observa, se produce una extensión de la condena de la madre hacia el niño que queda sin su madre o con ella, pero al interior de la cárcel.

Hace presente que las recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, señala que “los efectos que el encarcelamiento parental tiene sobre los niños y niñas son muchos y muy variados. Pueden incluir cambios emocionales y de conducta, impactos sobre la salud mental y física, y riesgo de tener resultados de vida más pobres. El estigma y las actitudes de otras personas pueden jugar un papel importante en cómo afecta el encarcelamiento parental a los niños y niñas”.

Luego, da cuenta que la privación de libertad de estos niños durante sus primeros años de vida puede provocarles una mayor probabilidad, a largo plazo, de desadaptación emocional y trastornos de personalidad. Además, repara que se encuentran absolutamente limitados para acceder a una buena nutrición, ya que no se asegura una correcta alimentación a las madres lactantes, que les permita producir leche materna en la cantidad y la calidad esperada, lo que atenta contra su derecho a recibir un alimento adecuado.

De esta manera, apunta, los efectos que el encarcelamiento parental tiene sobre los niños son muy variados y pueden incluir cambios emocionales y de conducta, impactos sobre la salud mental y física, y riesgo de tener resultados de vida más pobres. Asimismo, comenta que el estigma y las actitudes de otras personas hacia ellos pueden jugar un papel importante en cómo les afecta el encarcelamiento parental a estos

niños. Al efecto, resalta que los niños con progenitores encarcelados tienden a vivir en ambientes de alto riesgo y a experimentar una serie de consecuencias derivadas del encarcelamiento parental.

Sobre el impacto de la separación temprana, menciona un informe de la Organización *Quaker United Nations Office* que ha señalado que las niñas y niños experimentan una gran cantidad de problemas psicosociales, tales como: depresión, hiperactividad, comportamiento agresivo o dependiente, retraimiento, regresión, problemas de alimentación, entre otros.

En el ámbito carcelario, las niñas y niños deben enfrentar las mismas dificultades que sus madres en cuanto al aseguramiento de sus derechos en materia de educación, salud y vínculos con el exterior, pero con un mayor grado de vulnerabilidad.

Subraya que la complejidad de esta problemática obliga a la comunidad jurídica en general y a la defensa pública, en particular, a reflexionar sobre los argumentos a desarrollar a favor de la concesión de medidas alternativas a la prisión en el caso de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos de corta edad.

Posteriormente, se refiere al caso de Lorenza Cayuhán, para ejemplificar la realidad que viven cientos de niños y madres en nuestro país, que ante la omisión de reglamentación y de competencias con perspectiva de género en materia penitenciaria, permitió visibilizar parcialmente el caso de esta comunera mapuche que se encontraba cumpliendo condena en el Centro de Detención Preventiva de Arauco, quien denunció haber sido víctima de tratos inhumanos y degradantes durante su embarazo y en el proceso de parto de su hija Sayén Nahuelán Cayuhán.

Al efecto, comenta que el día 13 de octubre de 2016 Lorenza Cayuhán, con treinta y dos semanas de embarazo, fue trasladada de urgencia en un taxi y engrillada al Hospital Regional Guillermo Grant, luego de haber manifestado dolencias y de haber sido ignorada por los funcionarios paramédicos del Centro de Detención. En el hospital, detalla, fue diagnosticada de preeclampsia, un estado que aumenta la presión arterial de la mujer embarazada y puede provocar una hemorragia cerebral en el feto, poniendo en peligro su vida. Por ello, fue trasladada, nuevamente engrillada, hasta el hospital Regional de Concepción, donde se confirmó el diagnóstico y se ordenó una cesárea de urgencia.

Debido a la falta de camas en dicho recinto hospitalario, debió ser trasladada, engrillada, a la Clínica de la Mujer del Sanatorio Alemán de Concepción. En esa clínica, Lorenza parió a su hija Sayén, engrillada de pies y en presencia de funcionarios varones de Gendarmería de Chile, siendo trasladada posteriormente hacia la UCI de

dicha Clínica, sin su hija, ya que Sayén fue enviada a la Clínica de la Mujer para colocarla en una incubadora.

Pone de manifiesto que la situación que sufrió Lorenza con el traumático nacimiento de su hija Sayén no constituye un caso aislado, sino que refleja la realidad que viven miles de mujeres durante sus embarazos, procesos de parto y en los primeros dos años de vida de sus hijos. De este modo, resalta que su caso no sólo puso en evidencia los procedimientos irregulares de Gendarmería de Chile y la falta de criterio de sus funcionarios, sino que también visibilizó el trato indigno e inhumano que reciben las mujeres reclusas durante una etapa propia de su condición biológica, el embarazo y el parto, tratos que trascienden en la vida de sus hijos, principalmente por gestarse, nacer y vivir privados de libertad durante sus primeros años de vida.

Hace presente, que estos hechos no pueden ser admitidos y tolerados en un Estado de Derecho que se caracteriza por el respeto y la promoción de los derechos fundamentales de todas las personas.

Por lo anterior, afirma que la situación que viven las mujeres privadas de libertad que se encuentran embarazadas y encarceladas con sus hijos durante sus primeros años de vida transgrede diversos preceptos del ordenamiento jurídico nacional. En primer lugar, sostiene que los hechos descritos implican una vulneración de las Bases de la Institucionalidad, consagradas en el Capítulo I de la Constitución Política de la República, cuyo artículo primero establece: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, precepto que no se garantiza para los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad, los que no nacen libres, ni iguales en dignidad y derechos, mientras que sus madres tampoco reciben un trato digno ni diferenciado, durante su embarazo y proceso de parto.

Asimismo, da cuenta que viola lo estipulado por el artículo 5° de la Carta Fundamental, que establece como límite al ejercicio de la soberanía el respeto por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que se encuentran garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Al efecto, consigna que nuestro país ha adquirido una serie de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, muchas de las cuales dicen relación con las temáticas que pretende abordar este proyecto de ley, derechos de la niñez y de las mujeres reclusas. En la actualidad, observa, Chile se encuentra incumpliendo los tratados de derechos humanos que versan sobre estos grupos, haciendo caso omiso a diversas recomendaciones de organismos internacionales.

Por otra parte, refiere que la situación que viven estas mujeres y sus hijos infringe la Ley Orgánica Constitucional de

Gendarmería de Chile. En particular, su artículo primero que consagra: “Gendarmería de Chile... tiene por finalidad atender, vigilar, y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad (...)”, y su artículo 15 que establece que el personal “deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de la condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionada (...)”.

A su vez, contraviene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios N° 518, que en su artículo segundo, establece que “(...) el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”. Su artículo sexto prohíbe toda tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

En rigor, concluye que la violación a los mencionados preceptos no es más que el resultado de una construcción androcéntrica y adultocentrista del sistema penal y carcelario chileno, en donde existe un predominio de visiones estrictamente enfocadas en la perspectiva de la seguridad ciudadana, que no logra efectivizar los enfoques de género y de derechos humanos, ni tampoco los derechos de niños, niñas y adolescentes.

En este escenario, menciona un estudio realizado por UNICEF y la Defensoría General de la Nación de Argentina, que señala: “...la cárcel está construida con una concepción androcéntrica; es decir, el sistema penitenciario -sus normas, prácticas, roles y representaciones- se han elaborado por hombres y para hombres. Por ello, no existe una política criminal diferenciada para las mujeres privadas de libertad con el aliciente de que se encubren sus problemas, conflictos y necesidades detrás de una pretendida igualdad”. En efecto, afirma que el alojamiento de una madre en una institución penitenciaria provoca situaciones de mayor angustia que en el hombre, dada la concepción familiar que la rodea, el hecho de ausentarse de su hogar y la especial situación que se genera en torno al cuidado de sus hijos, tanto en la cárcel, como fuera de ésta.

Sumado a lo anterior, pone de relieve que se trata de un escenario con una inexistente fiscalización de la labor penitenciaria y con una regulación fragmentada, sin sistematicidad, ni consideración de poblaciones diversas, como ocurre con la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, que no realiza ninguna distinción o alusión a la situación particular de la mujer privada de libertad; el decreto N° 321 sobre “Libertad Condicional”, no incluye referencias a las particularidades de la privación de libertad de mujeres, y el decreto N° 943, que aprueba el reglamento que establece un estatuto laboral y de formación para el trabajo penitenciario.

Lo anterior resulta relevante, pues en Chile no existe una Ley de Ejecución de las Penas, ni se ha dado un tratamiento orgánico y coherente a la normativa penitenciaria, regulación que ha sido muy criticada por su rango normativo que contradice la reserva legal respecto de aquellas disposiciones que limitan o privan derechos, y por su deficiencia al no contemplar, entre varias otras cosas, una perspectiva de género, ni de resguardo de la identidad étnica.

A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, informa que la situación que hoy viven cientos de mujeres reclusas y sus hijos pequeños, vulnera garantías establecidas en diversos tratados internacionales que han sido suscritos y ratificados por Chile, a saber:

1.- Constituyen una violación a la protección de la maternidad y la infancia establecida por la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25°, y al derecho a nacer libres e iguales en dignidad y derechos e igualdad ante la ley consagrados en los artículos 1°, 2, 3° y 7°.

2.- Contraviene la garantía de respeto a la dignidad de los privados/as de libertad, consagrada en el artículo 10 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las obligaciones jurídicas respecto de niños, niñas y adolescentes, que obligan a establecer medidas especiales de protección a su favor, como se establece en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

3.- Atenta contra el respeto a la dignidad de los privados de libertad, y transgrede el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que a su vez reconoce los derechos del niño respecto de su familia, la sociedad y el Estado.

4.- No da cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres protocolos facultativos, los que en su conjunto establecen que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos. Se refieren específicamente a esta temática los artículos 9° y 20°, el primero hace mención explícita al derecho de los niños para mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres cuando se vean separados, cualquiera sea el motivo, incluido el encarcelamiento de uno de ellos, a menos que ello vaya en detrimento de su interés superior, y el segundo afirma que todo niño que sea separado de sus padres porque han sido privados de libertad tendrá derecho a recibir protección y asistencia especiales del Estado. Agrega que esta Convención establece el interés superior del niño como un principio rector dentro de los ordenamientos jurídicos, lo que implica que tanto jueces como autoridades gubernamentales deberían tenerlo en cuenta de forma primordial al momento de adoptar cualquier decisión.

5.- No sigue las normas establecidas por el Derecho Internacional a modo de reglas mínimas para el tratamiento de mujeres privadas de libertad que se encuentren embarazadas, en período de lactancia o en cuidado de sus hijos menores, como las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Mandela) y las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok), que prohíben el uso de cadenas o grilletes que sean degradantes, en el caso de mujeres que estén por parir.

6.- Se atenta contra el derecho de vivir una vida libre de violencia, que se encuentra garantizado en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem Do Pará.

7.- Por último, los hechos constituyen una vulneración a los compromisos pactados en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer conocida como CEDAW, que confiere derechos a las mujeres frente al Estado, y prohíbe los actos que tengan por finalidad una discriminación.

En seguida, resalta que es de suma relevancia reconocer que el encarcelamiento de las mujeres tiene un impacto diferenciado en éstas y en sus familias, principalmente atendido al rol de cuidado que se les atribuye por su género. Al efecto, indica que además de las múltiples consecuencias negativas que trae aparejada la privación de libertad en general, en el caso de mujeres presas estas afectaciones alcanzan ámbitos o derechos que no se presentan en la población masculina.

En lo medular, pone de relieve que el encarcelamiento de las mujeres provoca el desmoronamiento de un entorno familiar, donde la mujer generalmente es el principal o el único soporte para sus hijos y pareja, un abandono del entorno cercano provocado por el reproche social que es más intenso cuando se trata de mujeres delincuentes, y una serie de efectos colaterales ante la falta de diseño de políticas penitenciarias con perspectiva de género, como falta de atención médica especializada, escaso acceso laboral al momento del egreso, entre otros.

A lo anterior, suma el hecho de que el encarcelamiento de mujeres en Chile ha tenido un crecimiento exponencial en los últimos diez años, debido a la modificación la ley N° 20.000 que supuso un aumento considerable de las penas para el tráfico y el microtráfico de sustancias estupefacientes.

Comenta que existen diversos estudios respecto de las mujeres embarazadas que se encuentran privadas de libertad, que en

términos generales concluyen que la cárcel es un lugar inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y a la atención especializada durante dicho estado, ello en relación con la dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos, lo que se agudiza con la situación de encierro y los niveles de ansiedad, que tienen una directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional de la gestante.

Enfatiza que la privación de libertad no debería intervenir con el proceso natural que significa el embarazo, debiendo otorgarse a las mujeres las mismas garantías que tendrían en el medio libre, para evitar consecuencias negativas posteriores en el desarrollo del niño o niña. A las mujeres se les debieran entregar materiales de información sobre el proceso prenatal, además de proporcionar una dieta adecuada a su situación y una preparación respecto al momento del parto. Lamentablemente, esto no ocurre, ya que no existe un diseño nacional de políticas sobre cuidado de mujeres embarazadas en los recintos penitenciarios, plantea la moción.

En este escenario, expresa que las madres encarceladas se sienten malas madres, ya que creen haber abandonado a sus hijos, sintiendo que su ausencia dañará en forma irreversible su desarrollo. Por ello, considera que la detención de una mujer que es madre inexorablemente implicará un castigo para sus hijos, dado que la relación madre-hijo funciona como una estructura inescindible.

Actualmente en Chile, acota, dentro de la población en el sistema cerrado según cifras de Gendarmería de Chile existen ciento setenta y una embarazadas y madres con hijos menores de dos años, dentro de las treinta secciones materno-infantiles de las unidades penales del país. Estas unidades, en términos generales, si bien presentan mejores condiciones que las de la población común, no están diseñadas para aportar al desarrollo de los niños en los términos propuestos por las Reglas de Bangkok, puesto que los espacios son reducidos; no cuentan con funcionarios capacitados; tampoco con atención médica constante; no se considera el interés superior del niño en la toma de decisiones, y no se priorizan las sentencias alternativas a la prisión. Al efecto, repara que estas mujeres no pueden acceder a la permutación de la pena o a modalidades alternativas al encarcelamiento.

Por otra parte, resalta que el parto de una mujer debe ser un momento íntimo y de cuidado, donde la condición de reclusa no puede ser óbice a un trato digno y respetuoso durante todo el procedimiento. Además, deben respetarse todos los protocolos y medidas de salud, tomando en especial consideración el interés superior del niño, sin que la seguridad o custodia sean justificación para pasarlos por alto. En ese sentido, subraya, nunca deben usarse instrumentos de coerción durante la labor de parto, durante el parto mismo, ni inmediatamente después del parto.

No obstante, repara la ausencia de protocolos de actuación sobre la materia, adecuados a las reglas y estándares internacionales, y la falta de profesionales relacionados con la salud en Gendarmería de Chile constituyen un atentado potencial constante para estas mujeres embarazadas.

En la misma línea, enfatiza que debe permitirse a la madre, de igual manera que si estuviera en el medio libre, el contacto directo con su hijo o hija.

A nivel de experiencia comparada y estándares internacionales en la materia, indica que el principal estándar es resguardar el interés superior del niño, lo que implica considerar como punto primordial que los hijos e hijas de las mujeres privadas de libertad son sujetos de derecho, que la implementación de acciones, leyes o políticas estatales que pudiesen involucrarlos directa o indirectamente no deben afectar sus derechos fundamentales en sentido negativo y que este debe operar como directriz para todas las actuaciones del Estado.

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha recomendado a los Estados Parte que en la aplicación de sus normas sea considerada, garantizada y facilitada la relación directa entre padres y madres privados de libertad y sus hijos. A partir de esto, es que UNICEF con la colaboración del Centro de Estudios Públicos de Política Comparada de la Universidad Diego Portales publica en el año 2014 una revisión sistemática de las intervenciones psicosociales efectivas para niños, niñas y adolescentes hijos de madres y padres privados de libertad.

En este informe, detalla, se presentan las distintas políticas legislativas a nivel comparado sobre cómo se ha efectuado la intervención en la relación de niños y niñas con padres privados de libertad, en el que se muestran cuatro modalidades principalmente: i) unidades madres-bebés; ii) residencias familiares o programas comunitarios; iii) legislaciones y políticas referentes al arresto domiciliario, y iv) políticas de retraso de la pena.

A continuación, explica cada una de estas políticas legislativas:

i) Unidades materno-infantiles: única modalidad existente en Chile. En la revisión hecha por UNICEF se presenta cómo se ha dado en treinta y tres países. El límite de edad en el que un niño puede permanecer en la cárcel fluctúa entre los cero a los seis años. En este punto, expresa, existe una discusión en torno a si es mejor que los niños permanezcan en las cárceles junto a sus madres para no afectar el apego o si es más apropiado que salgan de las cárceles porque ello significa que también se encuentran privados de libertad. En general, se encuentran a cargo del mismo establecimiento penitenciario, como ocurre en Chile.

Respecto de esta modalidad, los estudios recomiendan que los niños y niñas permanezcan bajo el cuidado de sus madres a lo menos hasta los tres años de edad, estando Chile bajo la edad mínima recomendada, porque se les permite permanecer junto a sus madres hasta los dos años.

ii) Residencias familiares: estos programas ofrecen la posibilidad de cumplir la condena dentro de la comunidad, en instalaciones fuera del recinto penitenciario. Se ha desarrollado en países como Alemania, Polonia, Inglaterra, Australia y Estados Unidos. En general, bajo esta modalidad se establecen requisitos en relación a la duración de la condena o la gravedad del crimen, por lo que se excluye a un segmento de la población carcelaria. Normalmente, está asociado a programas de rehabilitación por abuso de sustancias. La edad límite de los niños fluctúa entre cinco a doce años.

iii) Arresto domiciliario: medida implementada en Argentina e Italia que permite cumplir la condena en el hogar junto a la hija o hijo y así evitar la separación traumática. Es una medida difícil implementar, pues en estas experiencias ha quedado a la discrecionalidad del juez su aplicación y, además, no permite el desempeño de actividades laborales. Se establecen requisitos en relación con la gravedad del crimen cometido. La edad límite de los niños es de cinco años en Argentina, y de diez años en Italia.

iv) Políticas de retraso de la pena: esta medida implica aplazar el cumplimiento de la pena para mujeres embarazadas o con hijos pequeños. Se presentan los casos de Italia, Rusia y Kazajistán. En estos últimos, se establece como requisito que la condena no tenga una extensión mayor a cinco años. La edad límite de los niños para recibir el beneficio es de seis y catorce años, respectivamente.

A partir de la exposición de las experiencias comparadas y de las posibles soluciones que se implementan en los distintos países, se concluye que la mejor opción para aplicar en Chile es la suspensión de la pena y la improcedencia de la prisión preventiva para mujeres embarazadas y con hijos e hijas menores de tres años.

Desde una perspectiva de género, comenta que esta solución se hace cargo de la situación irregular sujeta a las arbitrariedades y discreciones del funcionario de turno a la que se enfrentan mujeres y de las falencias de un sistema carcelario androcéntrico. Además, en el marco del interés superior del niño, impide que el niño nazca y viva sus primeros años en un mundo de privación de libertad, evitando de este modo la trascendencia de la pena.

Así, en la línea de las observaciones realizadas por el Consejo de la Asamblea Parlamentaria Europea, por el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez y por *Quaker Council for European Affairs*, entre otros, se recomienda que no se sentencie a prisión a madres con niños dependientes, y que esta sanción debiese ser considerada como último recurso.

En este mismo sentido, el estudio del Centro de Políticas Públicas de la Universidad Católica, ya citado, presenta como propuesta la suspensión de la condena en el acápite referente a “Propuestas de modificación a la legislación penitenciaria, mediante el establecimiento de criterios de género en materia de cumplimiento de penas y beneficios penitenciarios”. Considera que abordar esta propuesta desde una perspectiva de género significa entender una realidad carcelaria, en donde cerca de un 88,5% del total son madres, y en que el régimen de visitas resulta ser vejatorio, incómodo y dificultoso, sumado a que en un 57% de los casos hay ausentismo paterno.

Estima que, de acuerdo a un diagnóstico de la criminalidad femenina, la propuesta de una suspensión del cumplimiento de la condena que no esté sujeta a los requisitos de la ley N° 18.216 es la más indicada para las mujeres se encuentran en una misma situación, por lo que no debiese existir impedimentos en el acceso a la suspensión. En este mismo sentido, se propone la improcedencia de la prisión preventiva para las mujeres que estén embarazadas y que tengan hijos menores de tres años al momento de la solicitud de la medida cautelar.

Desde la perspectiva del interés superior del niño, enfatiza que esta propuesta asegura que los niños no nazcan, ni vivan sus primeros años de vida en un mundo de privación de libertad, lo que evita la trascendencia de la medida o de la pena que le fue aplicada a su progenitora. Como ya se señaló, resulta inconstitucional y va contra toda norma internacional que los niños nazcan privados de libertad, dignidad y de derechos, considerando además que el ambiente carcelario es nocivo para el desarrollo de ellos, tal como se indica en el estudio “El impacto social de la prisión femenina” del Centro de Políticas Públicas UC17”. En seguida menciona algunos efectos nocivos, como el trauma de la separación madre e hijo; el empobrecimiento de los hogares después del encarcelamiento; las dificultades que se presentan en la capacidad parental del cuidador y en el ajuste familiar; estigmatización social, y posibles riesgos en la salud física y psíquica, entre otros.

Además, subraya que esta propuesta sigue las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok, que considera al interés superior del niño como directriz de su regla 64, al establecer:

“Regla 64. Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.”.

De esta forma, destaca que la misma Asamblea General de las Naciones Unidas mediante esta disposición otorga la facultad bajo el enunciado destacado de ponderar el interés superior del niño y de esta forma preferir medidas no privativas de libertad.

Por otro lado, comenta que en sus reglas de aplicación general se señala que:

“Regla 22. La directriz 22 tiene en cuenta el interés superior de los niños, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño y pide a los Estados miembros que eviten el uso del aislamiento sobre ciertas categorías de mujeres presas, a fin de evitar causar complicaciones de salud a aquellas que están embarazadas o de sancionar a sus hijos mediante la separación de sus madres en prisión.”.

De esta manera, resalta que el interés superior del niño se configura como un principio fundamental en nuestro ordenamiento y que debe tener especial atención y preponderancia en este tipo de materias.

Con respecto al articulado del presente proyecto de ley, explica que se propone la creación de una nueva figura dentro del proceso penal, cual es, la suspensión de la condena para el caso de mujeres embarazadas o aquellas que tengan hijos o hijas menores de tres años. Lo anterior, se implementa mediante la incorporación de un 468 bis, nuevo, dentro de las reglas de ejecución de pena. Además, en el caso de que el encierro no provenga de una sentencia condenatoria, sino de una medida cautelar, el proyecto de ley sugiere agregar una causal de improcedencia de la prisión preventiva en el artículo 141 del Código Procesal Penal.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL

Durante la discusión en general del proyecto, concurrieron especialmente invitados a exponer sus puntos de vistas las siguientes entidades y especialistas en la materia, representados de la manera que en cada caso se indica:

- A la Abogada de Corporación Humanas, señora Camila Maturana.
- A la Directora Ejecutiva de la ONG Enmarcha, señora Francisca Hidalgo.
- Al Subdirector Técnico de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Arévalo.
- A la ONG LEASUR: su Directora, señora Sthefanía Walser y a la Voluntaria, señora Paula Altamirano.
- A la Subsecretaria de Derechos Humanos, señora Lorena Recabarren.
- A la Comisión de Infancia y Derechos Humanos de la Asociación Nacional de Magistrados de Chile: al Juez del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, señor Carlos Muñoz Sepúlveda; al Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, señor Pedro Maldonado Escudero, y al Juez de Familia de Buin, señor Rodolfo Medalla.
- A la Fiscalía Nacional: la Directora de la Unidad Especializada de DDHH, Violencia de Género y Delitos Sexuales señora Ymay Ortiz Pulgar y al Abogado Asesor señor Sebastián Cabezas, y
- Al Jefe de la Unidad Jurídica del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señor Rodrigo Bustos.

Al iniciar el estudio del proyecto de ley en informe, en **sesión de 22 de julio de 2019**, la Comisión recibió en audiencia a **la Abogada de Corporación Humanas, señora Camila Maturana**, quien señaló que en Chile la realidad de mujeres embarazadas y madres de hijos menores de edad privadas de libertad que viven en los establecimientos penitenciarios junto a sus hijos, ha sido escasamente considerada por la autoridad hasta que en el mes de octubre de 2016 se produjo el caso de Lorenza Cayuhan Llebul, comunera mapuche embarazada, que encontrándose privada de libertad al momento del parto tuvo a su hija engrillada y en presencia de custodios varones. Este hecho, apuntó, puso de relieve esta grave situación y la interseccionalidad de la discriminación contra las mujeres en el país, como consta en el fallo del recurso de amparo Rol N° 92.795-16 de la Corte Suprema, pero, lamentó que este caso no constituye un hecho aislado.

Informó que la gravedad de lo ocurrido motivó al Honorable Senador señor Navarro a convocar a un grupo de organizaciones de la sociedad civil, tales como Litigación Estructural para América del Sur

LEASUR, ONG ENMARCHA y Corporación Humanas a preparar una propuesta legislativa que abordara la situación que enfrentan mujeres embarazadas y madres de hijos e hijas de corta edad privadas de libertad. Dio cuenta que la moción fue ingresada al Congreso Nacional en enero de 2017, y suscrita por los Honorables Senadores señores Navarro y Quintana.

Detalló que en la fundamentación del proyecto de ley se releva que las mujeres constituyen el 8% de la población penal y que el 88,5% de éstas son madres y en su gran mayoría jefas de hogar. Además, consignó que más de 40.000 niños tienen a su padre o madre privados de libertad, viéndose gravemente afectados sus derechos. Asimismo, indicó que, en el mes de junio de 2016, ciento veintidós niños entre cero a dos años vivían con sus madres en alguno de los treinta establecimientos penitenciarios que cuentan con una sección materno-infantil.

En este contexto, destacó que el proyecto de ley apunta a abordar el impacto diferenciado que tiene la privación de libertad para las mujeres, en especial, para las embarazadas o con hijos dentro de la cárcel, como asimismo las obligaciones y estándares internacionales vigentes en la materia. Asimismo, señaló que busca enfrentar las graves consecuencias que tiene para los niños la privación de libertad en sus primeros años de vida y el conjunto de normas nacionales y obligaciones internacionales que el Estado de Chile mantiene infringidas por la falta de protección a los derechos de estos niños.

Comentó que este proyecto de ley conocido también como “Ley Sayen”, en referencia a la hija de Lorenza Cayuhan, propone modificar el Código Procesal Penal en materia de procedencia de la prisión preventiva y de suspensión de ejecución de la sentencia respecto de mujeres embarazadas o que tengan hijos menores de tres años.

Por una parte, explicó, se modifica el artículo 141 del Código Procesal Penal agregando una nueva causal de improcedencia de la medida cautelar de prisión preventiva respecto de mujeres imputadas embarazadas o madres de hijos menores de tres años. En segundo lugar, apuntó, se propone la suspensión de la ejecución de la sentencia penal para mujeres embarazadas o madres de hijos menores de tres años, a quienes se plantea diferir el cumplimiento de la sentencia hasta que el hijo cumpla tres años, permitiéndose que la suspensión pueda extenderse por tres años más si el niño padece alguna enfermedad grave o discapacidad física o mental. Ello, en conformidad a diversas recomendaciones planteadas por organismos y expertos internacionales y nacionales.

De esta manera, señaló que esta iniciativa se hace cargo de diversos intereses, aportando una mirada de género a la normativa penitenciaria, contribuyendo al interés superior de niños y niñas, así como al

cumplimiento de las obligaciones internacionales que corresponden al Estado de Chile en la materia.

En seguida, se refirió a la realidad de las mujeres privadas de libertad que las mantiene invisibilizadas y desatendidas. Al efecto, comentó que la situación de exclusión y de desprotección de los derechos que enfrentan las personas privadas de libertad se complejiza en el caso de las mujeres producto de la discriminación estructural que las afecta y de la invisibilidad que tradicionalmente se impone a las violaciones a sus derechos humanos. Observó que los sistemas penitenciarios han sido diseñados para hombres, lo que repercute en que no se consideren adecuadamente las características de mayor vulnerabilidad, ni las necesidades específicas de las mujeres al interior del sistema carcelario.

En términos generales, reseñó que estos sistemas reproducen los estereotipos de género tradicionales tanto en lo referido a la mayor trasgresión que supone la comisión de delitos por parte de mujeres y la consiguiente necesidad de control, como en lo referido a los roles socialmente asignados a hombres y a mujeres en el espacio público y privado y en el estigma por su incumplimiento.

De esta manera, consideró que las mujeres infractoras de ley han desafiado el mandato cultural de sumisión y de pasividad que se atribuye a las mujeres, sobrepasando el límite que la cultura impone a la feminidad y pesa sobre ellas el estigma de “mujeres malas”. Además, acotó, dada la estructura político-social imperante, el encierro supone para las mujeres consecuencias particulares, en cuanto a la mayor responsabilidad que la sociedad les asigna en el cuidado de hijos. A ello, se suma el impacto que supone para los niños que su madre esté privada de libertad, así como la responsabilidad que a las propias mujeres cabe en este impacto.

Puso de relieve que la infracción de la ley penal y el consecuente encierro de las mujeres, frecuentemente en lugares alejados de su domicilio habitual, es entendido como un incumplimiento de su rol materno y de cuidado. De ahí, comentó que sobre estas mujeres recae, adicionalmente, el estigma de mala madre. Agregó, la imposibilidad de cuidar a sus hijos las obliga a dejarlos a cargo de otros familiares y en ciertas ocasiones a tener que institucionalizados. Esto, expresó, genera en las mujeres privadas de libertad sentimientos de culpa, los que son reforzados por las instituciones y muchas veces también por las propias familias.

Dio cuenta que en la primera administración del Gobierno del Presidente de la República, señor Sebastián Piñera, se formó una Mesa de Trabajo sobre Políticas Penitenciarias con Enfoque de Género, instancia que constató que la prisión para la mujer es un espacio discriminatorio y opresivo, particularmente por el significado que asume el

encierro para ellas, ya que para la interna esta experiencia es doblemente estigmatizadora y dolorosa dado el rol que la sociedad le ha asignado.

Por otra parte, señaló que las condiciones de hacinamiento, deficiente infraestructura, deplorables condiciones de higiene y seguridad, insuficiente atención médica, inadecuada alimentación, separación de sus familias y parejas, escasa educación y capacitación laboral, ínfimas posibilidades de trabajo y reinserción, entre otras, impactan de manera diferenciada a las mujeres.

Tradicionalmente, observó que las cárceles han sido entendidas como lugares para hombres, y que este aspecto ha sido abordado desde una neutralidad de género, lo que impide que las cárceles tengan las condiciones necesarias para atender a las mujeres, por lo que sólo de manera parcial y deficiente se les ha prestado atención para sus embarazos, parto y lactancia, así como para el cuidado de sus hijos lactantes. No obstante, reparó que estas respuestas no garantizan los derechos de las mujeres y de sus hijos.

En Chile, detalló que, al 31 de diciembre de 2018, se contabilizaban 42.579 personas privadas de libertad, de las cuales 39.097 hombres 91,6% y 3.482 mujeres 8,4%. Complementó que las regiones con mayor presencia de mujeres recluidas son: la Metropolitana 36,8%, Tarapacá 13,1% y Valparaíso 10,6%. Además, señaló que el 16,5% de las mujeres privadas de libertad son extranjeras, constituyendo una población en extremo vulnerable, y manifestó especial preocupación por la alta proporción de mujeres en prisión preventiva. En efecto, de un total de 3.482 mujeres privadas de libertad, el 57,3% se encuentra cumpliendo una condena 1.995 y el 42,7% cumple una medida cautelar de prisión preventiva 1.487.

En general, puso de relieve que del total de las mujeres privadas de libertad el 44,8% presenta bajo compromiso delictual, el 43,9% medio compromiso delictual y sólo el 10,2% un alto compromiso delictual. A su vez, dijo que el 53,8% de las mujeres privadas de libertad lo está por delitos de drogas; el 23,8% por robos, y un 4,9% por homicidios. De ello, resaltó la necesidad de dar una atención especial a las mujeres encarceladas por infracciones a la ley N° 20.000, que en su gran mayoría han cometido delitos no violentos y de bajo impacto, siendo sometidas a las condiciones legales más estrictas para acceder a beneficios.

Por otra parte, se refirió a su bajo nivel de escolaridad, a saber: el 23,1% reporta educación básica incompleta; el 42,2% educación básica completa, y el 27,7% educación media completa. Adicionalmente, dio cuenta que, al momento de ingresar a prisión, el 49,7% de las mujeres no tenía un oficio, ni una actividad laboral; el 40,6% desempeñaba un oficio no calificado; el 6,5% realizaba un oficio calificado, y sólo el 2,9% declaró tener la calidad de técnico o profesional.

Luego, informó que al mes de junio de 2018 existían noventa y cuatro mujeres, a nivel nacional, usuarias del Programa Creciendo Juntos, que se encontraban cumpliendo condena embarazadas o residiendo con sus hijos lactantes menores de dos años en las unidades materno infantiles al interior de los recintos carcelarios. De ellas, consignó el 73,4% vivía con su hijo en un centro penitenciario, mientras que el 26,6% estaba embarazada.

Comentó que el 55,3% de las usuarias del Programa Creciendo Juntos tiene menos de veinticinco años, aunque reconoció que esta información es parcial por cuanto no comprende a las mujeres en prisión preventiva embarazadas o con hijos lactantes, en circunstancias que, del total de mujeres privadas de libertad como se ha observado, más del 40% lo está en prisión preventiva.

Señaló que de acuerdo a la información entregada por Gendarmería de Chile en el mes de enero de 2019 existían ciento doce niños de entre cero a dos años que residían en las unidades materno infantiles. De ellos, acotó, el 56,5%, sesenta y nueve niños, sus madres cumplen condena, mientras que el 43,4%, cincuenta y tres niños residen en dichas unidades porque su madre se encuentra sujeta a la medida cautelar de prisión preventiva. Complementó que el 39,3%, cuarenta y ocho niños lo está porque su madre cometió una infracción a la ley de drogas.

En cuanto a los derechos humanos de las mujeres privadas de libertad, expresó que, de acuerdo a la Constitución Política de la República, las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que los órganos del Estado se encuentran obligados a respetar y a promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Carta Fundamental y por los tratados internacionales vigentes en el país.

Además, indicó que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en su artículo VII que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”. En la misma línea, mencionó al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto”, y a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que impone a los Estados Parte la obligación de garantizar “a la mujer, servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto [...] y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y lactancia.”.

Al respecto, informó que el Comité de Derechos Humanos que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado: “Las mujeres embarazadas que estén

privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención médica y de salud ofrecen a esas madres y a sus hijos”.

En tanto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en el año 1955, disponen “23. 1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento. 2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.”

Comentó que las citadas Reglas fueron actualizadas en el 2015, adoptándose las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, denominadas Reglas Nelson de Mandela, que establece lo siguiente en la Regla 28:

“En los establecimientos penitenciarios para mujeres habrá instalaciones especiales para el cuidado y tratamiento de las reclusas durante su embarazo, así como durante el parto e inmediatamente después. En la medida de lo posible, se procurará que el parto tenga lugar en un hospital civil. Si el niño nace en prisión, no se hará constar ese hecho en su partida de nacimiento.”.

Por su parte, la Regla 29 establece:

“1. Toda decisión de permitir que un niño permanezca con su madre o padre en el establecimiento penitenciario se basará en el interés superior del niño. Cuando los niños puedan permanecer con su madre o padre, se tomarán disposiciones para:

a) Facilitar servicios internos o externos de guardería, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por su madre o padre;

b) Proporcionar servicios de atención sanitaria especiales para niños, incluidos servicios de reconocimiento médico inicial en el momento del ingreso y servicios de seguimiento constante de su desarrollo a cargo de especialistas.

2. Los niños que vivan en el establecimiento penitenciario con su madre o padre nunca serán tratados como reclusos.”

Asimismo, trajo a colación las Reglas de Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de Libertad para las Mujeres Delincuentes, también llamadas Reglas de Bangkok, adoptadas en el 2011, que contemplan normas específicas respecto de las reclusas embarazadas, lactantes e hijos en la cárcel. En particular, mencionó las Reglas 22, 23, 24, 48, 49, 50, 51, 52, 57 y 64.

A su vez, hizo presente el informe presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas que realizó el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Discriminación contra la Mujer durante su primera visita a Chile en el mes septiembre de 2014, mediante el cual recomienda evitar el uso intensivo de la cárcel para las mujeres, en particular, para las embarazadas o con hijos menores, privilegiando las medidas en libertad y el monitoreo electrónico, y se alientan leyes destinadas a conmutar penas a las mujeres que se encuentran reclusas.

Asimismo, indicó que el Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas, tras su visita a Chile en el 2016, manifestó preocupación por las mujeres privadas de libertad por las consecuencias de la detención preventiva que las pudieren afectar de manera desproporcionada, ya que genera un grave impacto psicológico en las madres con hijos a su cargo, en particular si son las únicas que los sostienen.

Además, se refirió a las difíciles condiciones materiales de los tres centros que visitó el Subcomité, a saber: San Miguel, Quillota y Antofagasta, en los que constató el grave impacto en el bienestar físico de las mujeres. A modo de ejemplo, observan que no tienen un adecuado acceso a las instalaciones sanitarias, y que debían usar cubos plásticos en las horas de encierro. Al mismo tiempo, hizo presente que se constata un patrón de discriminación, ya que las mujeres en comparación con los hombres recibían menos visitas conyugales y tenían un acceso reducido a talleres profesionales y a actividades de recreación o ejercicio físico. Por ello, se recomendó al Estado incluir el enfoque de género de manera transversal en su política penitenciaria y de reinserción.

En tanto, apuntó que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que examinó el cumplimiento de la Convención por el Estado de Chile en febrero de 2018, mostró preocupación por el elevado número de mujeres en prisión preventiva por la Ley de Drogas, teniendo en cuenta que muchas de ellas son el sostén de sus familias. También, le preocupó que estas mujeres tengan un acceso limitado a una atención médica adecuada por la escasez general de personal

profesional y por la ausencia de personal médico durante la noche y los fines de semana en los centros de reclusión.

Finalmente, consignó que el Comité observó los numerosos riesgos que afrontan las mujeres embarazadas en los centros de reclusión, debido a la falta de acceso a la atención obstétrica y ginecológica. Por lo anterior, dio cuenta que el Comité valoró esta iniciativa legal, así como sugirió la revisión de otras medidas que puedan contribuir a la incorporación de la perspectiva de género en la normativa penitenciaria y garantizar el interés superior de los niños.

A continuación, la Comisión recibió en audiencia a **la Directora Ejecutiva de la ONG Enmarcha, señora Francisca Hidalgo**, quien recordó que el presente proyecto de ley fue presentado el 4 de enero de 2017, y que cuenta con el apoyo de Corporación Humanas y de las organizaciones no gubernamentales Enmarcha y LEASUR.

En seguida, resaltó que de acuerdo a la Constitución Política de la República las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, máxima que no se condice con los ciento veinte niños menores de dos años que están privados de libertad sin haber cometido ningún delito. Por eso, se preguntó, la cárcel es el mejor lugar para que crezca y se desarrolle un niño. Al respecto, se respondió, sin duda que no es el lugar idóneo para el desarrollo de un menor, lo que también concluyó el señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos, señor Hernán Larraín el pasado 23 de mayo, quien dijo “Hijos e hijas de mujeres privadas de libertad sufren lo mismo que sus madres, están al final del día presos y eso nos parece una realidad inaceptable”.

En sintonía con lo anterior, hizo notar a Sus Señorías que las secciones materno infantiles no disponen de condiciones de infraestructura para recibir a niños y que éstos son sometidos al mismo régimen carcelario que sus madres; sólo en ocho centros penales las salas cunas se encuentran dentro de los mismos; los niños deben salir a los dos años de edad, cuando recién terminan el proceso de lactancia recomendado por la Organización Mundial de la Salud; no existe una agencia de protección de los derechos de la niñez responsable del espacio, no es el giro de gendarmería atender a estos niños, y no hay espacio para la paternidad.

Por otro lado, dio cuenta que en los recintos penitenciarios también existen niños trasnacionales, con madres extranjeras que nacen en territorio chileno, los que no tienen arraigo territorial y tampoco redes familiares, por lo que en sus casos el encarcelamiento es aún mayor. Al efecto, detalló que en el mes de noviembre de 2018 existían veinticinco mujeres en la Sección Materno Infantil del centro de detención de Iquique, de

las cuales once estaban embarazadas y catorce en compañía de un menor de dos años. De éstas, acotó, el 64% eran extranjeras.

Enfatizó que estos niños son inocentes y como tal ninguna pena les puede afectar.

En materia de experiencia internacional, citó los casos de Italia, Rusia y Argentina, cuyas legislaciones contemplan la suspensión de la condena privativa de libertad respecto de las mujeres que estén embarazadas o que sean madres de hijos menores. En el caso de Italia, apuntó, la suspensión llega hasta los seis años; en Rusia, hasta los catorce años, y en Argentina hasta los cuatro años.

En Costa Rica, informó, existe una proporcionalidad de las penas con un enfoque de género. En efecto, se puede reducir la condena o la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento cuando la mujer vive en condición de pobreza; es jefa de hogar en condiciones de vulnerabilidad; tiene bajo su cargo a personas menores de edad, adultas mayores o con cualquier tipo de discapacidad, o es una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

Hizo presente que, para un sector de la población, un proyecto de ley de esta naturaleza genera una serie de prejuicios tales como: que se aumentará la natalidad y se incrementarán los delincuentes. Al respecto, trajo a colación una investigación realizada el año 2015 en Estados Unidos, que concluyó que resulta imposible aislar los factores de riesgo para demostrar en qué medida el encarcelamiento paterno puede gatillar una conducta antisocial en sus hijos, y que es la pobreza, la exclusión, la falta de educación y trabajo de calidad, la marginalidad, la falta de oportunidades, entre otros factores sociales, los que exponen a niños a caer en conductas de riesgo. Con todo, resaltó que las conductas delictivas derivan de un problema social y no genético.

Otros, consignó, señalaron que este proyecto de ley incentivaría a que las reclusas se embaracen para salir libres y que, de esta manera, la iniciativa sería un pase para salir de la cárcel gratis. Al respecto, aclaró que esta iniciativa señala que las mujeres embarazadas o con hijos hasta tres años no cumplirán su sentencia en un centro penal, ya que las cárceles no son espacios para garantizar que los niños se desarrollen plenamente en sus primeros años de vida. Enfatizó que jamás se ha hablado de perdonazo, ya que la propuesta establece otras formas de cumplir la pena, distinta a la privación de libertad, en beneficio de los niños para que puedan crecer al cuidado de su familia y desarrollarse en un espacio libre.

Otros, señalaron que este tipo de medidas pretende dejar libres a mujeres que son una lacra para la sociedad. Al

respecto, comentó que un estudio realizado por Gendarmería de Chile en noviembre de 2015, estableció que el 59% de las mujeres privadas de libertad en Chile tienen entre dieciocho y treinta y cinco años; que el 89% es madre, encabezan familias monoparentales y ejercen la jefatura de hogar; que tres de cada cuatro mujeres no han completado su educación formal, y que el 8% no sabe leer ni escribir. Por lo anterior, expresó que deben desarrollar actividades laborales precarias y mal remuneradas, viven en condiciones de pobreza y han sido víctimas de violencia desde edades tempranas. Estas cifras, destacó, pueden ayudar a comprender quienes son la mayoría de las mujeres encarceladas en nuestro país y resaltó que la cárcel no es la solución.

También se ha dicho que las mujeres deberían haber pensado en sus hijos antes de cometer un delito y ahora quieren un beneficio por ellos. Al respecto, señaló que los delitos que cometen las mujeres, en su mayoría, buscan suplir necesidades de subsistencias económicas para facilitar el cuidado de sus dependientes. En general, dio cuenta que las madres declaran que sus hijos e hijas son lo más importante, que piensan siempre en ellos y en las opciones que tienen para cuidarlos y darles de comer. Pidió a Sus Señorías no juzgar a la maternidad, sino analizar las oportunidades que están dando a las mujeres que viven en condiciones de pobreza y exclusión.

En rigor, sostuvo que la Ley Sayén no busca ser un beneficio para las mujeres, sino una fórmula para garantizar el reconocimiento del derecho fundamental de los niños y niñas de nacer libres, en igualdad de condiciones y derechos.

Al finalizar, reiteró que el proyecto de ley propone modificar el Código Procesal Penal estableciendo la suspensión de la ejecución de la sentencia penal y la improcedencia de la prisión preventiva respecto de mujeres embarazadas de aquellas que tengan hijos o hijas menores de tres años, respectivamente, pudiendo extenderse hasta por tres años más cuando el hijo o hija padeciese alguna enfermedad grave o discapacidad física o mental.

En **sesión de 24 de julio de 2019**, la Comisión recibió al **Subdirector Técnico de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Arévalo**, quien señaló que en los últimos años se han producido varios cambios culturales dentro de Gendarmería de Chile, que se reflejan en la modificación de los reglamentos penitenciarios que hoy están listos para su promulgación.

En cuanto a las mujeres privadas de libertad, indicó que del total 44.189 personas reclusas, 3.751 son mujeres, es decir, un 8,5% del total, mientras que los hombres llegan a 40.438, lo que significa un 91,5%.

Luego, dio a conocer la distribución de la población de mujeres según su calidad procesal. Al efecto, expresó que, de un total de 3.751 mujeres, 2.072 están condenadas y 1.679 en prisión preventiva. Agregó que las regiones con mayor presencia de mujeres reclusas sin condena son Tarapacá con un 67%; Metropolitana con un 50,3%, y O'Higgins con un 45,6%. A su vez, informó que un 17,9% de la población penal de mujeres es de origen extranjero, versus la población penal de hombres que es de 6,9%. Asimismo, comentó que la mayor concentración de mujeres según su edad se encuentra en el tramo de veinticinco a veintinueve años con 757 internas, y representan un 20,2%.

De acuerdo a su compromiso delictual, consignó que el 45,8% es bajo; el 42,6% medio, y el 9,1% tiene un alto compromiso delictual. Sobre este punto, resaltó que el 52,2% está por infracción a la Ley de Drogas; un 23% por robos, y un 5% por homicidios.

Con respecto al nivel de escolaridad declarada al momento del ingreso, apuntó que un 66% señaló haber terminado su educación media; un 33,8% su educación media completa o superior, y un 0,2% no indica.

Según su actividad laboral, comentó que la mayor concentración se encuentra en las que declaran no poseer oficio ni actividad laboral, grupo que representa un 49,5% del total de mujeres reclusas, y sólo un 10,2% señaló poseer un oficio calificado o ser técnico profesional.

En relación con las visitas recibidas, informó que de la totalidad de las mujeres reclusas un 88% recibió visita, mientras que los hombres reclusos un 89,6% fue visitado. Observó, que en el caso de las mujeres la mayoría fue visitada por otras mujeres, como su madre o hermanas y en el de los hombres éstos fueron visitados por toda su familia, incluidas sus cónyuges y parejas.

En seguida, se refirió a la participación de las mujeres privadas de libertad en los programas de reinserción social. Al respecto, señaló que estos programas son una manera especializada de intervenir a un porcentaje de la población penal condenada, en áreas del tipo psicosocial, laboral, deporte, recreación, arte y cultura. En el año 2018, participaron 1.156 mujeres, de las cuales unas 994 presentaron un riesgo de reincidencia delictual. A su vez, un 78% mostró un nivel delictual medio alto y un 11% uno muy alto. Además, indicó que se dispusieron 910 planes de intervención individual orientados a las variables criminógenas para la disminución de la reincidencia delictual.

A continuación, detalló los programas que imparte Gendarmería de Chile a las mujeres privadas de libertad, a saber:

1.- Programa Centros de Educación y Trabajo, que entrega un aprendizaje técnico de oficios y el desarrollo de hábitos sociales y laborales. Detalló que participaron en promedio unas cien mujeres, lo que representó un 57,5% de las plazas asignadas.

2.- Programa de nivelación educacional, que corresponde al sistema de enseñanza de adultos para quienes cumplen condena. Participaron 1.473 mujeres, de las cuales el 87,3% concluyó el año escolar.

3.- Programa Creciendo Juntos, que resguarda a los niños que permanecen con sus madres en reclusión hasta los dos años de edad, y que también coordina las visitas de sus hijos hasta los doce años de edad. Se atendieron a 478 mujeres, de las cuales 281 tenían hijos lactantes; 193 estaban embarazadas, y 4 estaban embarazadas con hijos lactantes. En el caso de las visitas de los hijos hasta doce años de edad, comentó que 259 mujeres finalizaron los talleres de parentalidad.

4.- Programa de capacitación laboral, expresó que en los cursos de aprendizaje técnico de oficios y desarrollo de hábitos sociales y laborales participaron 421 mujeres en veintisiete establecimientos penitenciarios.

5.- Programa de trabajo penitenciario, que busca incrementar las competencias de las personas para integrarlas a la vida en comunidad. Participaron 1.919 mujeres en cuarenta y dos establecimientos penitenciarios.

Finalmente, informó que cuentan con centro tratamiento de adicciones, que brinda una intervención especializada por consumo problemático de alcohol y de drogas en las catorce unidades penales del sistema cerrado. Acotó que existen cuatro centros exclusivamente para mujeres, y que en el 2018 se dispuso de cien plazas de atención para mujeres en alto umbral e informó que 168 mujeres fueron atendidas en intervención de bajo umbral.

A continuación, la Comisión recibió a la **Directora de la ONG LEASUR, señora Sthefanía Walser**, quien comentó que desde el año 2014 realizan un trabajo territorial en que analizan la situación de los niños que viven con sus madres en las cárceles. Al respecto, señaló que actualmente en los recintos penitenciarios existen setenta y tres mujeres embarazadas y ciento dieciocho niños reclusos con sus madres. Observó que, en general, esta población tiene problemas de acceso a la salud; malas condiciones materiales; vulneración de sus derechos, y efectos negativos generados por la separación de sus hijos.

A su vez, relevó las tasas de reincidencia de las mujeres, lo que refleja la falta de eficacia de la privación de libertad como respuesta a la seguridad pública. Al efecto, consideró que no basta con endurecer las penas y aumentar las cárceles, ya que ello no bajará los índices de la delincuencia, ni de la reincidencia.

Puso de relieve que la criminalidad femenina aumentó con la nueva Ley de Drogas, que ataca al micro traficante. En el caso de las mujeres, en su condición de jefas de hogar, varias veces recurren a este tipo de actividades ilícitas para solventar los gastos de sus familias. Además, hizo notar el bajo nivel de escolaridad que presentan las mujeres condenadas, los altos índices de cesantía que las afecta, el consumo de drogas y el contexto de violencia y maltrato en el que viven. Al efecto, resaltó que se trata de un ambiente en que prima la pobreza y la falta de inclusión social.

En términos generales, comentó que este proyecto de ley busca mejorar las tasas de reinserción; disminuir la percepción de inseguridad de la sociedad; incluir el enfoque de género en las cárceles, y evitar el abandono del grupo familiar. Resaltó que también busca evitar que se repitan los casos de las señoras Lorenza Cayuhan y Jennyfer Quintana

En seguida, intervino la **Voluntaria de la ONG LEASUR, señora Paula Altamirano**, quien puso de relieve que las mujeres imputadas o condenadas embarazadas o con hijos lactantes sufren problemas de encierro, mala alimentación y de acceso a la salud. Lamentó que el Programa Creciendo Juntos sólo se enfoque en coordinar las atenciones de salud y no en las prestaciones, además reparó que los lactantes que residen en las cárceles no pueden usar la enfermería de estos recintos, porque sólo están destinadas para las internas.

En caso de emergencia, dio cuenta que de acuerdo al Oficio N° 187 del Director de Administración y Finanzas de Gendarmería de Chile los niños deben recurrir al CEFAM o al centro de salud más cercano, debiendo llevarlo un funcionario de Gendarmería o su familia.

Apuntó que todos estos aspectos han sido tratados en el estudio de la Universidad Diego Portales titulado “Diagnóstico de las necesidades de los grupos vulnerables de San Joaquín” de 2010.

En este escenario, comentó que el presente proyecto de ley consta de un artículo único que introduce dos modificaciones al Código Procesal Penal, a saber:

1.- En el artículo 141, que establece los casos en que no se podrá ordenar la prisión preventiva. Esta iniciativa legal propone

incluir una nueva causal en favor de la imputada que se encontrare embarazada o que tenga un hijo o hija menor de tres años de edad.

2.- Agrega un artículo 468 bis, nuevo, en el párrafo de ejecución de las sentencias, que permite al juez suspender la ejecución de la sentencia, con sujeción a la autoridad y con abono del tiempo transcurrido, cuando se tratare de una mujer embarazada o madre de un hijo o hija menor de tres años al momento de la sentencia condenatoria. En este caso, acotó, su cumplimiento se diferirá hasta que el hijo cumpla tres años de edad. Agregó que tratándose de mujeres que durante la ejecución de su condena quedaren embarazadas se les permitirá cumplir la sentencia cuando su hijo o hija cumpla tres años de edad.

Con todo, refirió que en ambos casos se podrá extender la suspensión de la pena hasta por tres años más cuando el hijo o hija padezca alguna enfermedad grave o discapacidad física o mental.

Luego, explicó que el proyecto de ley optó por la suspensión de la pena, en sintonía con las recomendaciones internacionales. Consideró que se trata de una solución más integral, eficiente y eficaz, que recoge el interés superior del niño y la perspectiva de género en la política penitenciaria. Ello, en el contexto de que las personas condenadas por la Ley de Drogas o por delitos contra la propiedad no pueden acceder a los beneficios que consagra la ley N° 18.216, lo que generó que esta iniciativa proponga modificar el Código Procesal Penal y así establecer una medida de carácter más general.

Posteriormente, la **Directora de la ONG LEASUR, señora Sthefanía Walser**, resaltó que este proyecto de ley aborda la problemática de los niños que son víctimas invisibles de los delitos cometidos por sus madres y como tal no pueden pagar por los delitos que ellas cometan. Sobre este punto, recordó el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que las personas nacen libre e iguales en dignidad y derechos, así como las Reglas de Bangkok que en su Regla N° 64 dispone que el Estado debe buscar otras vías de cumplimiento de la condena en el caso de mujeres con hijos menores de tres años.

En seguida, la **Honorable Senadora señora Van Rysselberghe** consultó al representante de Gendarmería de Chile por las medidas que se adoptarían para evitar la fuga que se podría producir en las mujeres beneficiadas con el presente proyecto de ley.

El **Subdirector Técnico de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Arévalo**, respondió que existen distintas maneras para evitar la fuga de los reos y que las mujeres embarazadas cumplan con su condena. En particular, mencionó al control telemático, que debe ser decretado por un juez. Hoy, existen 5.450 personas sujetas a control

telemático. Con todo, resaltó que la privación de libertad debe ser considerada como *última ratio*, y como tal apoyó buscar alguna medida más eficiente para que la mujer lactante o embarazada cumpla su condena.

El Honorable Senador señor Latorre consultó al representante de Gendarmería de Chile por las condiciones de hacinamiento de las cárceles de mujeres, y a la Directora de ONG LEASUR su opinión respecto a la inexistencia de tribunales de ejecución de penas y sobre la forma en que operará la suspensión del cumplimiento de la condena.

El Subdirector Técnico de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Arévalo, informó que en todos los recintos carcelarios el hacinamiento llega a un 105%, pero que en el caso de las cárceles de mujeres esta cifra baja a un 74%.

A modo de ejemplo, indicó que en la Región del Ñuble la capacidad de la cárcel de mujeres es para treinta y ocho internas, sin embargo, existen sesenta reclusas, lo que implica casi duplicar la capacidad del recinto.

En el caso de San Joaquín en el año 2010 había 2.300 condenadas e imputadas. Hoy, esta cifra llega a 600 imputadas. Informó que después del incendio de la cárcel de San Miguel se ordenó la separación de las imputadas de las condenadas. Al efecto, dio cuenta que la cárcel de San Joaquín quedó sólo para imputadas y la de San Miguel para las condenadas.

A continuación, **el Honorable Senador señor Navarro** señaló que el tema de fondo de este proyecto de ley dice relación con el hecho de que los niños no pueden pagar por los errores que cometen sus padres. Reconoció que después del caso de la señora Lorenza Cayuhan Gendarmería de Chile adoptó una serie de medidas, pero que en su opinión no son suficientes.

Hizo presente que es un error aumentar las penas con la finalidad de disminuir los delitos cometidos en el país y consideró que este argumento ha provocado, en parte, el hacinamiento de las cárceles.

Luego, preguntó al representante de Gendarmería de Chile cuánto le cuesta al Estado la mantención de una persona privada de libertad.

Además, puso de relieve que, al menos, el 55% de los condenados e imputados pasaron por algún centro de SENAME y estimó que es altamente probable que estos niños previamente hayan estado encarcelados junto a sus madres.

Por ello, resaltó la necesidad de potenciar los programas de rehabilitación y de reinserción, y no optar por una sociedad castigadora.

El Subdirector Técnico de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Arévalo, informó que el costo para el Estado de un interno asciende a \$700.000 mensuales si se trata de una cárcel pública y de \$692.000 en un recinto concesionado. Expresó que no es posible seguir llenando las cárceles de internos y, en este sentido, se allanó a implementar un sistema alternativo de cumplimiento de condenas. Hoy, detalló, existen 44.000 personas privadas de libertad y 62.000 que cumplen penas sustitutivas. Reconoció que dentro de los condenados existe un alto porcentaje de personas que durante su niñez pasaron por algún centro de SENAME, pero indicó que no tiene antecedentes si estos reclusos residieron en una cárcel durante su primera infancia junto a sus madres.

El Honorable Senador señor Kast planteó a Sus Señorías vincular este proyecto de ley con el conjunto de medidas que se están adoptando en materia de infancia producto de los acuerdos de la Mesa de la Infancia que ha convocado el señor Ministro de Justicia y Derechos Humanos, para que las madres y niños tengan, efectivamente, acceso a un programa de acompañamiento, especialmente, por el entorno de vulnerabilidad en que viven. Por ello, planteó invitar a la señora Directora Nacional de SENAME y a la señora Subsecretaria de la Niñez.

La Directora de la ONG LEASUR, señora Sthefanía Walser, advirtió que este proyecto de ley también implica acompañar a las madres condenadas e imputadas para trabajar en su reinserción social.

El Honorable Senador señor Navarro consultó cuál es la cárcel que tiene más niños en su interior.

El Subdirector Técnico de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Arévalo, respondió que la cárcel de San Joaquín es la que tiene mayor número de niños, y que hoy esta cifra llega a ocho menores.

Por su parte, **la Honorable Senador señor Van Rysselberghe** preguntó por el número de mujeres que están sujetas a una medida alternativa de la ley N° 18.216.

El Subdirector Técnico de Gendarmería de Chile, señor Alejandro Arévalo, informó que 8.500 mujeres, aproximadamente, están sujetas a algunas de las medidas de la ley N° 18.216. Con todo, resaltó que las condenadas por infracción a la Ley de

Drogas o por delitos contra la propiedad no pueden acceder a estos beneficios.

En **sesión de 5 de agosto de 2019**, la Comisión recibió a la **Subsecretaría de Derechos Humanos, señora Lorena Recabarren**, quien señaló que la Subsecretaría de Derechos Humanos tiene por mandato la promoción y la protección de los derechos humanos, coordinando a los distintos organismos públicos en la elaboración de políticas públicas, planes y adecuaciones normativas con enfoque de derechos humanos. En particular, apuntó, una de las funciones de la Subsecretaría de Derechos Humanos es asistir al Ministro de Justicia y Derechos Humanos en el estudio crítico del derecho interno, con la finalidad de proponer al Presidente de la República las reformas pertinentes para adecuar su contenido a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En cumplimiento de este mandato, indicó, le corresponde dar cuenta de los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la situación de los niños y niñas que conviven con sus madres al interior de los centros penitenciarios y de la mujer embarazada privada de libertad. Al efecto, comentó que el derecho internacional de los derechos humanos establece como estándar transversal el respeto de la dignidad inherente al ser humano de toda persona privada de libertad, tal como se consagra en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el estándar transversal del interés superior del niño, como consideración primordial en todas las medidas concernientes a ellos. En esta misma línea, indicó que se ha establecido que los niños tienen derecho a las medidas de protección que requieran de su familia, de la sociedad y del Estado.

A su vez, reseñó que la Convención de Belém do Pará mandata expresamente a los Estados a tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad de la mujer embarazada y de la mujer privada de libertad.

Además, detalló que existen otros instrumentos internacionales que orientan a los Estados en el cumplimiento de las políticas penitenciarias, tales como: las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, llamadas Reglas Mandela, adoptadas por las Naciones Unidas en el año 1955, las que fueron revisadas y aprobadas el año 2015 por la Asamblea General de Naciones Unidas, y las Reglas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no privativas de la libertad para las Mujeres Delincuentes, denominadas Reglas de Bangkok, adoptadas por las Naciones Unidas el año 2011.

En este contexto, destacó que la prioridad de esta Subsecretaría es garantizar los derechos de los niños que residen en los establecimientos penitenciarios y de la mujer embarazada, en cumplimiento de lo establecido por los instrumentos internacionales de los derechos humanos antes mencionados.

Por lo anterior, señaló que el Gobierno formó una Mesa Interinstitucional en el mes junio de este año, con amplia participación de los organismos públicos y de las organizaciones de la sociedad civil, para estudiar la situación de los niños que conviven con sus madres en los establecimientos penitenciarios y de la mujer embarazada privada de libertad. Apuntó que el trabajo de esta mesa consta de dos grandes etapas, a saber: la primera, busca identificar los nudos críticos y, la segunda, la proposición de medidas administrativas y legislativas concretas a corto, mediano y largo plazo que den respuesta a los nudos críticos identificados, a fin de resguardar efectivamente los derechos de los niños y de la mujer embarazada. Todo, acotó, será registrado en un informe final que será presentado y entregado como resultado de la mesa.

En la actualidad, informó que la primera etapa de la mesa se encuentra finalizada, encontrándose a la espera de las observaciones sobre los nudos críticos para dar inicio a la segunda etapa de este trabajo. Resaltó el interés que han manifestado los participantes, la disposición para discutir y para llegar a acuerdos, así como el compromiso que han demostrado en este trabajo.

En relación con el proyecto de ley en estudio, indicó que la Subsecretaría valora que esta iniciativa busque regular la especial situación de las mujeres privadas de libertad embarazadas y de las que tienen hijos menores de tres años viviendo con ellas. No obstante lo anterior, consideró de suma importancia hacer presente algunas consideraciones respecto de su contenido.

En primer lugar, expresó que coincide con las observaciones presentadas por la Corte Suprema en el informe N° 2-2017, ya que para esta Subsecretaría es un tema de preocupación que esta propuesta no esté considerada dentro de las medidas de protección específicas en favor de los niños.

Además, continuó, dado que el proyecto plantea diferir el cumplimiento de la pena de la mujer embarazada y de la madre de un hijo menor de tres años, surge la siguiente interrogante: qué ocurrirá con estos niños cuando la madre comience a cumplir la condena privativa de libertad. Consideró que en este aspecto el proyecto debe incorporar el interés superior del niño, pues este derecho, de acuerdo a la interpretación que hace la Observación General N°14 del Comité de los Derechos del Niño, mandata a los Estados a aplicarlo sistemáticamente en todas las medidas de

ejecución y en los procedimientos administrativos y judiciales que afecten directa o indirectamente a los niños. Por otro lado, consignó que la misma observación dispone que este derecho debe ser incorporado en todas las decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos u otras iniciativas.

En segundo lugar, puso de relieve que no está claro si el juez podrá otorgar una pena sustitutiva luego de la suspensión de la pena, como tampoco, qué tipo de control se realizará mientras esté bajo la suspensión de la condena, y qué ocurrirá con la suspensión si se incumple el control. Tampoco, existe claridad sobre cuáles son las autoridades responsables de dicho control, sólo Gendarmería o también SENAME.

A continuación, **el Honorable Senador señor Moreira** preguntó si en la legislación comparada se contemplan medidas similares para las condenadas embarazadas o madres de niños menores de tres años.

La señora Subsecretaria de Derechos Humanos respondió que esta medida ha sido adoptada en varias legislaciones, ya sea a través de una suspensión de la pena o de una sustitución de la misma. Informó que actualmente en Chile las madres pueden estar en las cárceles junto a sus hijos hasta que ellos cumplan los dos años, y detalló que existen ciento siete mujeres embarazadas o con niños menores a dos años en las secciones materno infantiles de los recintos carcelarios.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Navarro** informó que el Senado aprobó un proyecto de acuerdo en que se solicita a S.E. el Presidente de la República crear una Comisión de Verdad y Reconciliación para investigar las muertes de los niños del SENAME, puesto que no pueden dejar a los niños en esta situación de indefensión. En ese contexto, resaltó, surgió este proyecto de ley que busca materializar su interés superior y dar una salida a las mujeres embarazadas y madres de hijos menores de tres años. En la misma línea, destacó que esta iniciativa fue trabajada con las organizaciones de la sociedad civil, que en su mayoría integran la mesa de trabajo que promueve el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y como tal señaló que cuenta con todo su respaldo. Por lo anterior, manifestó su intención de continuar con su tramitación e incorporar por la vía de indicaciones las conclusiones de la mesa de trabajo del Gobierno.

En seguida, **el Honorable Senador señor Kast** solicitó, al señor Presidente de la Comisión, poner en tabla el proyecto de ley que regula la sustitución de penas privativas de libertad por razones humanitarias para las personas que indica, Boletín N° 12.345-07, dado que persigue fines similares a la iniciativa legal en estudio.

El Honorable Senador señor Moreira apoyó la propuesta del Honorable Senador señor Kast y complementó que el citado proyecto busca aplicar el criterio humanitario respecto de las personas enfermas o mayores de edad que cumplan una condena. Resaltó que esta iniciativa busca beneficiar a toda la población penal que se encuentre en alguna de las hipótesis descritas por el legislador, no obstante, lamentó que algunos reducen sus beneficiarios sólo a quienes cumplen una pena en la cárcel de Punta Peuco, por lo que se oponen a estudiar esta iniciativa legal, ya que consideran que se trata de violadores a los derechos humanos y por ello no podrían acceder a este tipo de beneficios. Al respecto, se preguntó si acaso las madres condenadas no son también violadoras de los derechos humanos, en el entendido de algunas de ellas han sido condenadas por delitos de homicidio, por robo con intimidación u otros. Sin duda, resaltó todos estos actos implican una violación al derecho a la vida y a la integridad física de sus víctimas.

Por lo anterior, reparó que no se dé un tratamiento similar a los adultos mayores y a las personas enfermas o impedidas de valerse por sí mismas, por lo que consideró que en Chile existe un doble estándar respecto de la interpretación de los derechos humanos.

La Honorable Senadora señora Muñoz D´Albora coincidió con el Honorable Senador señor Navarro, respecto a la necesidad de continuar con la tramitación de este proyecto de ley, teniendo presente que no se puede seguir condenando a los niños por los hechos cometidos por sus madres.

Al respecto, **la señora Subsecretaria de Derechos Humanos** hizo notar que no existe una postura definida en cuanto a impulsar la suspensión de la pena de las mujeres embarazadas y de las que tienen hijos menores de tres años. Lo anterior, dijo, motivó la formación de esta mesa de trabajo, que tiene por finalidad generar un diagnóstico de los nudos críticos de la situación de estos niños, lo que no obsta a que esta Comisión continúe con la tramitación del proyecto de ley.

A continuación, la Comisión recibió, **en representación de la Comisión de Infancia de la Asociación Nacional de Magistrados de Chile, al Juez del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, señor Carlos Muñoz**, quien llamó la atención respecto a que los fundamentos del proyecto de ley en estudio descansan en la situación de los niños y niñas que se ven involucrados en situaciones complejas, como lo son aquellas relacionadas con la comisión de un delito, en particular cuando el hechor es una mujer. En estos casos, se considera como sujeto de aplicación de la norma únicamente a la madre sin consideración alguna a los niños y niñas. Desde este punto de vista, expresó que el proyecto de ley resulta absolutamente novedoso, puesto que hace palmario la expresión del principio del interés superior del niño, dándole un contenido normativo

prescriptivo no visto antes, en especial en materia penal, no obstante, la abundante normativa internacional existente en este sentido.

Indicó que, en Chile como en el resto del mundo, la privación de libertad como máxima imposición de una pena corporal responde a estándares que deben ajustarse a los principios fundamentales de respeto a los derechos humanos y a los principios de supremacía constitucional nacional, entre los cuales se encuentra el principio de igualdad ante la ley.

Sostuvo que no observa en los fundamentos del proyecto de ley una manifestación del patriarcado en el encarcelamiento de las mujeres embarazadas, sino más bien la ejecución de un encarcelamiento bajo el establecimiento de una suerte de diferenciación fundada en el respeto de los derechos de los niños y en la preponderancia del principio de su interés superior. En este sentido, valoró que el proyecto de ley se centre en la situación de los niños, no como una fórmula para eximir al infractor penal de toda responsabilidad por sus actos, sino como una propuesta para dar mayor racionalidad y humanidad a las políticas públicas de prevención y de persecución de los delitos. De esta manera, arguyó que el sistema penitenciario debe responder de forma concreta a los casos de las mujeres privadas de libertad, diferenciándolas de aquellas que se encuentran en estado de gravidez y de las mujeres con hijos pequeños que no tienen otras personas que los cuiden, por lo que deben terminar privados de libertad junto a sus madres.

Dicho lo anterior, efectuó un análisis crítico del presente proyecto de ley para enriquecer el debate. En primer lugar, reflexionó acerca de la necesidad del proyecto, es decir, si para la situación de las madres embarazadas y con hijos menores de tres años la propuesta del proyecto es la solución correcta o si, por el contrario, es posible recurrir a la institucionalidad ya existente.

En el caso de la prisión preventiva, expresó que el proyecto de ley incorpora en el artículo 141 del Código Procesal Penal una nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva cuando la imputada se encontrare embarazada o tenga hijos menores de tres años. Al respecto, trajo a colación el artículo 150 del mismo Código, que se refiere a la ejecución de la prisión preventiva, a partir del cual se podría concluir que la regulación existente es suficiente para cumplir con los fines de esta iniciativa. Lo primero, apuntó, dice relación con la obligación de control del tribunal que impuso la medida, que lo mandata a resolver todas aquellas controversias que se presenten con ocasión de su cumplimiento.

Luego, consignó, se establece el lugar de ejecución de la prisión preventiva, el que ha sido definido como un “lugar especial”, distinto y separado de los condenados. El fundamento de esto

radica en el tratamiento de inocente que se le debe dar a los imputados. También, se establece la obligación para el tribunal de adoptar todas las medidas necesarias para resguardar la integridad física de los presos, reconduciéndose a la obligación mencionada sobre la segregación del preso primerizo del avezado. Finalmente, se regulan los permisos de salida del lugar de la ejecución de la prisión preventiva, calificándolos de excepcionales, otorgados por un lapso determinado y previa resolución fundada.

De lo expuesto, apuntó, surge la pregunta si ajustando toda la normativa a la situación de las mujeres embarazadas o con niños menores de tres años se lograría cumplir con el objetivo de este proyecto de ley sin necesidad de establecer una nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva. Sobre este punto, indicó que en virtud del interés superior del niño inherente a la situación de la mujer embarazada y de la madre de niños menores de tres años se debe realizar una labor de subsunción, es decir, una adecuación de la hipótesis fáctica de la mujer imputada embarazada o con hijos menores de tres años a la prescripción normativa del artículo 150 del Código Procesal Penal.

Refirió que el control de la prisión preventiva recae en el tribunal que la impone, de modo tal que, independientemente de la particular situación de la persona del imputado o condenado, será un juez quien deberá hacerse cargo de todas aquellas cuestiones que digan relación con su ejecución, de lo que se sigue la obligatoriedad para resolver aquellos casos en los que la persona del imputado o del condenado sea una mujer embarazada o una madre de niños menores de tres años.

Además, señaló que la ejecución de la prisión preventiva, según lo ordena la ley, tendrá lugar en lugares especiales. En la práctica, resaltó que la aplicación de este mandato se reduce a la segregación de las cárceles para imputados y condenados. Expresó que dentro del régimen carcelario es posible encontrar diversos casos en los que concretamente se ha tolerado la existencia de lugares especiales. A manera ejemplar, mencionó el Centro de Cumplimiento Penitenciario Colina I, que cuenta con diversos talleres en los que los condenados pueden trabajar y capacitarse, alcanzando incluso niveles de instrucción que les permite acceder a la vida laboral en el medio libre con una experiencia que antes de ingresar al cumplimiento de la condena carecían.

Lo mismo, se puede decir de los Centros de Educación y Trabajo CET, existentes a lo largo del país, en los que los internos e internas despliegan una serie de oficios a partir de los cuales sus productos son vendidos al comercio. Destacó que los CET son talleres abiertos, de libre circulación de los condenados en que los niveles de quebrantamiento son incluso menores a los de la libertad condicional.

En ese contexto, planteó que el Estado podría crear centros especiales de cumplimiento de prisión preventiva y de penas, únicamente destinados para las mujeres embarazadas y madres de niños y menores de tres años. Complementó que estos centros deberían contar con la infraestructura y con el apoyo profesional especializado necesario para la especial situación de las internas.

De esta manera, hizo presente que ya existen en nuestro ordenamiento penal y carcelario realidades especiales de cumplimiento de la prisión preventiva y de la pena. Eso sí, resaltó, que su acceso pasa por exigencias fundamentalmente de conducta y de evaluaciones de la forma del cumplimiento de las penas, lo que implica que no todo interno puede acceder a cumplir sus penas en Colina I o en los CET, pero que igual le parecen formas válidas y necesarias para la contribución en la reinserción social, de modo tal que la incorporación de estos criterios discriminatorios sirve de base para efectuar el mismo ejercicio para la especial situación de las mujeres que se encuentran embarazadas o que tienen hijos menores de tres años.

Ahora bien, preguntó si puede entenderse el hogar como un lugar especial en el sentido que el legislador le otorga a la expresión contenida en el artículo 150 del Código Procesal Penal. En una primera aproximación, respondió negativamente, máxime si se precisa que se circunscribe a los centros carcelarios. Sin embargo, desde un punto de vista de la coherencia normativa, la respuesta no resulta tan clara. Explicó que por coherencia normativa se entiende la máxima que creó Neil MacCormick en su libro *Legal Reasoning and Legal Theory*, como la relación de consistencia que debe existir entre una determinada decisión con el cuerpo de reglas existentes y que es una extrapolación racional, de modo tal que aquella no resulte contradictoria y, finalmente, inaplicable.

A partir de ello, consideró que vale la pena explorar, desde el punto de vista de la coherencia normativa, si en nuestro ordenamiento procesal penal existe alguna regulación que podríamos denominar análoga. Al efecto, señaló que desde la entrada en vigencia de la ley N° 20.603 se introdujeron diversos cambios al estatuto de cumplimiento de penas no efectivas de la ley N° 18.216, entre otras, la modificación de su artículo 8 relativo a la reclusión nocturna.

En efecto, resaltó que el paradigma cambió radicalmente, puesto que el régimen anterior sólo contemplaba la posibilidad de cumplimiento de este beneficio en los centros carcelarios, permitiéndose en casos muy calificados un cumplimiento en lugares diversos, como regimientos, centros mineros, embarcaciones pesqueras u otras.

En cambio, ahora, la ley señala que “Para el cumplimiento de la reclusión parcial, el juez preferirá ordenar su ejecución en

el domicilio del condenado”. Indicó que el sentido de este cambio descansa en la reinserción social, que busca evitar el contagio criminológico, pero también en la valoración de la dignidad humana, en virtud de la cual el legislador sobrepone al castigo penal a la situación incuestionable de cumplir una pena en el seno de la familia, afectándose en una menor medida el normal desenvolvimiento de las vidas de las personas, aunque hayan sido condenadas por la comisión de un delito. Acotó que el mandato legal para preferir el cumplimiento de la pena en el domicilio del condenado, no se hace cargo de ningún tipo de consideración personal, por tanto, expresó que, si se incorporaran elementos como la particular situación de una mujer embarazada o de una madre de niños menores de tres años, se encontraría aún más justificada dicha preferencia.

Asimismo, dio cuenta que el artículo 150 del Código Procesal Penal establece la obligación del juez de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para resguardar la integridad física de los presos, sin embargo, observó, esta obligación se limita a la segregación entre presos primerizos y reincidentes. Luego, consideró que la situación especial de las madres embarazadas o a cargo de niños menores de tres años, por los cuidados propios de la gravidez y de la posterior lactancia, deberían quedar cubiertos por esta obligación.

No obstante lo anterior, hizo presente que la respuesta del sistema carcelario actual es insuficiente, puesto que las cárceles femeninas tienen apartados de habitaciones medianamente adaptadas para cumplir con esas exigencia de cuidado y, además, porque en no pocas oportunidades las defensas penales deben recurrir a la cautela de garantías del artículo 10 del Código Procesal Penal para que, mediante una resolución de un juez, se ordene por parte de Gendarmería de Chile la adopción de medidas de cuidado particulares para las madres presas embarazadas en los últimos meses de gestación. Con ello, reparó se revela un tratamiento actual uniforme en la ejecución de la prisión preventiva, sin tomar en cuenta el interés superior de la criatura que se encuentra en el vientre materno, cuestión que con este proyecto se tiende a cambiar. En su opinión, la obligación de resguardo de la integridad física debe abarcar la consideración de la madre embarazada y de la criatura que está por nacer, como asimismo la situación de los niños ya nacidos que en sus primeros años de vida precisan de todos los cuidados necesarios.

Finalmente, en este acápite, señaló que el artículo 150 del Código Procesal Penal, también, regula el otorgamiento de salidas a los presos de los centros carcelarios, debiendo el juez autorizarlo mediante resolución fundada. En la práctica, expresó, queda reducido a las autorizaciones de salidas para fines médicos; para la asistencia a funerales de familiares cercanos, y para la comparecencia ante del Ministerio Público a prestar declaración. Estimó que esta regulación también podría aplicarse a las mujeres embarazadas y con niños menores de tres años. Expresó que el

fundamento es el mismo que para las otras autorizaciones, puesto que descansa en una situación excepcional, como el estado de gravidez y el cuidado de niños. Entonces, el juez podría otorgar una autorización de salida del centro carcelario por el tiempo necesario conforme a la particular situación de la imputada, mediante una resolución fundada que descansa precisamente en la aplicación directa del interés superior del niño.

En consecuencia, concluyó que, a partir del ejercicio de subsunción del presupuesto fáctico del artículo 150 del Código Procesal Penal, se demuestra que nuestro ordenamiento se encuentra dotado de herramientas procesales y normativas para conseguir los fines que el proyecto de ley persigue, irguiéndose como una alternativa viable frente a la creación de una nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva.

En cuanto a la suspensión de la pena, informó que el proyecto de ley establece que, si se tratare de una mujer embarazada o madre de un hijo menor de tres años al momento de la sentencia condenatoria, el cumplimiento de la condena se diferirá hasta que el hijo cumpla tres años de edad. Subrayó que el análisis de la propuesta también debe hacerse desde un punto de vista de la coherencia normativa, puesto que, en una primera aproximación, esta posibilidad se vincula con la igualdad ante la ley. En otras palabras, informó que verificará si existe en nuestro ordenamiento procesal penal alguna institución en la que se contemple esta medida de suspensión de la pena.

Al efecto, dio cuenta que la suspensión del cumplimiento efectivo de las penas ya se encuentra previsto en el otorgamiento de la figura de la libertad condicional, en virtud de la cual, cumpliéndose ciertos requisitos, los condenados pueden continuar la ejecución de la pena en el medio libre, sometidos a los controles respectivos, lo que incluso puede derivar en una libertad completa de manera anticipada. Algo similar ocurre con la institución de la pena mixta regulada en el artículo 33 de la ley N° 18.216, en que la pena efectiva es interrumpida por la pena sustitutiva de la libertad vigilada intensiva, complementado con un control de monitoreo telemático. Evidentemente, acotó, se contempla el cumplimiento de ciertos requisitos e informes favorables para su aplicación.

También, explicó que nuestro ordenamiento contempla otras suspensiones, como en el caso del artículo 458 del Código Procesal Penal, que regula la situación del imputado enajenado mental; la suspensión de la sentencia y sus efectos consagrada en el artículo 398 del mismo Código relativo a las faltas, y la suspensión condicional del procedimiento de los artículos 237 y siguientes del Código Procesal Penal.

Por lo tanto, arguyó que la propuesta contenida en el proyecto de ley se condice y vincula con las otras soluciones normativas contempladas en nuestro ordenamiento, pero descansando exclusivamente

en el interés superior del niño. En consecuencia, consideró que es coherente desde el punto de vista normativo.

Luego, indicó que la práctica judicial informa de otros casos análogos. En efecto, en todo el repertorio de penas sustitutivas de la ley N° 18.216 la suspensión de la pena es plenamente aplicable e incluso necesaria. En la remisión condicional de la pena, detalló, el artículo 4° faculta a los jueces de garantía a conceder la suspensión de las firmas mensuales en aquellos casos en que los condenados deben ausentarse por motivos laborales del lugar del cumplimiento, permitiendo la continuación de la pena una vez realizado el trabajo y agregando al período de observación las firmas faltantes; en la reclusión parcial domiciliaria, se autorizan modificaciones en los períodos de control por motivos laborales; en la libertad vigilada, se permiten cambios a los planes de intervención individual cuando su ejecución entronca con la obtención de trabajos por parte de los condenados permitiéndose controles diversos a los originalmente aprobados, y, en el caso de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se autoriza su suspensión cuando quien debe prestar los servicios es una mujer embarazada o de reciente maternidad, esperándose hasta que esté en condiciones de poder realizar los trabajos.

Subrayó que se trata de diversos casos en que el cumplimiento de las penas se ajusta a la particular situación del condenado, teniendo en cuenta un sinnúmero de razones no taxativas, de modo que es perfectamente válido considerar también dentro de las mismas al interés superior del niño.

Con todo, hizo notar a Sus Señorías que la pena sustitutiva de expulsión del país de los extranjeros no hace referencia a la situación de los niños extranjeros que también se verían afectados con la imposición de esta pena, como tampoco se conoce algún tratamiento jurisprudencial especial para estos casos. Dado el incremento de los procesos migratorios hacia Chile, la Comisión de Infancia que representa, considera que debiera explorarse algún tipo de medida que precisamente lleve también a la suspensión de la pena de expulsión cuando la condenada es extranjera y se encuentra embarazada o tenga bajo su cuidado a niños, y que la expulsión implique un deterioro de estas condiciones.

Ahora bien, expresó que existen dos cuestiones que resultan importantes revelar, a saber: una, que dice relación con el control y, la otra, con un eventual atentado a la igualdad ante la ley. Respecto al control, señaló que, por la vía de la coherencia normativa, es posible recurrir a los mecanismos eficientes de control.

En efecto, como ya se dijo con ocasión de la implementación de las penas mixtas de la ley N° 18.216, la imposición de la pena de libertad vigilada intensiva viene complementada con un control telemático, lo mismo para el control de la reclusión nocturna domiciliaria.

Informó que este control se caracteriza por su alta fiabilidad e inmediatez en la información arrojada por las tobilleras electrónicas, entregando permanentes insumos de control de manera rápida a los jueces, lo que permite la adopción de medidas oportunas.

Hoy, refirió, en el Parlamento se discute la posibilidad de establecer este control de monitoreo telemático para la ejecución de la medida cautelar de prohibición de acercamiento, para permitir una disminución en la comisión de delitos de femicidios permitiendo la intervención de las policías de manera rápida cuando el control telemático detecta un acercamiento físico, modalidad ya implementada en el derecho comparado con éxito. Por tanto, consideró que el control telemático es una alternativa viable y de comprobada eficiencia, con la adopción de todas las medidas necesarias para evitar la estigmatización social.

Enseguida, indicó que otro tema que subyace con el proyecto de ley en estudio dice relación con la igualdad ante la ley, puesto que en los hechos significaría una eventual vulneración de dicha garantía al permitir un régimen especial de cumplimiento para cierto tipo de condenados en desmedro de otros que debe cumplir sus penas de manera efectiva, sin atender a su legítima situación personal, ni intereses. Al respecto, señaló que resulta interesante las reflexiones que el Profesor Agustín Squella ha efectuado sobre este punto, diferenciando la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley, entendiendo por la primera que las normas del derecho deben ser aplicadas de manera idéntica a casos y situaciones similares, y, por la segunda, aquella en que la ley mediante normas abstractas y generales relativas a las categorías personales indiferenciadas, evitan el particularismo y exigen que toda diferenciación deba ser fundada.

Pues bien, indicó que desde su perspectiva el proyecto de ley en comento no significa un atentado contra la garantía de la igualdad ante la ley, puesto que la suspensión que se propone lo es sobre la base de una calificación especial del embarazo de la condenada o de su maternidad respecto de niños menores de tres años, como manifestación de la consagración del principio del interés del niño. Resaltó que es esta situación especial la que blinda de legitimidad a la prescripción normativa y que impide que la propuesta se constituya como una vulneración de la igualdad en la ley, puesto que la regulación será siempre genérica y abstracta relativa al cumplimiento de las penas, dejando que la diferenciación en el tratamiento descansa en un principio de categoría superior consagrado en las convenciones internacionales y que desde hace bastante tiempo tiene un correlato legal en Chile.

Sobre la base del interés superior del niño, llamó la atención que el sujeto de aplicación de la norma únicamente sea la madre, considerando que en no pocas ocasiones quien tiene el cuidado de los niños es una persona distinta, por ejemplo, la abuela, la tía e incluso quien no tiene

un vínculo legal respecto del menor. Por ello, pidió considerar una eventual extensión de la hipótesis normativa a quien tenga el cuidado personal o la tuición de los niños bajo la edad tope que contempla el proyecto de ley. Lo anterior, como manifestación de la especial relevancia que el principio del interés superior posee, lo que debe llevar necesariamente a su imposición frente a cualquier ejercicio de ponderación con otros principios de nuestro ordenamiento.

Otro punto que abordó dice relación con la circunstancia de que el texto fundante del proyecto de ley nada dice sobre las razones por las cuales se fija el límite de edad de los niños en los tres años, habida consideración de que el fenómeno de la niñez abarca una mayor extensión de tiempo. Este aspecto, expresó, tiene gran relevancia y puede generar repercusiones normativas y prácticas, toda vez que un límite mayor de edad podría hacer ilusorio el cumplimiento efectivo.

Por todo lo anterior, indicó que la Comisiones de Infancia y de Derechos Humanos de la Asociación Nacional de Magistrados de Chile valora el presente proyecto de ley al poner sobre la mesa y como fundamento de las normas propuestas la prevalencia del interés superior de los niños, visibilizándolos en la deprimida situación carcelaria del país e incorporando a ella un estándar de humanidad y dignidad.

En seguida, la Comisión dio la palabra **al Juez del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago, señor Pedro Maldonado**, quien señaló que el proyecto de ley si bien establece un beneficio a favor de las mujeres, también se centra en el interés superior del niño. Al efecto, resaltó que busca garantizar que el menor pueda disfrutar de sus derechos en un contexto adecuado y no en un recinto carcelario. De esta manera, destacó que se produce una mayor amplitud y complemento del sistema de protección de los menores.

En seguida intervino **el Juez de Buin, señor Rodolfo Medalla**, quien valoró el presente proyecto de ley, no obstante, consideró que en virtud de una interpretación extensiva del artículo 150 del Código Procesal Penal se pueden aplicar los mismos beneficios. Además, puso de relieve la necesidad de construir centros especializados para mujeres embarazadas o con hijos menores de edad, en los cuales efectivamente se trabaje en su reinserción social.

A continuación, **el Honorable Senador señor Navarro** valoró el punto que hicieron los Magistrados respecto de las mujeres extranjeras condenadas y que son sujetas de una medida de expulsión. Al efecto, planteó la situación de una condenada a pena aflictiva y que tiene hijos que residen en Chile y que, sin perjuicio de ello, es expulsada del país. Al respecto, preguntó qué pasa en esta situación con el interés superior del niño. Estimó que este principio no puede reducirse a los hijos de

madres chilenas, y lamentó que este tema no esté incluido en el proyecto de ley sobre Migración y Extranjería.

Luego, puso de relieve la situación de las madres y mujeres embarazadas extranjeras que están en los pasos fronterizos de Chacalluta y Colchane, así como también en las afueras del Consulado de Chile en Tacna, lugar en que la señora Deleimy del Valle tuvo un aborto espontáneo mientras esperaba ser atendida para solicitar una visa de ingreso al país.

El Magistrado del 14° Juzgado de Garantía de Santiago, señor Carlos Muñoz, confirmó que la situación migratoria de una condenada no considera al interés superior del niño, puesto que sólo se aprecia la pena, sin atender a sus circunstancias, como el hecho de ser madre de uno o de varios menores que viven en Chile o el estar embarazada. En su opinión, frente a una pugna de principios siempre debe primar el interés superior del niño.

El Honorable Senador señor Moreira hizo notar que el Gobierno anterior autorizó el ingreso ilimitado de inmigrantes, contrariamente a lo que ha hecho su Gobierno, que se propuso como objetivo alcanzar una migración regulada y ordenada. Asimismo, señaló que el problema en la frontera norte del país se debió a que Perú se desentendió de los migrantes venezolanos, lo que los obligó a intentar migrar a nuestro país. Además, observó que Chile no puede hacerse cargo de todo el problema de los venezolanos.

En cuanto al presente proyecto de ley, consideró que se trata de un gesto humanitario con los niños cuyas madres han sido condenadas, pero que a su vez constituye una venganza respecto de los condenados que están encarcelados en el recinto penitenciario de Punta Peuco, a quienes se les ha estigmatizado como violadores de los derechos humanos. Aquí, reparó, existe un doble estándar respecto de los derechos humanos.

Posteriormente, la Comisión recibió a **la Directora de la Unidad Especializada de Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional, señora Ymay Ortiz**, quien señaló que la reforma propuesta busca terminar con los efectos dañosos que tendría el alejamiento de los niños de su madre privada de libertad en sus primeros años de vida y, en caso que permanecieran con ella, minimizar los efectos adversos que la privación de libertad tendría en ellos. Asimismo, comentó que el proyecto de ley busca limitar los efectos que actualmente la privación de libertad tiene específicamente en las mujeres.

A nivel de estándares internacionales de derechos humanos, indicó que el Estado asume obligaciones internacionales de

respeto y de garantía de sus derechos. En relación a las personas privadas de libertad, es decir, respecto de las personas que se encuentran bajo su custodia o cuidado, el Estado tiene una especial posición de garante, lo que se traduce en la necesidad de ofrecer una protección especial a dichas personas. Resaltó que el nivel de protección aumenta en el caso de grupos que se encuentran expuestos a un mayor riesgo de vulnerabilidad, como ocurre con las personas con discapacidad, con las que pertenecen a los pueblos indígenas y con los niños.

Las mujeres en situación de privación de libertad, apuntó, son un grupo especialmente expuesto a vulnerabilidad por múltiples razones. Refirió que muchas de ellas tienen un pasado marcado por la violencia doméstica, la explotación sexual, el tráfico de drogas y por la pobreza. Acotó que la discriminación que sufren las mujeres en todos los niveles y estratos de la sociedad se refleja e, incluso, se agrava en los establecimientos penitenciarios. Así, consignó que la privación de libertad, hoy más que nunca, está afectando especialmente a las mujeres no sólo en Chile, sino que en todo el mundo.

Indicó que distintos estudios han observado una tasa significativamente desproporcionada de aumento de las mujeres que son encarceladas. A nivel global, detalló, las reclusas se enfrentan a similares violaciones de los derechos humanos en lo que se refiere a las causas que conducen a su encarcelamiento, las condiciones a las que se enfrentan en prisión y a las consecuencias de su encarcelación. De ahí, que dichos informes han puesto de manifiesto que existe un fuerte vínculo entre la violencia contra la mujer y la encarcelación de las mujeres, ya sea antes, durante o después de la encarcelación.

Dio cuenta que una de las explicaciones del encarcelamiento masivo de las mujeres es el tráfico de drogas. Al efecto, comentó que diferentes estudios estiman que, del total de las mujeres encarceladas en América, aproximadamente, el 70% lo está por delitos relacionados con drogas y que en su mayoría corresponderían a delitos de microtráfico no violentos. Consignó que, de las 42.078 personas privadas de libertad en Chile en el año 2015, 3.126 eran mujeres y de ellas 1.889 se encontraban privadas de libertad por delitos relacionados con el tráfico de drogas, lo que corresponde al 58,9 % de la población femenina reclusa.

En seguida, la Comisión dio la palabra al **Abogado Asesor del Unidad de Unidad Especializada de Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional, señor Sebastián Cabezas**, quien señaló que la evidencia muestra que el encarcelamiento de mujeres en poco o nada ha contribuido a dismantelar los mercados ilegales de drogas y en mejorar la seguridad pública. Por el contrario, observo que la cárcel suele empeorar la situación, dado que reduce la posibilidad de que encuentren un espacio cuando recuperan la libertad, lo que perpetúa el círculo vicioso de la pobreza,

vinculado con el mercado de drogas y el encarcelamiento. Lamentó que la situación antes descrita se torne aún más compleja, cuando se considera que estas mujeres son cabeza de hogares uniparentales, que fueron madres a muy temprana edad, con niveles muy bajos de educación, pobres y algunas en situación de indigencia. Dichas características permiten establecer casi una relación directa con el involucramiento en el delito, debido a la necesidad de mantener a sus hijos.

De esta manera, arguyó que la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres privadas de libertad, en especial las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad ha llevado a los principales organismos internacionales de derechos humanos a recomendar a los Estados buscar alternativas distintas a la privación de libertad y a recomendar mecanismos especiales de protección para las madres y sus hijos que se encuentran encarcelados.

A continuación, mencionó los principales estándares internacionales de derechos humanos que rigen la materia. En primer lugar, se refirió a la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer CEDAW, que en su artículo 12.2 señala que “(...) los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

Dio cuenta que el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 28, haciendo una aplicación concreta de la norma comentada al caso, recomendó a los Estados en su numeral 15 que “Las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los Estados Partes deben indicar qué servicios tienen para garantizar lo que antecede y qué formas de atención médica y de salud ofrecen a esas madres y a sus hijos”.

Por su parte, el Comité CEDAW en el año 2018 detectó que “los riesgos a que se enfrentan las mujeres embarazadas en detención debido a la falta de acceso a cuidados obstétricos y ginecológicos”, por lo que recomendó a Chile en sus Observaciones finales en el séptimo informe periódico que “la reforma del sistema penitenciario debe incluir una perspectiva de género y considerar la posibilidad de avanzar hacia una mayor utilización de las sanciones no privativas de libertad y las medidas, en lugar de penas de prisión para las mujeres. También, propone que los procedimientos judiciales deben acelerarse para evitar el abuso de la detención preventiva. Al efecto, el Comité también recomendó que se

adopten medidas para garantizar que existan instalaciones de cuidados de salud adecuados en todas las prisiones, y que consideren el acceso a cuidados obstétricos y ginecológicos, y servicios para todas las mujeres.

Luego, informó que el 16 de marzo de 2011, en el contexto del sexagésimo quinto período de sesiones, la Asamblea General aprobó las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok, que tienen como principal propósito instar a que responsables de las políticas, legisladores y operadores del sistema de justicia penal y personal penitenciario, elaboren sugerencias para mejorar las condiciones y necesidades de las mujeres privadas de libertad.

En particular, nombró la Regla 23 que señala que “La prohibición total del contacto familiar, especialmente el contacto con los hijos, tiene un alto impacto dañoso en el bienestar mental de las mujeres detenidas, como también en los niños involucrados, por lo que debe ser evitado, a menos que el niño tenga necesidades particulares de protección.” En el mismo sentido, dio cuenta que la Regla 64 constata que “Las cárceles no están diseñadas para las mujeres embarazadas y para las mujeres con niños pequeños. Debe hacerse todo esfuerzo que sea necesario para mantener a esas mujeres fuera de la cárcel, cuando sea posible y apropiado, aunque teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido y el riesgo para la sociedad (...) el uso de la prisión para determinadas categorías de delincuentes, como las mujeres embarazadas o madres con bebés o niños pequeños, debe ser limitado y debe realizarse un esfuerzo especial por evitar el uso prolongado de prisión como sanción para estas categorías”.

También, se refirió a la Regla 22 que recomienda excluir las sanciones de aislamiento a las mujeres embarazadas o con hijos en período de lactancia.

Asimismo, destacó que el informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer titulado “Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres”, en relación con las mujeres embarazadas o con hijos en período de lactancia sostuvo que “El encarcelamiento de las madres afecta a un elevadísimo número de niños en todo el mundo (...) No existen unas normas universalmente acordadas para determinar qué circunstancias justifican que un niño viva en prisión, y hay variaciones considerables entre los países. En conjunto, la mayoría de los países han establecido políticas que fundamentan esta decisión en la edad del niño. La paradoja inherente es que las prisiones no son un lugar seguro para las mujeres embarazadas, los bebés y los niños pequeños, y [pero] no es recomendable separar a los bebés y los niños pequeños de sus madres”. Por lo anterior, se recomienda “Permitir que los bebés y los niños pequeños vivan con sus padres encarcelados para reducir algunos riesgos asociados a la separación, si se aplica con las garantías adecuadas, las infraestructuras

apropiadas y los recursos necesarios. La convivencia en prisión y los programas comunitarios ofrecen dos alternativas a la separación en los primeros años de vida de un niño”, pero por sobre todo el informe de la Relatora Especial recomienda que los “Estados Miembros que desarrollen alternativas a la condena específicas para las mujeres y que reconozcan los historiales de victimización de las mujeres al tomar decisiones sobre su encarcelamiento”.

También, hizo presente el Informe sobre Chile del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, que realizó entre los días 1 al 9 de septiembre de 2014. Apuntó que sobre la base de la visita el grupo evacuó un informe que describió el contexto de la igualdad de género y los derechos humanos de la mujer en Chile, y analizó los logros y desafíos en la materia. Detalló que el grupo de trabajo estudió el marco jurídico, institucional y político para promover la igualdad, y examinó la participación y el empoderamiento de la mujer en la vida económica, social, política y pública, en particular de las mujeres en situaciones de vulnerabilidad. Indicó que el grupo de trabajo formuló recomendaciones para eliminar la discriminación y promover la igualdad.

Destacó que uno de los temas de especial interés para el grupo de trabajo fue la situación de las mujeres reclusas y para estos efectos visitó el Centro Penitenciario Femenino de Arica, que cuenta con espacios separados para el cuidado y tratamiento pre y posnatal, así como para la atención de hijos lactantes de las internas. Agregó que grupo constató que un número importante de reclusas eran mujeres migrantes condenadas por tráfico de droga. Según la información recibida, observó que gran parte de estas reclusas no cuentan con los servicios consulares de su país, ni del Estado chileno para poder tener un acceso adecuado al sistema de justicia chileno. Frente a esta realidad, el grupo de trabajo, alentó a Chile a evitar el uso intensivo de la cárcel para las mujeres, en particular para las embarazadas o con hijos menores, privilegiando las medidas en libertad y el monitoreo electrónico. En ese contexto, valoró el presente proyecto de ley destinado a conmutar las penas a ciertas mujeres que se encuentran reclusas.

En cuanto a la protección de los derechos de niños cuyas madres se encuentran privadas de libertad, señaló que el proyecto de ley además de las mujeres privadas de libertad, también establece como destinatario de la norma a sus hijos e hijas, tal como se expresa en los fundamentos de la iniciativa legal. Ello, en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos que entregan a los Estados recomendaciones específicas sobre la materia, así la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 9º señala que “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades

competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño", es decir, es un derecho del niño vivir con su padre y su madre, excepto en los casos que la separación sea necesaria para su interés superior. A su turno, mencionó al artículo 20º de la citada Convención que señala que es obligación del Estado proporcionar protección especial a los niños privados de su medio familiar y asegurar que puedan beneficiarse de los cuidados que sustituyan la atención familiar o de la colocación en un establecimiento apropiado, teniendo en cuenta el origen cultural del niño.

Indicó que el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en sus Observaciones Finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, evaluados durante el año 2015, señaló que: "26. El Comité toma nota de que el interés superior del niño es un principio fundamental del ordenamiento jurídico del Estado Parte, y de que se ha incorporado a algunas leyes. Sin embargo, expresa preocupación porque no se aplique en todos los ámbitos, como las resoluciones judiciales en que se condena a los progenitores a largas penas de prisión, y porque en los razonamientos de los jueces al dictar esas resoluciones no siempre se expliquen los criterios utilizados para determinar el interés superior del niño.". El Comité también expresó preocupación por el hecho de que el interés superior del niño no sea una consideración transversal en todas las áreas de la formulación de políticas.

En cuanto al contenido del proyecto de ley, informó que propone una modificación del Código Procesal Penal para consagrar la suspensión de la condena en el caso de mujeres embarazadas o de aquellas que tengan hijos menores de 3 años, mediante la incorporación de un nuevo artículo 468 bis. Además, la norma propuesta prescribe que el cumplimiento efectivo de la condena se difiere al momento en que el hijo cumpla tres años. También, establece que la suspensión de la condena puede prorrogarse por tres años más en caso de que el hijo padezca de una enfermedad o discapacidad grave física o psíquica y que durante el plazo de la suspensión la mujer estará sujeta a la vigilancia de la autoridad.

Asimismo, comentó que la moción propone modificar el artículo 141 del Código Procesal Penal, estableciendo una nueva causal de improcedencia de la prisión preventiva para el caso en que la mujer esté embarazada o que tenga hijos menores de tres años.

Expresó que el Ministerio Público, teniendo a la vista las recomendaciones que los órganos de Naciones Unidas han hecho a los Estados, no puede sino valorar positivamente este proyecto de ley, puesto que tiene la virtud de visibilizar una doble realidad oculta, a saber: el especial impacto que la prisión está teniendo sobre las mujeres y los efectos dañosos que la privación de libertad tiene en los niños que se gestan, nacen y crecen en la cárcel.

Ahora bien, puso de relieve que si el Estado de Chile en su conjunto quiere abordar este problema, además de crear mecanismos alternativos a la prisión para mujeres embarazadas o madres de hijos lactantes, debe comprometer los recursos financieros necesarios para crear programas de trabajo, de educación, capacitación y de capacidades parentales, a fin de que la suspensión de la condena privativa de libertad o de la prisión preventiva den lugar a un tiempo de transformación de las condiciones que llevaron a la mujer a caer en conflicto con el sistema penal. Expresó, si a una mujer condenada por microtráfico se le suspende la condena sin más, volverá a su entorno y a las mismas condiciones en las que cometió el delito y, por ende, probablemente que volverá a delinquir para sostener a su grupo familiar.

Resaltó que para generar estas políticas públicas es importante también una cuantificación lo más precisa posible del problema, delimitando cuántas son las mujeres que se encuentran en la situación que pretende abordar el proyecto de ley.

Consignó que otro aspecto que es imposible soslayar, como lo identificó el Informe de la Corte Suprema, es que si bien el proyecto de ley propone disminuir la brecha identificada por los órganos internacionales de derechos humanos, en relación con la situación de las mujeres privadas de libertad embarazadas o que dan a luz en esa condición, es fundamental disponer de los recursos necesarios para que existan programas que permitan a los padres de los hijos fomentar una mayor participación en la crianza de sus hijos y así estimular la corresponsabilidad en la formación de ellos.

Por otro lado, dijo que, dado que se ha identificado como la principal causa del encarcelamiento de las mujeres en Chile las condenas tráfico de pequeñas cantidades de droga, preguntó si sería más conveniente circunscribir el mecanismo de suspensión de las condenas y de la improcedencia de la prisión preventiva a ese universo de delitos. Lo anterior, permitiría hacer un trabajo más focalizado a la hora de formular programas de apoyo a las madres y padres, apuntó.

Luego, tomando en consideración los modelos comparados desde un punto de vista de la política criminal, recomendó hacer procedente la suspensión condicional de la condena sólo a delitos de mediana y baja gravedad, excluyendo de esa posibilidad a los delitos que tengan asignada una pena de crimen. Esta solución legislativa además se adecua a la realidad penitenciaria chilena, puesto que gran parte de las mujeres privadas de libertad lo está por haber cometido delitos contra la propiedad o delitos de tráfico de pequeñas cantidades de droga, como ya se mencionó.

Desde un punto de vista netamente normativo, indicó que el proyecto de ley no establece ningún tipo de limitación para hacer procedente la suspensión, ni señala qué órgano del Estado será el que estará a cargo del monitoreo de la medida. Tampoco, se establecen los criterios para saber qué se entenderá por enfermedad y por discapacidad grave.

En términos generales, **la Directora de la Unidad Especializada de Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional, señora Ymay Ortiz**, recalcó que el Ministerio Público valora el propósito del proyecto de ley, pero apuntó que si realmente se quiere reducir el impacto negativo que tiene la prisión en cientos de mujeres y sus hijos en sus primeros años de vida, se requiere además de una modificación legal, disponer de los recursos necesarios para generar políticas planes y programas para tales efectos.

En **sesión de 12 de agosto de 2019**, la Comisión recibió en audiencia **al Jefe de la Unidad Jurídica del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señor Rodrigo Bustos**, quien señaló que el proyecto de ley que se analiza establece, por una parte, la improcedencia de la prisión preventiva respecto de las mujeres imputadas que se encuentren embarazadas o tengan hijos menores de tres años de edad, y por otra, señala que cuando la persona condenada por sentencia penal sea una mujer en alguna de estas situaciones, se diferirá el cumplimiento de la sentencia hasta que el hijo cumpla tres años de edad.

En términos generales, indicó que los estándares internacionales de derechos humanos aplicables en la materia son el respeto a la dignidad inherente de las personas privadas de libertad, la protección especial de las mujeres embarazadas y la consideración primordial del interés superior de los niños tanto en la legislación como en las decisiones judiciales referidas a la aplicación de las sanciones penales a sus progenitores.

Con respecto al marco jurídico nacional, mencionó el artículo 1° de la Constitución Política de la República que consagra que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. A su vez, mencionó al inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental que establece que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

También, refirió que la ejecución de las sentencias condenatorias penales se encuentra regulada en los artículos 466 a 482, y la medida cautelar de prisión preventiva en los artículos 139 a 153 del Código

Procesal Penal. Asimismo, trajo a colación la ley N° 18.216, que establece las penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

A nivel internacional, señaló que resultan particularmente relevantes el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. En particular, citó el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establecen que toda persona privada de libertad deberá ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Al respecto, indicó que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha sostenido que debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres.

En relación con las mujeres embarazadas privadas de libertad, señaló que el mismo Comité ha señalado que “las mujeres embarazadas que estén privadas de libertad deben ser objeto de un trato humano y debe respetarse su dignidad inherente en todo momento y en particular durante el alumbramiento y el cuidado de sus hijos recién nacidos”. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

Expresó que la situación de las mujeres privadas de libertad en Chile fue abordada en el marco del último examen periódico al Estado de Chile del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ocasión en que el Comité manifestó su preocupación por los riesgos que enfrentan las mujeres embarazadas en los centros de reclusión y recomendó al Estado que la reforma del sistema penitenciario incorpore una perspectiva de género y que considere la posibilidad de hacer un mayor uso de sanciones y de medidas no privativas de libertad para las mujeres en lugar de la prisión. También, sugirió acelerar los procedimientos judiciales para evitar el uso excesivo de la prisión preventiva.

Por otra parte, en relación con el caso de las mujeres que tienen hijos menores de edad, consideró que la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos implica que cualquier tipo de decisión que afecte a estos niños debe fundarse en el resguardo de su interés superior. Al efecto, dio cuenta que así lo dispone el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, que dice:

“Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

3.2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas...”.

A su vez, destacó que el artículo 9.1 de la misma Convención establece que los niños no deben ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que las autoridades competentes determinen que ello es necesario para resguardar su interés superior. En la misma línea, comentó que su artículo 20 agrega que los niños que sean temporal o permanentemente privados de su medio familiar tendrán derecho a una protección y asistencia especial de parte del Estado. En consecuencia, concluyó que cualquier medida que importe la separación de un niño de sus padres debe adoptarse mirando a su interés superior y, en caso de optar por la separación, esos niños deben tener una protección especial del Estado. Lo anterior, apuntó, tiene especial relevancia en el caso de los niños cuyas madres privadas de libertad sean su cuidadora principal.

De esta manera, resaltó que en virtud de la Convención de los Derechos del Niño tanto la legislación nacional como las decisiones judiciales en la materia deben considerar el impacto que la privación de libertad de la madre tendrá sobre sus hijos, así como las medidas que se adoptarán para resguardar su interés superior. Así, lo ha dispuesto el Comité de los Derechos del Niño cuando sostuvo que uno de los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño es la preservación de su entorno familiar y la mantención de las relaciones familiares, instando a los Estados a aplicar, caso a caso, alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior de los niños afectados. En el mismo sentido, consignó, se pronunció la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 63/241, de 2008, en la cual exhorta a todos los Estados a tener en cuenta los efectos de la detención y del encarcelamiento de los padres, y a disponer de medidas no privativas de libertad al dictar las sentencias o al decidir respecto de medidas previas al juicio, habida cuenta de la gravedad del delito cometido.

Algo similar, se mandata en el preámbulo de las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok, al señalar que al dictar sentencia o al decidir sobre las medidas previas al juicio respecto de una mujer embarazada o de una persona que sea la fuente primaria de cuidado de un niño se deberá dar preferencia a las medidas no privativas de la libertad, de ser posible y apropiado.

Por otra parte, detalló que la Convención de los Derechos del Niño establece para los Estados las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos reconocidos en ella, sin discriminación, así como la obligación de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a estos derechos. En particular, la Convención establece el deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que el niño no se vea afectado por una medida que implique alguna forma de discriminación o de castigo por causa de las actividades, las opiniones o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares. En este sentido, puso de relieve que el niño no puede sufrir las consecuencias de los actos de sus padres y, menos, pasar los primeros años de su vida en un establecimiento penitenciario por el hecho de que su madre fue condenada o sujeta a una medida cautelar de prisión preventiva, más aún dadas las condiciones actuales de las cárceles en Chile.

Por ello, consideró que la estadía de los niños en un recinto penitenciario constituye un acto discriminatorio en su contra, respecto de otros niños que no están en la misma circunstancia, que debe ser suplida con la búsqueda de una medida alternativa a la privación de libertad de la madre.

En relación con el presente proyecto de ley, dio cuenta que los estándares internacionales referidos a la consideración primordial del interés superior del niño admiten una amplia gama de medidas que los Estados pueden adoptar en el ejercicio de sus funciones públicas, para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en esta materia. Sobre esta base, estimó que la propuesta en estudio constituye una de las medidas que resultan adecuadas para dar cumplimiento a dichas obligaciones internacionales, por cuanto se orienta a que las mujeres embarazadas y con hijos menores de tres años queden eximidas de la prisión preventiva o se le suspenda su condena mientras sus hijos cumplen los tres años de edad. De esta manera, destacó que esta iniciativa se adecúa a los estándares internacionales ya referidos.

En este sentido, indicó que el Instituto Nacional de Derechos Humanos valora positivamente el proyecto de ley en estudio, porque considera que constituye una medida efectiva en el cumplimiento de las obligaciones del Estado referidas al resguardo del interés superior de los niños, en los términos de la Convención de los Derechos del Niño.

Sin perjuicio de lo anterior, expresó que para el Instituto Nacional de Derechos Humanos resultaría relevante evaluar la aplicación de la suspensión del cumplimiento de la pena no sólo a las mujeres madres de niños menores de tres años, sino que también a la persona que sea su cuidador o cuidadora principal y sea condenada a una pena privativa de libertad, puesto que, como ha sido indicado, la

consideración primordial en estos casos debe ser el interés superior de los niños.

Al respecto, trajo a colación lo señalado por la Corte Suprema en su Oficio N° 25-2017 que señala que la opción tomada por el proyecto pareciera perpetuar el rol socialmente asignado a la mujer como única o exclusiva cuidadora de sus hijos, excluyendo la participación de los hombres en el ejercicio de su rol parental y la corresponsabilidad en la crianza de los hijos, lo que ha sido potenciado con las últimas reformas introducidas al Código Civil por la ley N° 20.680.

Por otra parte, manifestó preocupación por el uso en texto del proyecto de la expresión “se diferirá el cumplimiento de la sentencia” en los casos que contempla la norma, ya que la legislación nacional no considera una regulación específica sobre el aplazamiento del cumplimiento de las sanciones penales. Asimismo, compartió la observación que realizó la Corte Suprema sobre este punto, en el sentido de que sujeta a la mujer a un régimen de control innominado, no especifica detalladamente sus implicancias, ni hace referencia a ningún estatuto legal o reglamentario que defina claramente sus consecuencias. Subrayó que estos aspectos podrían generar problemas de interpretación y de aplicación de la norma que afecten su efectividad y, con ello, el resguardo efectivo de los derechos que se busca proteger.

Por último, señaló que el Instituto Nacional de Derechos Humanos considera útil, en el contexto de este proyecto de ley, evaluar la conveniencia de sustituir la pena privativa de libertad por una no privativa de libertad o incorporar una modalidad de cumplimiento alternativo de la misma, en lugar de aplazar su cumplimiento, como se ha hecho en la legislación extranjera con el establecimiento del arresto o de la prisión domiciliaria. Con ello, se daría cumplimiento a los estándares internacionales, en relación con la disposición de medidas no privativas de libertad en el caso de las mujeres embarazadas o que tengan hijos menores de edad.

El Honorable Senador señor Latorre preguntó si existen estudios que indiquen cuánto es el costo para el Estado la mantención de una madre con hijos lactantes y de una mujer embarazada que cumple condena en un recinto penitenciario, versus, el gasto que implica la aplicación de una medida no privativa de libertad.

El Jefe de la Unidad Jurídica del Instituto Nacional de Derechos Humanos, señor Rodrigo Bustos, respondió que no manejan datos de este tipo, no obstante, informó que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos está realizando evaluaciones presupuestarias en relación con la aplicación de este tipo de medidas.

El Honorable Senador señor Moreira consultó a los representantes del Instituto Nacional de Derechos Humanos si aprueban conceder estos beneficios a todas las mujeres embarazadas o que tengan hijos menores de tres años, sin considerar la gravedad del delito cometido, que la madre sea o no la fuente primaria de su cuidado y si ésta coloca en riesgo la integridad del hijo.

La Abogada señora Nicole Lacranpette comentó que, para el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en cumplimiento de los estándares internacionales, es fundamental que el proyecto de ley siga con su propuesta de que la madre con hijos lactantes y la mujer embarazada no cumplan una pena privativa de libertad, cuando ello sea procedente, en atención al delito cometido y a las reglas penales que se apliquen a ese delito. Al efecto, sostuvo que los estándares internacionales entienden que existen ciertos delitos que dada su gravedad merecen la aplicación de una medida cautelar de prisión preventiva o de una pena privativa de libertad. Por eso, destacó que se recomienda la aplicación de otro tipo de sanciones, sólo cuando ello sea posible.

Posteriormente, **el Honorable Senador señor Navarro** llamó a Sus Señorías a votar en general el presente proyecto de ley, considerando que han dedicado cuatro sesiones a su estudio, en las cuales han escuchado al Gobierno, a Gendarmería de Chile, a la Asociación de Magistrados, al Instituto Nacional de Derechos Humanos y a las organizaciones de la sociedad civil, entre otros. Con respecto a las conclusiones del informe que emita la mesa de trabajo que convocó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, comentó que éstas podrán ser incorporadas como indicaciones al texto del presente proyecto de ley, por lo que no es un obstáculo para la tramitación de este proyecto de ley.

A continuación, **el Honorable Senador señor Kast** anunció su voto a favor de la idea de legislar en la materia, pero indicó que espera que el proyecto de ley sea corregido para que, efectivamente, coloque al niño como su eje central.

El Honorable Senador señor Latorre al fundar su voto, valoró que el proyecto se ajuste a los estándares internacionales de los derechos humanos y que asuma las pésimas condiciones de las cárceles chilenas en que existe hacinamiento y una ausencia de políticas de resocialización, por lo que no son un lugar adecuado para que viva un niño en sus primeros días de vida. Asimismo, comentó que las cifras demuestran que la mayoría de las mujeres han sido condenadas por microtráfico de drogas, ya sea por vender o guardar droga en sus hogares, lo que en su opinión refleja que sólo se castiga al eslabón más vulnerable de la organización criminal del tráfico de drogas, lo que a su vez implica un castigo desigual en perjuicio de las mujeres. También, valoró el trabajo de la mesa convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Por su parte, **el Honorable Senador señor Navarro** informó que este proyecto de ley surgió después de lo vivido por la señora Lorenza Cayuhán que dio a luz engrillada y ante funcionarios de Gendarmería de Chile y que cuenta con el apoyo de las organizaciones de la sociedad civil. Hoy, apuntó, existen unos veintidós niños menores de dos años en los recintos penitenciarios y lamentó que, al menos, el 56% de los condenados fueron niños que pasaron por el SENAME, por lo que la institucionalización tampoco es la solución para ellos. Por ello, sostuvo que no quiere que estos niños sigan viviendo en las cárceles y, en ese contexto, esta iniciativa propone un mecanismo que busca resguardar su interés superior mediante la suspensión del cumplimiento de la condena de la madre y de la mujer embarazada, y que, además, las exime de la medida cautelar de prisión preventiva para que puedan seguir viviendo junto a sus hijos en un medio menos hostil.

La Honorable Senadora señora Muñoz D´Albora señaló que votará a favor, y compartió lo expuesto por el Honorable Senador señor Kast en el sentido de que el proyecto de ley debe centrarse en los niños y niñas. Con todo, manifestó preocupación por las medidas alternativas que pudieren aplicarse, ya que lo más probable es que esa mujer vuelva a su hogar, espacio en donde prima la conflictividad y la vulnerabilidad, por lo que se preguntó cómo se resguardará el buen desarrollo de esos niños que el Estado dice proteger.

El Honorable Senador señor Moreira si bien en un primer momento se manifestó contrario a aprobar la idea de legislar del proyecto, por estar en desacuerdo con la mayor parte de esta iniciativa legal, posteriormente, estimó que puede ser mejorada durante su discusión en particular, por lo que manifestó su abstención.

- Puesto en votación el presente proyecto de ley, fue aprobado en general por cuatro votos a favor de los Honorables Senadores señora Muñoz D´Albora y señores Kast, Latorre y Navarro, y la abstención del Honorable Senador señor Moreira.

- - -

TEXTO DEL PROYECTO

En virtud de los acuerdos precedentemente expuestos, vuestra Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía tiene el honor de proponeros aprobar, en general, el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo único.- Introdúzcanse las siguientes modificaciones al Código Procesal Penal:

1.- En el artículo 141:

a) Elimínese en la letra b), a continuación de la coma (,) la conjunción “y”;

b) Elimínese en la letra c) el punto final (.) y remplázase por una coma (,) seguida de la conjunción “y”, y

c) Agréguese una letra d), nueva, del siguiente tenor:

“Cuando la imputada se encontrare embarazada o tenga un hijo o hija menor de tres años de edad.”.

2.- Agréguese un artículo 468 bis, nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 468 bis.- Suspensión de la ejecución de la sentencia penal. Cuando se tratare de una mujer embarazada o madre de un hijo o hija menor de tres años al momento de la sentencia condenatoria, su cumplimiento se diferirá hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

Asimismo, tratándose de mujeres que durante la ejecución de su condena quedaren embarazadas, tendrán derecho a que el cumplimiento de la sentencia se difiera hasta que el hijo o hija cumpla tres años de edad.

En ambos casos, podrá extenderse hasta por tres años más cuando el hijo o hija padeciese alguna enfermedad grave o discapacidad física o mental.

Durante todo este tiempo, la condenada se encontrará sujeta al control de la autoridad competente. En caso de dictarse

nueva sentencia condenatoria por crimen o simple delito, se revocará la suspensión.

Cumplido el plazo, se retomará el cumplimiento de la sentencia, abonándose el tiempo transcurrido al total de su condena.”.”.

- - -

Acordado en las sesiones celebradas los días 22 y 24 de julio; 5 y 12 de agosto de 2019 con la asistencia de los Honorables Senadores señor Alejandro Navarro Brain (Presidente), señoras Adriana Muñoz D'Albora y Jacqueline Van Rysselberghe Herrera (reemplazada por el Honorable Senador señor Iván Moreira Barros), y señores Felipe Kast Sommerhoff y Juan Ignacio Latorre Riveros.

Sala de la Comisión, a 19 de agosto de 2019.

XIMENA BELMAR STEGMANN
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

**INFORME DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS,
NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY
QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL EN MATERIA DE
PROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y DE SUSPENSIÓN DE
EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA, RESPECTO DE MUJERES
EMBARAZADAS O QUE TENGAN HIJOS O HIJAS MENORES DE TRES
AÑOS
BOLETÍN N° 11.073-07**

I. OBJETIVO DEL PROYECTO PROPUESTO POR LA COMISIÓN: este proyecto de ley tiene por objetivo establecer el beneficio de suspensión del cumplimiento de la condena y la improcedencia de la prisión preventiva, en favor de las mujeres embarazadas o con hijos menores a tres años.

II. ACUERDOS: aprobado en general (4x1 abstención).

III. ESTRUCTURA DEL PROYECTO APROBADO POR LA COMISIÓN: el proyecto consta de un artículo único que modifica el Código Procesal Penal. En particular, introduce cambios en el artículo 141 y agrega un artículo 468 bis, nuevo.

IV. NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL: el número 2 del artículo único del proyecto de ley debe ser aprobado como norma orgánica constitucional, por cuanto contiene normas que alteran la organización y atribuciones de los tribunales, de acuerdo con el artículo 77 y el inciso segundo del artículo 66, ambos de la Constitución Política de la República. Dicha norma fue consultada por el Senado mediante Oficio N° 004/SEC/17, y se recibió respuesta como consta en el Oficio N° 25-2017 de la Corte Suprema.

V. URGENCIA: no tiene.

VI. ORIGEN INICIATIVA: Senado. Moción de los Honorables Senadores señores Jaime Quintana y Alejandro Navarro.

VII. TRÁMITE CONSTITUCIONAL: primero.

VIII. INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO: el 4 de enero de 2017 la Sala del Senado dispuso que sea estudiado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Posteriormente, por acuerdo de la Sala en Sesión de 2 de febrero de 2019 se acordó que el proyecto sea enviado a la Comisión de Derechos

Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía y exceptuarla del trámite de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

IX. TRÁMITE REGLAMENTARIO: primer informe, sólo en general.

X. LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:

1.- La Constitución Política de la República en sus artículos 1°, 5° y 19 numerales 1°, 3° y 7°.

2.- El Código Procesal Penal.

3.- La ley N° 18.216 de 1983, sobre Penas Sustitutivas.

4.- El decreto ley N° 321 de 1925, sobre Libertad Condicional.

5.- El decreto ley N° 2.859 de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

6.- La ley N° 20.603, que modificó el sistema de medidas alternativas, incorporó el control del condenado mediante un sistema de monitoreo telemático, cuya vigencia fue a partir del 27 de diciembre de 2013.

7.- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP.

8.- La Convención Americana de Derechos Humanos, CADH.

9.- La Convención sobre los Derechos del Niño., CDN.

10.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

11. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW.

12.- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem Do Pará.

13.- Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, de 2015, denominadas Reglas Mandela.

14.- Las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes, de 2011, conocidas como Reglas de Bangkok.

15.- Las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok RB.

Valparaíso, a 19 de agosto de 2019.

XIMENA BELMAR STEGMANN
Secretario

ÍNDICE

1. Invitados	1
2. Objetivo	3
3. Normas de quórum	3
4. Antecedentes	4
5. Discusión General	16
6. Intervenciones	
• Corporación Humanas	17
• ONG Enmarcha	24
• Gendarmería de Chile	26
• ONG LEASUR	28
• Subsecretaria de Derechos Humanos	33
• Comisión Infancia Asociación Nacional de Magistrados	36
• Fiscalía Nacional	45
• Instituto Nacional de Derechos Humanos	52
7. Votación general	58
8. Texto del proyecto de ley	59
9. Acordado	61
10. Resumen ejecutivo	62